

INDICE-SOMMARIO

ABUSO DEL DIRITTO E PROCEDURE CONCORSUALI

CAPITOLO PRIMO

IL PROBLEMA

1. Il ruolo del giudice tra controllo di legalità e controllo di merito nel concordato fallimentare.....	4
2. Le posizioni della giurisprudenza e le opinioni della dottrina.....	9
3. Il mito del rafforzamento dell'autonomia privata nella gestione dell'insolvenza dell'imprenditore.....	18
4. (segue) Della "privatizzazione del concordato fallimentare". Le istanze del cambiamento	20
5. La privatizzazione del concordato nel dato positivo	24
5.1 <i>Del nuovo equilibrio tra gli organi del fallimento</i>	24
5.2 <i>Dello spazio di autonomia riservato ai privati</i>	31
6. Il concordato come atto di autonomia privata. L'ostacolo del principio maggioritario.....	35
7. I controlli sugli atti di autonomia privata.....	47
7.1 <i>La rilevanza delle precondizioni di validità degli atti. I vizi del consenso negli atti soggetti a omologazione</i>	48
7.2 (segue) <i>La rilevanza delle precondizioni di validità negli atti pluripersonali</i>	54

CAPITOLO SECONDO

LA DISCIPLINA APPLICABILE

1. I rimedi concretamente applicabili al concordato fallimentare	56
2. Il controllo sulla legittimità formale del procedimento	56
3. Il controllo sulle precondizioni di validità del concordato	57
3.1 (segue) <i>la rilevanza dei presupposti di validità negli atti pluripersonali</i>	59
3.2 (segue) <i>gli interessi dei creditori. La configurabilità di un conflitto d'interessi tra i creditori del fallito</i>	62
4. Il controllo sulla nullità dell'atto di autonomia.....	69
5. L'autonomia privata come situazione di potere. Il controllo giudiziale sull'esercizio del potere.....	77
6. L'abuso del potere di autonomia	79

CAPITOLO TERZO
PROFILI APPLICATIVI

1. L'abuso del concordato fallimentare. L'esperienza delle Corti	86
2. Abuso del diritto e buona fede. Le ragioni di una distinzione.....	99
3. L'abuso del diritto e la prospettiva dei rimedi	105
4. Gli elementi sintomatici dell'abuso del diritto	107
4.1 <i>Della divisione dei creditori in classi</i>	108
4.2 <i>Dell'abuso del diritto di voto</i>	114
4.3 <i>Dell'abuso del voto nel comitato dei creditori</i>	116
5. Dal versante della sostanza al versante della forma: l'abuso degli atti del procedimento	122
 CONCLUSIONI	 124
 <i>Bibliografia</i>	 132

CAPITOLO PRIMO

IL PROBLEMA

1. Il ruolo del giudice tra controllo di legalità e controllo di merito nel concordato fallimentare

Nelle dichiarazioni di principio che l'hanno accompagnata, la Riforma del diritto della crisi d'impresa¹ È dipinta come deliberatamente ispirata al rafforzamento dell'autonomia dei privati nella gestione dell'insolvenza dell'imprenditore.²

Per quel che concerne il fallimento, al rafforzamento dell'autonomia privata non poteva che fare da naturale controcanto l'arretramento dell'autorità giudiziaria, tradizionalmente investita di penetranti poteri di controllo e gestione della procedura. Un obiettivo di tal sorta, inoltre, non poteva che trovare il suo terreno d'elezione nel concordato fallimentare, da sempre considerato il momento più spiccatamente negoziale del procedimento.

Ecco che il problema centrale del rinnovato concordato fallimentare gravita intorno al ruolo del giudice, nelle due fasi del procedimento che ne contemplanò l'intervento: del giudice delegato, in occasione

¹ La Riforma ha avuto un primo impulso con l'emanazione del D.Lgs. n.270 del 1999 in materia di amministrazione straordinaria e si è poi articolata in tre distinti e successivi interventi: il D.L. n.35 del 2005 convertito dalla L. n.80 del 2005, che ha modificato in alcune parti la disciplina della revocatoria fallimentare e quella del concordato preventivo; il D.Lgs. n.5 del 2006 emanato in attuazione della delega contenuta nell'art.1 della citata L. n. 80/2005, che ha inciso su numerosi e notevoli aspetti della disciplina del fallimento e ha abrogato l'amministrazione controllata; il D.Lgs. n.169 del 2007, c.d. "correttivo" emanato in attuazione dell'art.1 co.5-*bis* della L. n. 80/2005 (a sua volta inserito dall'art.1 Legge n.228 del 2006 che ha previsto la possibilità di emanare disposizioni correttive e integrative del D. Lgs n.6 del 2006). Da ultimo, il sistema è stato ulteriormente modificato in virtù del D.L. n. 78/2010 convertito in L. 122/2010, affatto rilevante ai fini della nostra trattazione, giacché ha accentuato la forza degli strumenti negoziali, incidendo sugli effetti degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art.182-*bis*.

² Queste convinzioni traspaiono con tutta chiarezza nelle parole dell'allora Ministro della giustizia e nella Relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 5/2006. Al proposito, e per le ragioni della nuova sensibilità del Legislatore alla materia della crisi d'impresa e agli interessi a essa sottesi, cfr. *infra*, §. 4.

della ricezione della proposta;³ del tribunale, in sede di omologazione del concordato⁴.

Il legislatore della Riforma ha radicalmente mutato le attribuzioni dei due organi, conferendo al primo il compito di verificare la *ritualità* della proposta (e riservando invece al comitato dei creditori quello di valutarne la convenienza); al secondo – in mancanza di opposizioni – di attendere alla verifica della *regolarità della procedura* e [del]l'*esito della votazione* e, in caso favorevole, di procedere senz'altro alla omologazione del concordato⁵.

³ Art.125 L.F.

⁴ Art. 129 L.F.

⁵ Si rimanda ai paragrafi successivi per una disamina più approfondita dell'ambito di sindacato tanto del giudice delegato quanto del tribunale. Si anticipa qui che con riferimento al sindacato del Tribunale, l'art.124, co.5, prosegue con il prevedere che, nel caso in cui vengano proposte opposizioni "il Tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio. Nell'ipotesi di cui al secondo periodo del primo comma dell'articolo 128, se un creditore appartenente a una classe dissenziente contesta la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili". La tecnica redazionale usata del legislatore ha fornito a importante parte di dottrina e giurisprudenza fondamento per affermare l'esistenza di un "doppio binario" di disciplina (in ragione dell'assenza o presenza di opposizioni), cui farebbe da naturale contraltare il diverso ambito di cognizione del giudice e quindi un diverso grado di pervasività del suo sindacato. Così CAVALAGLIO, *Sub Art.129.Giudizio di omologazione*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. Jorio (a cura di) II, Bologna, 2007. A riprova della volontà legislativa di strutturare il giudizio di omologazione in due distinti procedimenti a seconda della proposizione di opposizioni l'A. riporta un frammento della Relazione illustrativa del decreto attuativo: "Anche la disciplina di omologazione viene radicalmente modificata in linea con quanto dettato dai principi e criteri contenuti nella delega. A tal fine vengono previsti due distinti procedimenti: l'uno di omologazione e l'altro di approvazione". L'uno, semplificato e deformalizzato al massimo, mentre l'altro, modellato sul rito camerale, caratterizzato dal principio del contraddittorio e da una cadenza temporale volta, nei limiti del rispetto del diritto di difesa, a consentire anche in questo caso una conclusione in tempi brevi del procedimento. Il discrimine è quindi costituito dalla presentazione di opposizioni alla proposta di concordato. In questo senso AMBROSINI, *Il concordato fallimentare*, in *Il fallimento. Trattato di diritto commerciale*, diretto da G.Cottino, vol. XI, Milano 2009; BERNARDI, *Il concordato fallimentare: principi ispiratori e rinnovato ruolo degli organi della procedura a seguito dei recenti interventi riformatori*, in *IlCaso.it*, II, 117/2008; CAVALAGLIO, *op. cit.*; FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009; FINARDI, *La ripartizione dei poteri degli organi del concordato fallimentare dopo la riforma*, *Fallimento*, 2010, 8; FREGONARA, *Il*

La vecchia disciplina, com'è noto, prevedeva invece un penetrante controllo dell'autorità giudiziaria *sul contenuto economico* delle proposte di concordato, tanto nel vaglio preliminare del giudice delegato, quanto in quello successivo del tribunale. Il previgente art. 125 L.F., stabiliva, infatti, che il giudice delegato, una volta raccolto il parere del curatore e del comitato dei creditori sulla proposta di concordato, ove l'avesse ritenuta conveniente, ne ordinava la comunicazione ai creditori per la votazione. Il tribunale dal canto suo, era tenuto a decidere sulla omologazione all'esito di un sindacato, oltre che sull'osservanza di quanto stabilito dalla legge per l'ammissione e la validità del concordato, anche sulla convenienza della soluzione concordataria e la serietà delle garanzie offerte. Siffatto potere, si badi, era attribuito al giudice a prescindere dalla proposizione di opposizioni dei creditori dissenzienti o di chiunque altro ne avesse interesse.

Una fitta rete di controlli e valutazioni che parrebbe oggi affatto preclusa – quantomeno in via officiosa – all'organo giurisdizionale dai nuovi art. 125 e 129 L.F., la cui disciplina rientra senz'altro tra le “norme manifesto” della riforma fallimentare. Una disciplina questa, ora riguardata alla stregua di “ultimo baluardo” di protezione degli interessi superindividuali coinvolti nel fallimento dalla tirannia delle ragioni private; ora richiamata a prova del definitivo sdoganamento del potere dei privati nel governo dell'insolvenza, finalmente liberi dal giogo delle lentezze del procedimento imposte dalla sua gestione giurisdizionalizzata⁶.

concordato fallimentare, *Diritto delle Società*, 2007, 13; GIANI, *Il giudizio di omologazione*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, Bologna, 2008. GUERRERA, *Il “nuovo” concordato fallimentare*, *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2006, 5, 527; NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009; NISIVOCCIA, *Giur. Comm.* 2008, 3, 715. NORELLI, *Il concordato fallimentare “riformato e corretto”*, *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2008, 1; SANGIOVANNI, *Aspetti problematici del giudizio di omologazione*, *Fallimento*, 2010, 3

⁶ Sono posizioni che senz'altro restituiscono una diversa concezione di fondo circa la funzione delle procedure concorsuali e l'ordine di prevalenza degli interessi coinvolti nella crisi d'impresa. Così STANGHELLINI, *Sub Art.124 Proposta di concordato*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. Jorio (a cura di) II,

Il problema, restituito oggi dall'esperienza delle Corti, consiste quindi nella definizione del concreto ambito di sindacato che si riconosce al giudice fallimentare. In particolare, si tratta di capire se l'esclusione del potere del giudice di sostituirsi alle parti nella valutazione della convenienza economica della proposta implichi l'assenza di qualsiasi controllo che vada di là della verifica di regolarità formale del procedimento.⁷ Una compressione del potere del giudice che è spesso riguardata come il naturale contraltare del riconoscimento e dell'esaltazione dell'autonomia privata nella gestione dell'insolvenza, alla quale sola è consegnata la soluzione concordataria. Di qui, l'insofferenza di molti nei confronti di qualsiasi ingerenza dell'autorità giudiziaria sul contenuto dell'atto di autonomia, i cui spazi vanno però concretamente rintracciati nel dato normativo e oltre le dichiarazioni di principio. Inoltre, è perlomeno dubbio che il concordato, in quanto atto di autonomia, sfugga a qualsiasi controllo giudiziario.⁸

Bologna, 2007 individua proprio nella modifica dei poteri dell'autorità giudiziaria "lo spostamento dell'ago della bilancia verso la natura privatistica del concordato fallimentare"; nello stesso senso MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi di impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza) Fallimento*, 2008, 9; LO CASCIO, *Organi del fallimento e controllo giurisdizionale, Fallimento*, 2008, 4, che nota come al cuore della riforma vi sia l'intento di "affidare le sorti dell'impresa insolvente al dialogo del debitore con i creditori e alla ricerca di rimedi preventivi e liquidatori risolutori delle anomalie dell'organizzazione produttiva e idonei alla stabilizzazione del mercato" in considerazione di un sistema concorsuale "che aveva assunto nel tempo formalismi e schemi sempre più appesantiti, eccessivamente giurisdizionalizzati, contrari alla dinamicità del mercato e alle aspettative della nuova realtà sociale"; LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, *Fallimento*, 2008, 9; FABIANI, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale, Fallimento*, 2008, 9.

⁷ E pare lecito anticipare, fin d'ora, che la nuova formula adottata dal legislatore per delimitare i poteri del giudice in sede di ammissione e omologazione del concordato non desterebbe serie perplessità se l'una e l'altra fase del procedimento fossero presidiate da adeguati meccanismi di tutela dei creditori di minoranza, che rischiano seriamente di trovarsi in balia degli arbitri dei(l) creditori(e) di maggioranza. Avverte di questo pericolo LO CASCIO, *Organi del fallimento e controllo giurisdizionale, Fallimento*, 2008, 4.

⁸ L'avvenuta "privatizzazione" delle procedure concorsuali è, infatti, un dato che va dimostrato di là dalle dichiarazioni di principio e delle ideologie che

possono avere ispirato la riforma. Quest'analisi sarà condotta nel prosieguo del capitolo e, come si vedrà, anche ove confermata, non significa affatto che l'atto di autonomia sia espressione di libertà incondizionata e illimitata, ma che, all'opposto, proprio perché estrinsecazione del potere di autonomia, soggiace all'applicazione di tutte le norme che lo regolano.

2. Le posizioni della giurisprudenza e le opinioni della dottrina.

All'indomani della riforma delle norme sui poteri dell'autorità giudiziaria, si sono susseguite una serie di pronunce che, lungi dal fornire un criterio univoco di delimitazione dell'ambito di sindacato del giudice, oscillano invece tra due poli opposti attraversando una congerie di posizioni intermedie. Un'incertezza che, del resto, frammenta anche lo scenario dottrinale.

Due orientamenti opposti si sono sviluppati in seno alla medesima vicenda processuale per il tramite, rispettivamente, del Tribunale di Napoli, sent. 22 ottobre 2008 e della Corte d'Appello di Napoli, sent. 19 maggio 2009.

Nel primo caso i giudici hanno avuto modo di chiarire che, sebbene il dato letterale dell'art. 129 faccia supporre lecito un giudizio comparativo di convenienza nel solo caso di opposizione di un creditore appartenente a una classe dissenziente, *“un diversificato trattamento normativo risulta irragionevole rispetto al dettato dell'art. 3 Cost. E poiché la norma non indica i limiti del sindacato del tribunale e dei motivi di opposizione, potrebbe essere corretta anche un'interpretazione costituzionalmente orientata che consenta al creditore opponente di svolgere censure attinenti anche alla convenienza del concordato”*.⁹ Dunque, il sindacato del giudice, ove sollecitato dalla parte, si estende alla valutazione, *nel merito*, della convenienza economica del concordato, della sua appetibilità e idoneità a soddisfare gli interessi dei creditori, assicurando loro un risultato migliore di quello che potrebbero avere se la vicenda

⁹ Tribunale di Napoli, sent. 22 ottobre 2008. La pronuncia offre rilievi di grande interesse anche con riferimento al diverso tema dell'abuso dello strumento concordatario, di cui più avanti si tratterà in maggiore dettaglio. Giova qui anticipare che la Corte ha ritenuto di poter reprimere un impiego abusivo dello strumento concordatario facendo ricorso alle norme che impongono il dovere di buona fede e correttezza nell'esecuzione delle obbligazioni (artt. 1175 e 1375 c.c.), in virtù delle quali il tribunale può *“esercitare un controllo sulla concreta fattibilità del concordato e un sindacato volto a censurare eventuali deficienze, falsità, incongruenze della proposta, dei pareri e della documentazione sulla base delle quali essa è stata approvata”*.

fallimentare continuasse per la tradizionale via della liquidazione della massa attiva e della ripartizione del ricavato.

La conclusione cui giunge il Collegio trova ampio riscontro in quella parte della dottrina che propende per un'interpretazione estensiva della norma di cui all'art.129. Le opposizioni, da chiunque siano proposte, sono il mezzo con il quale sottoporre alla cognizione del giudice profili di merito altrimenti preclusi. Nei limiti del *quantum devolutum* – ben inteso – il giudice può conoscere di motivi che lambiscano la non convenienza del concordato per l'opponente.¹⁰ S'approda a questa conclusione in esito alle più diverse argomentazioni. Ora, in ragione di una necessaria coerenza sistematica. La previsione di un doppio binario di disciplina sarebbe la prova dell'intento di relegare il giudice al controllo di legittimità formale solo nel caso di mancanza di opposizioni. Al contrario, l'opposizione è il veicolo per sottoporre al giudice i profili di merito, per superare "la presunzione relativa di convenienza posta della votazione della maggioranza";¹¹così, l'accoglimento dell'opposizione all'omologa è il segno della valutazione dell'inidoneità del concordato a soddisfare i fini propri dell'istituto e gli interessi di tutti i soggetti coinvolti nella procedura, non solo di alcuni di essi. Ora, richiamando le regole del contraddittorio e l'ampiezza dei poteri istruttori (anche officiosi) del giudice, si ammette la legittimità di un controllo sul merito, sia pure limitato alla fattibilità e alla sostenibilità del piano, sotto il profilo dell'adeguatezza delle garanzie e della plausibilità degli adempimenti promessi dal proponente.¹² Non manca infine (ed è questa l'interpretazione accolta dai giudici napoletani) chi radica la necessità di ricomprendere nella cognizione del giudice motivi di doglianza sul

¹⁰ Aderiscono a questa ricostruzione, con vedute non sempre analoghe COSTANZA, *Perché ricorrere alle clausole generali quando è sufficiente l'applicazione della norma positiva? Fallimento*, 2009, 4; GUERRERA, *op.cit.*; NIGRO, VATTERMOLI, *op.cit.*; NISIVOCCIA, *op.cit.*, per il quale il controllo di merito non è illimitato, ma si estende al solo profilo della fattibilità del concordato;

¹¹ Così COSTANZA, *op. cit.*

¹² NISIVOCCIA, *op.cit.*

merito, adombrando dubbi sulla ragionevolezza del trattamento diversificato tra creditori, e quindi sulla conformità della norma al dettato dell'art. 3 o dell'art. 24 Cost.¹³ La preoccupazione – invero condivisibile – è che i creditori sarebbero privi di qualsiasi difesa nel caso (anche strumentale) in cui non siano state create classi di creditori. Il controllo di merito, in questo caso, sarebbe impossibile *ab origine*.

Questi stessi temi sono affrontati dalla Corte territoriale adita in sede di gravame per la medesima vicenda di fatto, pervenendo però a conclusioni opposte.

Prima di decidere della fondatezza delle doglianze avanzate dalle parti, la Corte ritiene di dover prendere posizione proprio in ordine alla questione di fondo dell'ambito di sindacato riservato al giudice in sede di omologazione; e lo fa aderendo esplicitamente all'opinione per cui la valutazione della convenienza della proposta di concordato è attribuita, in via esclusiva, ai creditori, mentre al Tribunale è riservato il compito di vigilare sulla regolarità della procedura. Tra i vari argomenti che depongono in tal senso,¹⁴ È dirimente, a opinione della Corte, il carattere eccezionale della norma recata dal settimo comma dell'art.129. Proprio là dove il giudice di prime cure aveva letto una regola, la Corte d'Appello rinviene “*chiaramente (...) un'eccezione rispetto all'ipotesi ordinaria, in cui il Tribunale è chiamato a valutare la sola regolarità della procedura, che si giustifica con il fatto che la suddivisione in classi comporta una deroga al principio della par condicio, che il legislatore ha ritenuto di poter consentire solo in presenza della corretta individuazione delle classi (...) e solo se dalla*

¹³ GIANI, *op. cit.*; *contra* AMBROSINI, *op. cit.*

¹⁴ Deporranno in questo senso una serie di dati normativi, tra cui il raffronto tra l'originario testo dell'art. 125 in tema di poteri del G.D. e quello post-riforma, che avrebbe riservato al giudice delegato dei poteri di mera “propulsione del procedimento”; il nuovo comma 4° dell'art.129, che limita il controllo del Tribunale nel caso di assenza di opposizioni alla verifica della regolarità della procedura e dell'esito della votazione; il nuovo testo dell'art.129 comma 7°, che permette un controllo del merito nella sola ipotesi in cui, essendo prevista la divisione dei creditori in classi ed essendo stata conseguita la maggioranza sull'ammontare complessivo dei crediti, una o più classi abbiano espresso dissenso.

suddivisione non derivi per le classi dissenzienti un risultato peggiore rispetto a quello che in concreto potrebbe derivare dalla prosecuzione della procedura". In ragione del rapporto di eccezione a regola che connota la norma in esame, la Corte conclude affermando che *"per quanto l'art.129 comma 6° non ripeta la formula del precedente comma 4°, anche in presenza di opposizioni, quando la votazione non sia avvenuta per classi il Tribunale deve limitarsi alla valutazione della regolarità della procedura e alla verifica dell'esito della votazione"*.

Inoltre, quella lettura costituzionalmente orientata della norma in parola, caldeggiata per evitare che possa realizzarsi una violazione del principio di parità di trattamento tra creditori di un concordato con la previsione di divisioni in classi e quelli di concordato che ne sia privo, è del tutto irrazionale: il principio di uguaglianza va considerato in termini sostanziali, sicché un diverso trattamento normativo in presenza di situazioni obiettivamente diverse è del tutto legittimo. Il discrimine tra le due tipologie di creditori (e quindi la previsione di un più o meno profondo sindacato del giudice) è dunque giustificato dal rilevante elemento di differenziazione costituito dalla deroga al principio della par condicio creditorum conseguente alla suddivisione in classi dei creditori.

Vale la pena di considerare come a questi contrasti interpretativi abbia contribuito una disciplina normativa che non richiama in alcun modo il possibile contenuto delle opposizioni, mentre prevede espressamente un controllo di merito nel solo caso di opposizione da parte di creditore di classe dissenziente. Tace quindi la legge, circa il regime generale di sindacato del tribunale nel caso di opposizioni e, soprattutto, tace sul potere di sindacare la convenienza della proposta, ove questa sia oggetto di contestazione.

Ecco quindi palesarsi da un lato chi, facendo leva sulla indeterminatezza della disposizione normativa, ritiene che il merito della proposta possa sempre essere sottoposto al giudice per il tramite

dell'opposizione¹⁵ (così, s'è visto, il Tribunale di Napoli) d'altro lato, la posizione (avallata dalla Corte d'Appello) di chi accoglie un'esegesi delle norme di cui al comma 5° e 7° dell'art. 129 in termini di rapporto di regola a eccezione: la regola, l'insindacabilità della convenienza della proposta; l'eccezione, la sua deducibilità in opposizione. Un rapporto, questo, ispirato dalla precisa *ratio* legislativa, la volontà deliberata di rispettare l'autonomia privata e favorire la soluzione concordataria.

Il che, di regola, si traduce nel sacrificio dell'interesse del singolo alla volontà della maggioranza. Solo quando sussiste, all'interno di una classe, la maggioranza dei voti sfavorevoli, allora la volontà della maggioranza *sic et simpliciter* non basta più e, perché il concordato possa essere imposto anche alla minoranza dissenziente, occorre valutare se in concreto la proposta sia preferibile alle alternative concretamente praticabili. Si badi, solo se a questo il giudice sia sollecitato dalla doglianza del creditore appartenente alla minoranza dissenziente.

Secondo questa prospettazione, sarebbero quindi tracciabili i contorni di due classi di opposenti: gli opposenti per così dire "non qualificati"¹⁶, e quelli "qualificati".

¹⁵ Per la cospicua dottrina attestata su questa posizione cfr., *supra*, nota 10.

¹⁶ In questa categoria rientra "qualsiasi interessato", il che vale a dire che l'opponente potrà essere un creditore (dissenziente o al quale non sia stata comunicata la proposta e quindi non possa considerarsi né consenziente né dissenziente), il fallito (che sia il proponente), qualsiasi terzo che dalla omologazione potrebbe veder lesa la propria sfera giuridica, a esempio terzi nei cui confronti possano essere esperite azioni revocatorie cedute all'assuntore, a creditori esclusi o non insinuatisi. Così NORELLI *op. cit.* In questa categoria di terzi legittimati rientrerebbe anche il terzo proponente che abbia visto escludere la propria proposta alternativa. A tale ultimo proposito si rimanda a SANGIOVANNI, *Omologazione del concordato fallimentare e opposizioni, Fallimento*, 2011, 5 in nota a decr. Tribunale di Bari, 6 dicembre 2010. Il Tribunale aveva qui stabilito che il proponente di una domanda di concordato esclusa dai creditori non potrà proporre un'opposizione volta a far sindacare della maggiore convenienza della sua proposta rispetto a quella accolta dai creditori, a meno che il proponente stesso non sia, contestualmente, anche creditore (e abbia chiaramente espresso voto negativo rispetto alla proposta approvata). Allo stesso Autore si deve la classificazione dei soggetti legittimati in opposenti "qualificati" e "non qualificati", stavolta però in *Aspetti problematici del giudizio di omologazione*

L'opponente "non qualificato" è senz'altro legittimato a dedurre motivi di doglianza concernenti la regolarità della procedura (vizi che, compresi già nel potere di controllo officioso lo sono, *a fortiori*, in quello sollecitato dalla parte),^{17E}, secondo alcuni Autori, anche vizi di legittimità sostanziale della proposta concordataria.¹⁸ Un controllo di legalità sostanziale che, a ben vedere, rende i confini del sindacato del giudice particolarmente elastici, e si pone in realtà in una zona grigia tra legalità e merito.¹⁹

del concordato fallimentare, Fallimento, 2010, 3. Si ritiene di poter senz'altro escludere dalla cerchia dei legittimati i creditori che hanno espresso, anche attraverso il meccanismo del silenzio-assenso, voto favorevole alla proposta, in ossequio all'incontestabile divieto di andare *contra factum proprium*.

¹⁷In questo senso AMBROSINI, *op. cit.* p. 725; GUGLIELMUCCI, sub *Art.129 in Codice commentato del fallimento*, 1253 e ss., per il quale l'opposizione non andrebbe a espandere il *thema decidendum* del tribunale, i fatti deducibili sarebbero i medesimi di quelli oggetto del controllo officioso. Quello che cambia è l'ampliamento degli strumenti posti a disposizione del tribunale per esercitare questo controllo, tale per cui "la deduzione di questi con opposizione ad omologa consente quegli approfondimenti in fatto, attraverso l'assunzione di mezzi istruttori, in assenza dei quali il vizio di legittimità nel procedimento senza opposizioni non può emergere".

¹⁸Di quest'opinione BERNARDI *op.cit.* p.14. Non avrebbe senso altrimenti, prevedere la possibilità di opporsi all'omologazione, se oggetto dell'opposizione potessero essere solo quei vizi comunque oggetto di vaglio da parte del giudice in via officiosa. Comune denominatore di questa linea di pensiero è, comunque, il rifiuto per l'opponente "non qualificato" della legittimazione a dedurre motivi di doglianza incardinati sulla convenienza economica del concordato. Ammettere una simile soluzione significherebbe, ineluttabilmente, recuperare quel sindacato sul merito che il legislatore ha deliberatamente sottratto al giudice riservandolo ai creditori, direttamente con il voto e, prima, per il tramite del loro organo rappresentativo, il Comitato dei creditori *ex multis*, NORELLI, *op. cit.* p.61; AMBROSINI, *op.cit.* p.725.

¹⁹Così, si coglie la sfumatura della distinzione in NORELLI, *La proposta di concordato*, inedito. L'A. sostiene infatti come le opposizioni introducano nel procedimento fatti ulteriori rispetto a quelli che afferiscono alla mera regolarità formale della procedura, che, se vanno di là di essa – all'involucro esterno dell'atto – non possono che riguardarne il concreto contenuto. Allo stesso tempo, non potendo attenere alla convenienza economica della proposta, vanno qualificati come vizi che riposano sul piano della legalità sostanziale: il parametro è sempre la conformità alla legge, ma non sotto il profilo "formale", bensì per tutto quanto attiene al contenuto della proposta, che costituisca violazione di una norma giuridica che ponga requisiti di sostanza, "concernenti la concreta regolazione dei rapporti obbligatori e la sistemazione del patrimonio dell'insolvente". L'Autore peraltro, riprenderà ed estenderà ulteriormente questa visione nel successivo *Il concordato fallimentare "riformato" e "corretto", Esecuzione forzata*, 2008, 1, dove arriverà ad affermare che nel caso di opposizione si possa far valere qualsiasi

Ove l'opponente sia, contestualmente, un creditore (dissenziente) appartenente a una classe dissenziente, allora questi assume la veste di "opponente qualificato". In questo caso (e solo in questo caso) il giudice è tenuto a valutare la fondatezza del motivo di doglianza sotto il profilo della convenienza – per l'opponente – del concordato.²⁰ L'ordinamento italiano contempla, alla stregua del

profilo attinente al contenuto della proposta che comporti la lesione del proprio diritto di credito, inteso come diritto a trovare la migliore soddisfazione della propria pretesa creditoria. Il fatto che la doglianza si riferisca al proprio diritto di credito (o al diritto del fallito di non vedere inciso il proprio patrimonio oltre il dovuto) e non alla convenienza per il ceto creditorio in sé della proposta concordataria, escluderebbe che questo sindacato possa considerarsi alla stregua di un sindacato di merito. Spiega l'A. che "quel *quid pluris* deducibile con l'opposizione, se non può attingere il merito della proposta in sé, già favorevolmente valutato dal comitato e poi dalla maggioranza dei creditori, deve desumersi dal mezzo stesso concesso all'interessato: con l'opposizione si vuole evidentemente tutelare la posizione individuale dell'opponente rispetto alla soluzione concordataria che si profila all'orizzonte. In altri termini, l'opponente non può mai dolersi della mancanza di convenienza per il ceto creditorio in generale (a es. adeguatezza delle garanzie offerte oppure tempi del pagamento), ma ben può lamentare (...) la lesione di un suo diritto, lesione (...) che deriverebbe dal concordato, se la proposta fosse omologata. (...) Il singolo creditore dissenziente può dedurre che con il concordato egli riceverà meno di quanto otterrebbe con la liquidazione concorsuale dei beni e che, perciò, è lesa il suo diritto di credito; il fallito può dedurre che con il concordato egli sarà privato dei suoi beni più di quanto sia necessario per soddisfare tutti i creditori e che, perciò, è lesa il suo "diritto al patrimonio", il suo diritto a non subire un'esecuzione ridondante rispetto alla soddisfazione dei crediti (arg. ex artt. 2740-2910 c.c., arg. anche ex artt. 483-496 c.p.c.)." Nonostante si colga l'acume di una simile ricostruzione, non si ritiene di poter condividere che l'esito del ragionamento sia comunque nel senso di escludere che al giudice sia precluso il controllo sulla convenienza della proposta. Permettere che il creditore possa dolersi del fatto che "con il concordato egli riceverà meno di quanto otterrebbe con la liquidazione concorsuale", significa che egli è ammesso a contestare che per lui la soluzione concordataria *non è economicamente conveniente*. Queste considerazioni sembrano *a fortiori* confermate dall'osservazione che, secondo la dottrina prevalente, anche nel caso del *cram down* il giudizio di convenienza avrebbe a oggetto il *singolo* diritto di credito e non la convenienza del concordato per il ceto creditorio in sé (profilo su cui l'A. incardina il discrimine tra controllo di merito e controllo di legalità sostanziale).

²⁰ Vale la pena di notare, infatti, come la dottrina prevalente segua un'interpretazione restrittiva della norma in esame, per cui il giudizio di convenienza avrebbe a oggetto esclusivamente il credito contestato e non la convenienza del concordato nel suo complesso. Cfr., al proposito, SANGIOVANNI, *Aspetti problematici del giudizio di omologazione del concordato fallimentare*, *Fallimento*, 2010 3; GUERRERA, *op. cit.*; *contra* GIANI, *op. cit.*, che esprime perplessità sulla scelta del legislatore di trascurare la situazione

sistema statunitense e di quello tedesco, la possibilità di superare l'opposizione dei dissenzienti laddove la soluzione concordataria non rechi loro svantaggio. Perché però a questi possa imporsi una proposta di tal sorta, occorre che il giudice valuti se, in effetti, le ragioni di quel creditore siano soddisfatte in maniera più utile perseguendo la via della liquidazione fallimentare.²¹ Ove il giudizio di convenienza concluda che le alternative concretamente praticabili non possano costituire per l'opponente un mezzo per conseguire maggiore soddisfazione, il giudice omologa il concordato. Si dà quindi luogo al *cram down*, (letteralmente: "ingozzare", "far mandare giù"); un'espressione che restituisce con efficacia l'idea di far digerire ai creditori dissenzienti un assetto d'interessi contrario alla loro volontà.

Come sempre accade, anche con riferimento al problema di cui si tratta si è giunti a posizioni che finiscono per esasperare il dato normativo, portandolo agli estremi, tanto dell'una quanto dell'altra impostazione ora illustrata.

Così il Tribunale di Campobasso, 23 Agosto 2010, arriva a riconoscere nel giudice il controllore di regolarità della procedura, quasi fosse un notaio chiamato a raccogliere le dichiarazioni delle parti di fronte a sé. Afferma infatti il giudice che *"l'insieme della nuova disciplina del concordato induce a ritenere che la valutazione di convenienza dello stesso sia stata rimessa in via esclusiva ai creditori, mentre al Tribunale è rimasto solo il compito di vigilare sulla regolarità della procedura (...) anche in presenza di opposizioni, quando la votazione non sia avvenuta per classi, il Tribunale deve limitarsi alla*

della classe di cui l'opponente si fa portatore. Per l'A. sarebbe più opportuno, sulla falsariga di quanto avviene anche per gli ordinamenti statunitense e tedesco, da cui l'istituto è stato mutuato, consentire una valutazione comparativa dei crediti dell'intera classe dissenziente nel contesto dell'intera procedura.

²¹È questo il contenuto del giudizio di convenienza, che implica due momenti logici successivi: l'individuazione dell'esistenza di alternative alla proposta, prima, la comparazione tra il livello di soddisfazione realizzabile dalla proposta di concordato con quello risultante dalle alternative concretamente praticabili, poi. Normalmente questa comparazione trova espressione in un dato percentuale, e il confronto è particolarmente arduo quando la contropartita dei creditori consiste nell'assegnazione di titoli.

valutazione della regolarità della procedura e alla verifica dell'esito delle votazioni".²²

Agli antipodi si pone invece quella giurisprudenza che riconosce al giudice il dovere di accertare, anche in assenza di opposizioni, il rispetto di un equilibrio minimo del sinallagma contrattuale ed eventualmente esercitare una funzione correttiva della volontà manifestata dalle parti. Così il Tribunale di Locri con decr. 2 ottobre 2009, ha ritenuto che *"residui comunque in capo al Tribunale un potere di controllo sulla proposta di concordato fallimentare non limitato alla verifica del corretto utilizzo dei criteri di cui all'art. 124, comma 2, lett a) e b) L.F., ma esteso alla preliminare verifica della legittimità della proposta alla luce dei principi generali dell'ordinamento. (...) alla luce di tali principi generali il giudice è chiamato a operare un controllo del rispetto dell'equilibrio minimo del sinallagma contrattuale ed, eventualmente, ad esercitare una funzione correttiva della volontà manifestata dalle parti"*. Una conclusione cui il collegio è pervenuto correlando sistematicamente la disposizione dell'art. 129 L.F. con le norme – codicistiche e non – che permettono al giudice di intromettersi nel rapporto giuridico patrimoniale disegnato e voluto dalle parti, per riportare tra le prestazioni corrispettive quel necessario "equilibrio minimo".²³

²² Nello stesso senso Trib. Mantova, decr. 26 aprile 2007; Tribunale di Mantova decr. 1 aprile 2008: *"Al tribunale in sede di omologazione del concordato fallimentare spetta di verificare la regolarità della procedura e l'esito della votazione mentre, salva l'ipotesi del cram down, non gli compete alcuna valutazione in ordine alla convenienza della proposta approvata ciò desumendosi dall'eliminazione di siffatto criterio già al momento della proposizione del ricorso, nonché dalla soppressione – contenuta nel previgente art. 130 L.F. – del riferimento all'esame del merito delle proposte"*.

²³ Vengono al proposito richiamate le norme in materia di azione generale di rescissione per lesione (art.1448 c.c.), di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità (art.1467 c.c.), il potere del giudice di ridurre l'indennità dovuta per la risoluzione della vendita con riserva di proprietà (art.1526 c.c.), il potere conferito al giudice di limitare d'ufficio la penale manifestamente eccessiva (art. 1384 c.c.). Ancora, il collegio richiama le disposizioni della L. n. 108/1996 in tema di ripristino dell'equilibrio contrattuale nei contratti stipulati con gli intermediari finanziari. Istituti, secondo il Tribunale, da leggere in senso conformativo ai precetti

Non può mancarsi di rilevare, in ogni caso, come spesso vi sia la tendenza delle Corti di recuperare, anche dove a parole proclamino l'estraneità della convenienza della proposta dal vaglio di sindacato che loro compete, un'indagine sul merito attraverso il controllo delle motivazioni. È noto come storicamente i giudici di legittimità tendano a riacquistare in concreto un controllo sul merito dei fatti attraverso il vaglio delle motivazioni, il quale implica che il giudice quantomeno si "affacci" sul merito per "vedere" quali fatti siano rilevanti e quali no. E ciò, nonostante che in teoria, il controllo sulle motivazioni sia un controllo di legittimità che attiene alla coerenza e logicità del procedimento mentale seguito dal motivante.²⁴

Una linea di tendenza che impone viepiù di verificare, in concreto, se siano stati effettivamente ampliati i poteri dei privati nel concordato e che cosa questo significhi in termini di controlli demandati all'autorità giudiziaria.

3. Il mito del rafforzamento dell'autonomia privata nella gestione dell'insolvenza.

Chi rifiuta al giudice il potere di sindacare il contenuto economico della proposta di concordato ritiene che ciò sia la diretta conseguenza della deliberata scelta legislativa di fare i creditori arbitri esclusivi della sua convenienza. Il problema dell'asserita riduzione del potere di controllo del giudice è quindi generato dall'affermazione del rafforzamento dell'autonomia dei privati: la stagione di riforme che ha interessato la disciplina fallimentare nel biennio 2005-2006, avrebbe determinato una metamorfosi del concordato in senso spiccatamente privatistico, sì da creare uno spazio per l'autonomia privata che non tollera ingerenze dell'autorità giudiziaria.

Tanto l'uno quanto l'altro assunto non possono essere acquisiti, come assiomi che non necessitano di dimostrazione, ma devono,

costituzionali tra cui, primariamente, il dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi.

²⁴LUISO, Diritto processuale civile, II, 420.

all'opposto, essere ricavati dal dato normativo, in base a quello ricostruiti.²⁵

Da prima, bisogna quindi verificare che si sia effettivamente creato uno spazio per l'autonomia dei privati, tale da potere accogliere la asserita natura privatistica del concordato; di poi, occorrerà interrogarsi sulla possibilità di tracciare un'equivalenza tra autonomia e illimitata libertà.

²⁵Dello stesso parere FABIANI, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, *Fallimento* 2008, 9, che avverte come la privatizzazione del fallimento sia in realtà "un teorema che deve essere dimostrato e la dimostrazione può risultare meno semplice di quanto a prima vista appaia".

4. (segue) Della “privatizzazione del concordato fallimentare”. Le istanze del cambiamento.

Le dichiarazioni di principio che hanno accompagnato la riforma l'hanno ritratta come deliberatamente ispirata all'obiettivo di dilatare gli spazi di autonomia negoziale nella gestione dell'insolvenza dell'imprenditore. Una convinzione cui si è giunti in esito alla maturazione di una nuova sensibilità verso la disciplina delle crisi d'impresa e, ancor prima, degli interessi coinvolti nel dissesto dell'imprenditore commerciale.²⁶

²⁶Non è possibile in questa sede svolgere un'analisi approfondita delle istanze, sociali e politiche, che hanno spinto alla radicale modifica della materia fallimentare. Eppure, queste sono decisive per comprendere la portata della riforma, le cui radici affondano in un contesto dominato dall'insofferenza nei confronti della "vecchia" disciplina normativa incentrata sul fallimento, determinata anzitutto da ragioni di tipo pratico. Le interminabili lungaggini delle procedure che, di fatto, svilivano la loro funzione ultima di soddisfare i creditori. I recuperi - quando c'erano - irrisori e in tempi biblici. Di qui le pressioni per lo snellimento delle procedure, da realizzare attraverso l'eliminazione dei controlli capillari sulla fase esecutiva da parte del giudice delegato e del tribunale. Inoltre, la riforma è il frutto di un chiaro cambiamento dell'ideologia sottostante il diritto della crisi d'impresa (e ancor prima, della nozione stessa di impresa). È divenuto chiaro come il fenomeno della crisi non coinvolga più solo gli interessi dei creditori, solo alcuni tra i soggetti implicati in dissesti dagli effetti molto più vasti sul tessuto produttivo e sociale della comunità all'interno della quale opera l'impresa. Ancora, la maggiore complessità dei traffici giuridici fa emergere l'esistenza di una frammentazione dello stesso ceto creditorio. Se quindi la disciplina del legislatore del 1942 era ispirata all'unica preoccupazione di scongiurare la propagazione a catena dei dissesti (rischio insito nell'eventualità - tutt'altro che remota - che l'impossibilità di recuperare interamente e in breve tempo i propri crediti dal debitore insolvente si traducesse nell'impossibilità dello stesso creditore di fare fronte alle proprie obbligazioni, nel contesto dell'impresa commerciale dove il ricorso al credito altro non è che il fisiologico svolgimento dell'attività di impresa) si rivela inadeguata a rispondere alle esigenze restituite da una realtà economico-sociale decisamente diversa da quella che aveva in mente il legislatore del codice, che aveva ritagliato il fallimento sulla piccola impresa, in un'ottica privatistica del fenomeno fallimentare. Quando la realtà imprenditoriale venne complicandosi contestualmente all'apertura dei traffici giuridici ben oltre i confini nazionali (realizzatasi a partire dagli anni '60 del secolo scorso. Per la disamina dei rapporti tra economia e diritto GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio, in Contratto e impresa*, 2000, pp.189-205) si rivela in tutta la sua gravità l'inadeguatezza di quelle regole che, se formalmente si applicavano anche a tali realtà imprenditoriali, erano state pensate per la più elementare dimensione della piccola impresa, dove quegli interessi - la tutela dei lavoratori, il mantenimento di livelli occupazionali, le scelte strategiche di politica nazionale - meritevoli di tutela

Gli interventi legislativi che, nel breve volgere di poco più di un decennio, hanno interessato la disciplina della crisi d'impresa sembrano, di là dalle contingenti esigenze che di volta in volta li hanno ispirati, tutti immancabilmente volti a sottrarre la gestione della crisi alla mera logica dell'espropriazione collettiva dei beni dell'imprenditore per soddisfare le ragioni dei creditori. A quello dei creditori, è venuto affiancandosi l'interesse pubblico alla conservazione dell'impresa al tessuto produttivo, il quale implica, e riassume in sé, anche quello alla conservazione dei livelli occupazionali.²⁷ Tra le altre, le importanti modifiche apportate alle regole che disciplinano il concordato fallimentare, il concordato preventivo e il concordato della liquidazione coatta amministrativa (artt. 124 e ss., 214, 161 e ss. L.F.) restituiscono all'interprete un'immagine del governo della crisi dell'impresa ormai sideralmente lontana da quella logica – solo pubblicistica – sottesa all'espropriazione collettiva dei beni dell'imprenditore insolvente.

Come dire: sulla scena non compaiono più il solo debitore (insolvente) e i suoi creditori, ma accanto a loro si colloca il superiore interesse a una “gestione economica” della crisi. “Gestione economica” della crisi, non solo nel senso di governo equilibrato e rispettoso dei

secondo l'ordinamento giuridico, erano assenti, e quindi del tutto estranei alla logica fallimentare. Ancora, lo stesso ceto creditorio si frantumava in una congerie di portatori d'interessi contrapposti. Si pensi ai creditori finanziari da un lato e a quelli rappresentanti l'indotto dall'altro: è evidente come se per gli uni la liquidazione fosse soluzione più che appetibile, per gli altri, che vivono della sopravvivenza del loro debitore, fosse invece di gran lunga preferibile la prosecuzione dell'attività dell'impresa debitrice (VIVALDI, *Soluzioni stragiudiziali ed intervento del giudice, Fallimento*, 2003). Ecco che viene superata l'idea che fine delle procedure concorsuali dovesse esaurirsi nel mero recupero dell'attivo fallimentare al fine di attuare coattivamente la responsabilità patrimoniale del debitore.

²⁷ Questa linea di tendenza, che trova la più limpida espressione nelle norme che regolano l'insolvenza delle grandi imprese in crisi (emblematica è al proposito la disciplina dettata dall'art.27 D.LGS. 8 Luglio 1999 n. 270, richiamata dal D.LGS. n. 347 convertita con modifiche in L. 27 ottobre 2008 n. 166), non sembra estranea neppure alla recente riforma del fallimento. Da un lato, la prevista possibilità di esercizio provvisorio dell'impresa, anche nel caso di fallimento (art. 104 L.F.); dall'altro, le norme sugli accordi di ristrutturazione e quelle sui piani attestati di risanamento (artt. 182-bis e 67, comma 3 lett. d). L.F.);

molteplici e configgenti interessi che la crisi di un'impresa genera in concreto, ma anche semplificazione delle procedure e maggiore rapidità delle decisioni da adottare. In effetti, una riforma generale e incisiva della legge fallimentare era avvertita come improrogabile dalla dottrina che si occupava del rapporto tra economia e diritto, dalla cui speculazione era chiaro come un adeguato sistema di regole per il governo delle crisi d'impresa fosse cruciale sotto il profilo della competitività dell'economia nazionale.²⁸ L'esaltazione della preminenza delle ragioni del mercato aveva come naturale conseguenza la necessità di preferire un sistema più spiccatamente negoziale di gestione dell'insolvenza. Solo grazie all'irrobustimento di tali strumenti negoziali si rendeva possibile che l'insolvenza, generatasi nel mercato, da questo fosse risolta per mano di coloro - i creditori - in grado meglio di chiunque altro di tutelare i propri interessi (certamente miglior tutori rispetto a quella "grande e inefficiente società *non-profit*"²⁹ che è il fallimento).³⁰

Ai fini di una "gestione economica" della crisi dell'impresa, il legislatore ha quindi dichiaratamente imboccato – forse a ciò spinto anche dalle mutate caratteristiche strutturali del patrimonio della

²⁸FABIANI, *Autonomia ed eteronomia della risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale, Fallimento*, 2008, 9. secondo l'A. infatti "il diritto viene misurato con gli strumenti dell'economia, ed è ovvio che certi profili che attengono a difetti di semplificazione possano risultare decisivi per una valutazione globale (non positiva) dell'ordinamento" e ancora l'A. si esprime nel senso che "mi pare quasi ineluttabile che l'idea del diritto (e del diritto dell'impresa in particolare) come etica delle regole preesistenti ai fenomeni che sono destinate a governare, sia purtroppo destinata a soccombere di fronte alle esigenze di adeguamento delle regole a una realtà effettuale ormai sempre in più evidente divenire".

²⁹L'espressione è in D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali, Giustizia civile*, 2006, 7-8.

³⁰A questo proposito notiamo come la dottrina abbia accostato i creditori dell'impresa insolvente "di fatto a soci senza diritti e poteri" in una società che ha perso il suo capitale di rischio: di qui "l'esigenza di trasferire il controllo della procedura a quei soggetti che loro malgrado forniscono il capitale di rischio all'impresa e di procurare loro (...) gli strumenti per l'organizzazione di quel controllo, al fine di poter esercitare i poteri che spettano agli investitori". Così MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi di impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, *Fallimento* 2008; STANGHELLINI *Le crisi di impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007.

moderna impresa³¹ – la via dell'autonomia privata, spostando “il baricentro della gestione del fallimento dal giudice ai veri attori: il fallito e il comitato dei creditori”.³²

Accanto all'introduzione di strumenti negoziali di gestione dell'insolvenza prima sconosciuti, segnatamente gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art.182-*bis*) e i piani di risanamento (art.67, 3° c. lett d), la riforma ha dunque esteso i confini dell'autonomia privata nei preesistenti strumenti di risoluzione concordata della crisi: concordato fallimentare e concordato preventivo, si da “spostare l'ago della bilancia verso la natura privatistica del concordato”.³³

³¹A nostro avviso, è difficile cogliere appieno il senso delle scelte compiute dal legislatore della Riforma, se si trascura di considerare la radicale trasformazione che ha interessato la struttura del patrimonio dell'impresa. Se in epoca coeva all'emanazione della legge fallimentare il patrimonio dell'impresa era in larga parte costituito da beni immobili e mobili appartenenti all'imprenditore, nell'odierna impresa (anche piccola e media) esso è prevalentemente rappresentato da beni immateriali. L'imprenditore moderno raramente immobilizza risorse finanziarie per dotarsi degli stabilimenti nei quali svolgere la propria attività, per acquistare le linee produttive, per dotarsi di sistemi informatici (c.d. IT) e così via. Nella normalità dei casi alla proprietà è sostituito il mero godimento, a titolo di locazione o di leasing o di noleggio. E l'esperienza mostra come inarrestabile la tendenza dell'impresa ad “alleggerire” e rendere più flessibile la struttura del proprio patrimonio. Si pensi, a esempio, alle operazioni di *spin off* immobiliare, che in epoca meno recente hanno interessato le sole grandi imprese, ma che in anni a noi più vicini sono diventate usuali anche per le medie e piccole imprese. E nella medesima logica, a noi pare, s'inserisca anche il diffuso ricorso dell'imprenditore alla fattorizzazione dei crediti.

³²Sono parole dell'allora Ministro della giustizia, che illustrando la nuova disciplina osservava come “ogni riforma vera sposta degli equilibri. E ogni riforma fa delle scelte. In questo caso la scelta effettuata va verso il mondo della produzione, imprese e banche”. Così anche il Presidente della Commissione Ministeriale incaricata di elaborare il testo del provvedimento, secondo il quale il ruolo del g.d. era stato ridefinito in ragione della constatata carenza di quelle competenze manageriali e tecniche necessarie alla gestione di una procedura che aveva come obiettivo il mantenimento per quanto possibile dell'impresa al tessuto produttivo. Queste dichiarazioni sono riportate da COSCIONI, *Ruolo del giudice delegato nella “riforma della riforma”, Fallimento e crisi d'impresa*, 2008, 3.

³³ STANGHELLINI, *Sub Art.124. Proposta di concordato*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. Jorio (a cura di) II, Bologna, 2007.

5. La privatizzazione del concordato nel dato positivo.

Nelle parole dei primi commentatori ricorre l'affermazione per cui la privatizzazione del concordato fallimentare è stata realizzata lungo due binari paralleli: il rafforzamento dell'autonomia negoziale e l'arretramento dell'autorità giudiziaria.³⁴

In effetti, le nuove norme che disciplinano il concordato si lasciano ordinare intorno a due poli. Per un verso, le norme che tracciano un nuovo equilibrio di distribuzione dei poteri tra gli organi del fallimento: il Tribunale, il Giudice delegato, il Comitato dei creditori e il Curatore, tutti profondamente modificati dalla riforma; per altro, le norme che riguardano più in particolare il contenuto della proposta, la legittimazione attiva alla presentazione del concordato e la modalità di approvazione di questo. Un'analisi dalla quale, di fatto, emerge un rafforzamento dell'autonomia privata difficilmente revocabile in dubbio. Converrà procedere, nell'esame delle norme che hanno modificato il concordato, distinguendo tra i due "statuti" attinenti rispettivamente alla distribuzione dei poteri tra i soggetti coinvolti prima, al contenuto e alla modalità di approvazione del concordato dopo.

5.1 Del nuovo equilibrio tra gli organi del fallimento.

Nel vigore della precedente disciplina il procedimento di concordato si snodava lungo fasi ben definite: la proposta, che poteva provenire dal solo debitore, era presentata al giudice delegato, il quale aveva il compito di richiedere i pareri non vincolanti del curatore e del comitato dei creditori. Se avesse ritenuto la proposta conveniente per i creditori, il giudice dava corso all'iter concordatario, ordinando che la proposta fosse comunicata ai creditori affinché potessero esprimere il

³⁴ Propone un'immagine suggestiva di questa dinamica STANGHELLINI, *Creditori "forti e governo delle crisi di impresa" nelle nuove procedure concorsuali*, *Fallimento* 2006, 377, che, nel raffigurare il sistema fallimentare come un triangolo che vede ai suoi tre vertici il debitore, i creditori e lo Stato (nelle due forme del potere giudiziario e di quello amministrativo) nota come il processo di riforma abbia realizzato un rafforzamento dei due vertici "privati" a scapito dello Stato.

loro voto.³⁵ Nel caso del raggiungimento delle maggioranze prescritte per l'approvazione si apriva il giudizio di omologazione, nel quale il Tribunale doveva verificare d'ufficio, oltre all'osservanza delle prescrizioni di legge per l'ammissione e la validità del concordato, il merito delle proposte e la serietà delle garanzie offerte. Il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione segnava la fine della procedura fallimentare.

Anzitutto, quindi, il compito decidere dell'adeguatezza e dell'idoneità della proposta concordataria a comporre gli interessi coinvolti nella procedura ³⁶ spettava al giudice delegato che, nonostante dovesse acquisire i pareri tanto del curatore quanto del comitato dei creditori, non era vincolato dall'esito né dell'uno né dell'altro. Su di lui solo incombeva il potere-dovere di arrestare la procedura se e in quanto la proposta fosse reputata non legittima o non conveniente. ³⁷ Un secondo controllo di merito era

³⁵Così recitava l'art.125 previgente al primo dei due interventi normativi di riforma: Art.125. *Esame della proposta e comunicazione ai creditori*. I. Sulla proposta di concordato il giudice chiede il parere del curatore e del comitato dei creditori e, *se ritiene la proposta conveniente* (corsivo nostro) ne ordina la comunicazione immediata, con l'indicazione dei suddetti pareri, mediante lettera raccomandata ai creditori, fissando un termine, non inferiore a venti né superiore a trenta giorni dalla data del provvedimento, entro il quale i creditori devono far pervenire nella cancelleria del tribunale la loro dichiarazione di dissenso. La dichiarazione può essere scritta, in calce alla comunicazione. II. Delle dichiarazioni di voto è presa nota in apposito verbale sottoscritto dal giudice e dal cancelliere. III. In seguito alla proposta di concordato il giudice delegato può sospendere la liquidazione. IV. Se vi sono degli obbligazionisti, la proposta di concordato deve essere comunicata al rappresentante degli obbligazionisti e il termine concesso ai creditori per far pervenire nella cancelleria del tribunale la loro dichiarazione di dissenso deve essere raddoppiato.

³⁶*Rectius*, dell'idoneità della proposta di concordato a soddisfare gli interessi dei creditori meglio di quanto lasciasse prevedere l'alternativa della liquidazione dell'attivo secondo le regole ordinarie del fallimento. Infatti, la valutazione di convenienza importa sempre una valutazione comparativa tra soluzione concordataria e soluzione liquidatoria tradizionale.

³⁷ VITIELLO, *Sub Art. 125 Esame della proposta e comunicazione ai creditori in Commentario* Jorio-Fabiani, II, Bologna, 2007. Il controllo di convenienza sulla proposta di concordato non è che una delle norme da cui si ricava la centralità del giudice delegato nel sistema in vigore fino alla riforma. L'art.25 previgente agli interventi di riforma recitava che "il giudice delegato dirige le operazioni del fallimento e controlla l'operato del curatore". A questa disposizione di carattere generale seguivano una serie di attribuzioni

istituzionalmente demandato al Tribunale in sede di omologazione, al quale la norma imponeva, a prescindere dalla proposizione di opposizioni, di verificare che la proposta fosse idonea a rappresentare una migliore alternativa rispetto alla continuazione dell'iter fallimentare. Sullo sfondo, curatore e comitato dei creditori, meri organi consultivi del giudice delegato.

La riforma ha anzitutto radicalmente mutato il ruolo del giudice delegato, sottraendogli gli incisivi poteri di valutazione del merito attraverso due interventi successivi concernenti i pareri del curatore e del comitato dei creditori. L'art. 115 del d.lgs.vo 9 gennaio 2006, n. 5, e l'art. 9 del d.lgs.vo 12 settembre 2007, n. 169 hanno progressivamente spostato il baricentro della valutazione della convenienza della proposta, dapprima dal giudice delegato al curatore,³⁸ di poi da quest'ultimo al comitato dei creditori, realizzando – di fatto – un (almeno apparente) completo esautoramento del potere di controllo del g.d. sul contenuto sostanziale della proposta. Anzitutto, il d.lgs. n.5/2006. La novella sembra investire del potere-dovere di controllo sul merito della proposta il curatore fallimentare. Infatti, nonostante il giudice delegato debba raccogliere il parere sia del comitato dei creditori sia del curatore, in realtà solo a quest'ultimo attribuisce carattere vincolante. Da ciò consegue che l'unico soggetto capace di bloccare la procedura, ancor prima che su di essa siano

tipicamente riservate al g.d. quali il potere di provocare al compimento di atti necessari alla conservazione del patrimonio, nonché il cruciale potere autorizzatorio per gli atti di straordinaria amministrazione del curatore e per la prosecuzione dei contratti pendenti alla data di dichiarazione di fallimento. Un insieme di poteri oggi spostati, come si vedrà, in capo al Comitato dei creditori, che facevano del giudice il vero e proprio motore della procedura di gestione dell'insolvenza. FREGONARA, *Il nuovo concordato fallimentare, Il Nuovo Diritto delle Società*, 2007, 3; MINUTOLI, *Quale futuro per il giudice delegato (la riforma del diritto fallimentare tra pretese di efficienza ed emarginazione della giurisdizione)*, *Fallimento*, 2005, 12.

³⁸FREGONARA, *op.cit.* L'A. nota come il parere del curatore diviene centrale nel procedimento nella duplice forma dell'attestazione della fattibilità della proposta e dell'enunciazione dei presumibili risultati della liquidazione. In questa stessa direzione è orientata la giurisprudenza di merito espressa in Trib. Mantova, decr. 20 febbraio 2007; 23 marzo 2007; 3 aprile 2007; 26 aprile 2007; 29 maggio 2007.

chiamati a pronunciarsi i creditori, sia il curatore³⁹. Inoltre, nella nuova versione dell'art. 125 non figura la previsione per cui il giudice delegato ordina la proposta ai creditori "se la ritiene conveniente".

La distribuzione delle funzioni tra i tre soggetti coinvolti in questa fase dell'*iter* concordatario è stata ulteriormente modificata dal d.lgs. n.169/2007, il quale, come si è accennato, ha individuato nel comitato dei creditori l'organo competente a valutare la convenienza della proposta. Il nuovo testo dell'art.125 recita, infatti, che il giudice delegato, "acquisito il parere *favorevole* del Comitato dei creditori, valutata la *ritualità* della proposta, ordina che la stessa, unitamente al parere del curatore, sia comunicata ai creditori". Il parere del curatore dunque, è ancora obbligatorio, ma non più vincolante per il giudice delegato, che invece potrebbe dar corso alla procedura solo nel caso di parere favorevole del comitato dei creditori, organo espressione dell'interesse dell'intero ceto creditorio. In altre parole, in questa prospettiva la valutazione della convenienza della soluzione concordataria *per il ceto creditorio in generale* sarebbe svolta dal comitato dei creditori, e solo dopo questo vaglio preliminare *ciascun*

³⁹A questo proposito STANGHELLINI, Sub Art.124. *Proposta di concordato*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, A. Jorio (a cura di) II, Bologna, 2007 parlava di un nuovo "filtro preliminare" nel procedimento di concordato. Nello stesso senso Tribunale di La Spezia 5 luglio 2007, ord., che afferma come "la legge ha certamente inteso attribuire al curatore il potere di effettuare quella preventiva e necessaria valutazione di convenienza della proposta che nel precedente regime ante riforma D.Lgs n.5/2006 era attribuita al giudice delegato, filtro necessario a evitare che qualunque proposta di concordato, in astratto anche la più incongrua rispetto agli interessi che la procedura deve tutelare, dovesse necessariamente essere sottoposta al voto dei creditori, con perdita di tempo e aggravio di spese". La stessa ordinanza però, dopo aver riservato al curatore l'esclusivo ruolo di valutare la convenienza della proposta, recupera al giudice delegato il compito di verificare che il parere del curatore non sia viziato da illogicità o incongruità della motivazione, giungendo quindi a conclusioni parzialmente diverse da quanto potrebbe apparire *prima facie*, con rilievi che danno conto della difficoltà, in concreto, di discernere i profili di legittimità da quelli di merito. Nel senso che anche nel caso di parere favorevole del curatore il giudice mantenga il potere di arrestare il procedimento ove rilevi profili d'illegittimità della domanda v.VITIELLO *op. cit.* Sebbene queste considerazioni siano state svolte prima del decreto "correttivo" del 2007, si ritiene che siano senz'altro (e a maggior ragione) valide anche nel vigore dell'attuale disciplina, laddove il potere di veto non è detenuto più dal curatore bensì dal discusso organo del comitato dei creditori. V. *infra* in questo capitolo.

creditore potrà esprimere il suo voto, stavolta avendo a riguardo la convenienza *per lui solo* della proposta.⁴⁰ Nessuno spazio residuerebbe al G.D., cui è preclusa la possibilità di sovrapporre a queste la propria valutazione di merito.⁴¹ In effetti, il riflesso che questa norma spiega sullo spazio riconosciuto all'autonomia privata è dirompente, soprattutto se si volge l'attenzione alla modalità di nomina e

⁴⁰Per una disamina delle perplessità generate da quest'assetto normativo e sui dubbi circa l'effettiva capacità del comitato dei creditori di farsi espressione dell'interesse di tutti i creditori e non solo dei creditori di maggioranza STANGHELLINI, *Creditori "forti" e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali, Fallimento*, 2006,4. Si rimanda inoltre al seguito della trattazione dove si darà conto più nel dettaglio delle perplessità restituite dalle norme sui poteri del comitato dei creditori e soprattutto sull'inidoneità di quest'organo a essere espressione del ceto creditorio in sé, stante l'impossibilità logica di discernere un interesse del ceto creditorio diverso dalla somma degli interessi configgenti di ciascun creditore, e la possibilità per i creditori di sceglierne a maggioranza i componenti. Sullo stesso tema COSCIONI, *op. cit.*; MINUTOLI, *Quale futuro per il giudice delegato (la riforma del diritto fallimentare tra pretese di efficienza ed emarginazione della giurisdizione)*, *Fallimento*, 2005, 12; dello stesso Autore, *La riforma della legge fallimentare e il nuovo ruolo della giurisdizione*, in *Diritto Fallimentare*, 2006, I, 834; ROSSI, *Gli interessi nel comitato dei creditori, Fallimento*, 2010, 10. Sulle pericolose ripercussioni che le norme in tema di composizione del comitato possano avere sull'equilibrio tra gli organi della procedura BERNARDI, *Il ruolo del Tribunale e del Giudice Delegato alla luce della recente riforma della legge fallimentare*, *IlCaso.it*, II, 50/2007. L'A. si sofferma in particolare Infatti, l'art. 37-bis, oltre a prevedere la possibilità per i creditori che detengano la maggioranza dei crediti (e a prescindere dal fatto che rappresentino anche la maggioranza dei creditori) di sostituire i membri del comitato, prevede altresì che allo stesso modo possa essere designato il Curatore, minandone evidentemente l'imparzialità di giudizio e l'indispensabile requisito di indipendenza nello svolgimento delle sue funzioni. Si rimanda a questo proposito al prosieguo della trattazione.

⁴¹ Come per il potere di controllo del Tribunale, anche per il giudice delegato non vi è unità di vedute in giurisprudenza sull'effettivo ambito di controllo riservato al giudice. Nel senso di negare al giudice delegato qualsiasi potere di indagine che esorbiti il controllo di legalità formale della proposta Trib. di Mantova, decr. 20 febbraio 2007; Trib. di La Spezia, 5 luglio 2007; Trib. di Pordenone, decr. n. 1348/2010 consultabile sul sito *IlCaso.it*; *contra*, nel senso di rivendicare il ruolo irrinunciabile di garante della legalità, non solo formale ma anche sostanziale Trib. di Roma, decr. 31 marzo 2010 "*il giudice delegato è tenuto a compiere una verifica preventiva della proposta concordataria, tale che la stessa sia inquadrabile in una necessaria cornice di legittimità – oltre che formale – anche sostanziale. Siffatta interpretazione, costituzionalmente orientata, è atta a garantire un iter concordatario legittimamente avviato, idoneo a vincolare, in conformità delle norme di legge, anche quei soggetti che abbiano dalla stessa dissentito (...) nonché il fallito che in qualche modo possa risultarne gravemente pregiudicato*".

sostituzione dei membri del comitato dei creditori, che è tale da consegnare il comitato nelle mani dei creditori di maggioranza.⁴²

Delle modifiche che la riforma ha portato al potere del Tribunale in sede di omologazione si è già parlato a suo tempo.⁴³ Oggi, quindi, il giudizio di omologazione si svolge con il rito camerale e il novellato art. 129 prevede che “se nel termine fissato non vengono proposte opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l’esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame. Se sono state proposte opposizioni, il Tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d’ufficio (...). Nell’ipotesi di cui al secondo periodo del primo comma dell’art. 128, se un creditore appartenente a una classe dissenziente contesta la convenienza della proposta, il tribunale può omologare lo stesso il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili”.

Il nuovo assetto di poteri delineato dalla riforma restituisce, a opinione di molti commentatori della riforma, il segno della scelta legislativa di relegare l’autorità giudiziaria al ruolo di risolutore di conflitti, di garante della regolarità della procedura⁴⁴ E di consegnare

⁴² Vale la pena di notare come la partecipazione dei creditori alla gestione dell’insolvenza per il tramite del comitato dei creditori si coglie anche fuori dal concordato fallimentare. Il comitato dei creditori esce dalla riforma completamente rivisitato: da organo consultivo, e spesso mancante, viene rafforzato nelle sue funzioni tanto da figurare quale co-gestore della procedura insieme con il curatore. Al proposito sia sufficiente richiamare il potere di approvazione del programma di liquidazione predisposto dal curatore (art. 104-ter L.F.), i poteri autorizzatori prima spettanti al giudice delegato, tanto in materia di atti di straordinaria amministrazione del curatore (art. 35 L.F.), quanto in materia di contratti pendenti (art.72 L.F.).

⁴³ V. *supra*, §. 1

⁴⁴ NIGRO, VATTERMOLI *op.cit.* NISIVOCIA, *I poteri dell’autorità giudiziaria nel nuovo concordato fallimentare*, *Giur. Comm.* 2008, 3, 715. NORELLI, *La sistemazione dell’insolvenza attraverso il nuovo concordato fallimentare*, in *Esecuzione forzata*, 2006, 2. Il controllo del giudice delegato, e quello del Tribunale in assenza di opposizioni è un controllo di regolarità formale, che concerne l’esistenza dei requisiti minimi di legge, la circostanza che la proposta sia stata avanzata da un soggetto a ciò legittimato e che sia stata presentata tempestivamente nel caso d’iniziativa del fallito. A questo si aggiunge, per il giudice delegato, il dovere di chiedere il parere di curatore e

ai creditori, in autonomia, la decisione sulla convenienza della proposta tramite il parere vincolante del comitato dei creditori e la votazione a maggioranza sulla proposta.⁴⁵

comitato dei creditori nonché quello di appurare che quest'ultimo si sia espresso in senso favorevole. Dunque, il controllo del giudice si articola intorno all'accertamento dei requisiti che attengono alla proposta in sé, e d'altro canto al controllo della regolarità del procedimento concordatario. Altrove NORELLI, *Il concordato fallimentare "riformato" e "corretto" in Rivista dell'Esecuzione forzata*, 2008, elenca analiticamente in cosa consista il controllo di ritualità della proposta di concordato, che coincide, nei limiti della compatibilità, con il controllo di cui è investito in via officiosa il tribunale in assenza di opposizioni. Secondo l'Autore detti requisiti di «ritualità» o «legittimità formale» sono: a) rispetto dei termini di presentazione, se la proposta proviene dal fallito (o «da società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo»); b) previsione dell'assunzione di «impegni» verso i creditori a carico del proponente, quale che sia il loro contenuto, purché non sottoposti a termini né condizioni (sospensive o risolutive); c) previsione della «soddisfazione» (non necessariamente integrale) di tutti i crediti concorsuali (nei cui confronti il concordato è «obbligatorio» ex art. 135 l. fall.), se proviene dal fallito; d) previsione della «soddisfazione» di tutti i crediti concorsuali (nei cui confronti il concordato è «obbligatorio» ex art. 135 l. fall.) ovvero della limitazione degli «impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta» (art. 124, quarto comma, l. fall.), se questa proviene da un terzo o da uno o più creditori; e) previsione della «soddisfazione» integrale e immediata di tutti i crediti privilegiati, ovvero previsione della soddisfazione non integrale di tali crediti, ma «in misura non inferiore» a quella di cui al terzo comma dell'art. 124 l. fall.; f) previsione di un trattamento paritario dei creditori chirografari, ovvero di trattamenti differenziati solo se collegati alla suddivisione dei creditori in classi (art. 124, secondo comma, lettere a e b, l. fall.); g) in tale ultima ipotesi, sussistenza nella proposta di indicazioni sulle ragioni dei trattamenti differenziati; h) sussistenza dei requisiti di contenuto-forma del ricorso (ex art. 125 c.p.c.), con cui è presentata la proposta.

Il giudice delegato deve, altresì, verificare che siano state poste in essere nel procedimento le altre condizioni prescritte dalla legge perché la proposta possa essere sottoposta alla votazione dei creditori, vale a dire: insieme all'espressione del parere del curatore e del «parere favorevole» del comitato dei creditori (art. 125, secondo comma, l. fall.); nell'ipotesi di soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati, il deposito della «relazione giurata» del professionista designato dal tribunale (art. 124, terzo comma, l. fall.) e, nell'ipotesi di trattamenti differenziati per classi di creditori, la favorevole pronuncia del tribunale di verifica del corretto utilizzo dei criteri di cui all'art. 124, secondo comma, l. fall. (art. 125, terzo comma, l. fall.). Tali condizioni qualificabili senz'altro come requisiti di «legittimità formale», poiché afferenti al profilo procedimentale della proposta possono, altresì essere riguardate quali condizioni di «procedibilità» di essa.

⁴⁵ Non è mancato chi ha espresso perplessità sul nuovo assetto di poteri delineato dalla riforma, e in particolare sulla previsione del parere vincolante del comitato dei creditori, che lascia per lo meno interdetti, giacché

Infine, un elemento che imprime carattere spiccatamente negoziale al concordato e testimonia dello spostamento dell'equilibrio dei poteri tra i soggetti che vi sono coinvolti, concerne la legittimazione a chiedere la risoluzione del concordato. Il nuovo testo dell'art. 137 individua quali unici soggetti legittimati a chiedere la risoluzione del concordato i creditori *uti singuli*, esclusi quelli verso cui il terzo, ai sensi dell'art.124, non abbia assunto la responsabilità. Un cambiamento radicale rispetto alla disciplina previgente al decreto "correttivo" del 2007, in ragione della quale erano legittimati a chiedere la risoluzione, oltre che ciascun singolo creditore, anche il comitato dei creditori, il curatore. Inoltre, il Tribunale poteva, *d'ufficio* pronunciare la risoluzione. È questa una disposizione da cui molti autori, condivisibilmente, fanno discendere la prova della scelta del legislatore di "affidare la gestione del concordato, per quanto possibile, alla dialettica tra proponente e ceto creditorio in una prospettiva di marcata "privatizzazione" dell'istituto"⁴⁶.

5.2 Degli spazi di autonomia riservato ai privati.

l'attitudine della decisione del comitato a riflettere la volontà della maggioranza dei creditori è tutt'altro che evidente e dimostrata. Così BERNARDI, *Il concordato fallimentare: principi ispiratori e rinnovato ruolo degli organi della procedura a seguito dei recenti interventi riformatori*, in *IlCaso.it*, II, 117/2008. AMBROSINI, *OP. CIT.*, per il quale sarebbe stato preferibile permettere comunque ai creditori di esprimere il proprio assenso o manifestare il proprio dissenso. Nello stesso senso SANZO, *Il concordato fallimentare, in Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, il quale nota come il legislatore "con visione un po' distorta, sembra persistere nell'intravedere un interesse collettivo dei creditori, laddove ogni creditore è in realtà portatore del proprio interesse, spesso, oltretutto, in conflitto con quello degli altri". Anzi, a ben guardare si annida qui uno dei profili più problematici dell'attuale diritto concorsuale. Il legislatore infatti sembra aver trasposto – senza troppa attenzione – le norme che regolano le manifestazioni di volontà degli organi sociali al diritto concorsuale, tralasciando però un particolare dirimente. Ha ritenuto di trattare la massa dei creditori come comunità che condivide interessi e aspettative, laddove l'essenza del concorso, e del diritto concorsuale più in generale è proprio l'immanente conflitto tra i creditori.

⁴⁶ Così AMBROSINI, *Il concordato fallimentare*, in *Il fallimento. Trattato di diritto commerciale*, diretto da G.Cottino, vol. XI, Milano 2009.

Il secondo ordine di disposizioni che, se riguardate in confronto alla disciplina previgente, conducono all'affermazione dell'avvenuta apertura ai privati dello strumento concordatario concernono la libertà di accesso al concordato, la libertà di determinare il contenuto della proposta e le modalità di approvazione della stessa.

Sotto l'imperio della vecchia disciplina, la proposta di concordato poteva essere avanzata dal solo fallito; dovevano essere indicati la percentuale di pagamento dei creditori chirografari e il tempo di pagamento, essere descritte le garanzie offerte per l'adempimento degli obblighi concordatari. La proposta, comunicata ai creditori previo esame del giudice delegato, era approvata se raggiungeva la maggioranza numerica dei creditori che rappresentassero anche i due terzi del totale dei crediti ammessi alla votazione.

Anzitutto, la riforma ha ampliato il novero di soggetti legittimati ad avanzare la proposta di concordato, oggi indicati dalla legge nel *debitore*, in ciascuno dei *creditori* e in qualsiasi *terzo*. Acclamata come la più significativa innovazione della riforma, avrebbe il merito di avere "spezzato il monopolio del fallito sulla proposta di concordato"⁴⁷ e di aver determinato la metamorfosi dello strumento concordatario, da mera modalità alternativa di chiusura del fallimento a vero e proprio strumento di investimento e stimolo allo sviluppo di un mercato delle imprese decotte.⁴⁸ In questo quadro, il fallito,⁴⁹ se prima

⁴⁷STANGHELLINI, *op. cit.*, 1948; FREGONARA, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2007, 13, che nota come, oltre alla perdita del monopolio in materia di proposta del concordato, la riforma abbia anche "confinato il suo originario potere di presentare il concordato all'interno di una finestra temporale".

⁴⁸ L'entrata del terzo sulla scena dell'insolvenza denota la centralità assunta dall'impresa nel rinnovato quadro della legge fallimentare: l'impresa è una risorsa sulla quale il mercato è, comunque, spronato a scommettere e investire. In questo senso FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009. Del resto, l'attenzione per l'impresa è un dato che si riscontra anche in vari aspetti della riforma del diritto societario del 2003, che a esempio prevede l'eliminazione del divieto di operazioni di fusione e di scissione tra società sottoposte a procedure concorsuali; l'esclusione della sentenza dichiarativa di fallimento quale causa di scioglimento della società, la nuova disciplina dei conferimenti e la nuova configurazione del patrimonio

era l'unico legittimato a proporre il concordato, oggi non solo concorre con gli altri creditori e con qualunque terzo, ma è stato collocato in una posizione di relativo sfavore, in quanto non è ammesso a presentare la proposta se non decorso il termine dilatorio di un anno dalla sentenza dichiarativa del fallimento e non può, inoltre, proporla decorsi due anni dalla chiusura del subprocedimento di accertamento dello stato passivo. Sebbene queste previsioni possano sembrare *prima facie* volte a ridurre l'area di esperibilità della soluzione concordataria, si pongono in realtà come presidi e stimoli allo sviluppo della stessa. In particolare, il termine dilatorio è concepito per stimolare il fallito a perseguire l'alternativa del concordato preventivo, e a incentivare quindi manifestazioni anticipate dell'insolvenza dell'imprenditore. Il termine finale serve invece a spronare il fallito ad avanzare proposte di concordato rapide e tempestive, scongiurando l'opposta opportunità di approfittare delle lungaggini della procedura per sottoporre ai creditori soluzioni sconvenienti. Due accorgimenti costituiscono espressione di un deciso *favor* del legislatore verso la soluzione concordataria.

Accanto all'ampliamento del novero di soggetti legittimati alla presentazione della proposta, la riforma ha reso estremamente

sociale che ne deriva, non più in termini di insieme di beni suscettibili di esecuzione forzata, ma in termini di valori aziendali funzionali alla redditività dell'impresa. Così DE SENSI, *La concorsualità nella gestione della crisi di impresa*, Roma, 2009. In buona sostanza, tanto il legislatore commerciale quanto quello della riforma fallimentare spostano l'attenzione dall'imprenditore all'impresa; alla attività economica organizzata nella sua oggettività piuttosto che al soggetto che la esercita. L'impresa, nella fase patologica, si fa autonoma e indipendente dall'imprenditore, si da poter essere rilevata e acquisita per mantenerla al tessuto produttivo, piuttosto che disgregata, ridotta a patrimonio frammentato a garanzia generica del debitore. L'eventualità che un terzo possa rendersi cessionario dell'attivo fallimentare (*rectius*, dell'attivo fallimentare in senso lato, considerando che solitamente la proposta di concordato prevede la cessione delle azioni spettanti al fallito e alla massa) è la lampante prova della rottura del legame imprenditore-impresa e della nuova concezione del concordato fallimentare quale "nuovo strumento per la circolazione della ricchezza". Così anche FABIANI, *op. cit.*, p. 30

⁴⁹ La medesima disciplina si applica anche ai concordati proposti da soggetti collegati al fallito, in particolare alle società cui partecipi il fallito e a quelle sottoposte a comune controllo.

elastico il contenuto della proposta che, ai sensi del nuovo art. 124 può prevedere la “ristrutturazione dei debiti” e la “soddisfazione dei crediti” in qualsiasi forma: da quella elementare della riduzione dei crediti o della rinegoziazione dei termini di pagamento, a quelle di *datio in solutum* o ancora della “attribuzione ai creditori, o a società da essi partecipate di azioni, quote ovvero obbligazioni, strumenti finanziari e altri titoli di debito”. È possibile che le azioni le quote e gli strumenti finanziari oggetto di cessione siano emessi dalla stessa società: si avranno quindi operazioni di *conversione* del credito in azioni o quote della società fallita mediante sottoscrizione riservata ai creditori oppure di ristrutturazione dei debiti attraverso l’emissione di obbligazioni da attribuire in pagamento ai creditori.

È, inoltre, possibile una soddisfazione parziale dei creditori privilegiati, soluzione prima impensabile, purché sia loro assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile dalla vendita del bene oggetto della garanzia.⁵⁰

Il soggetto che si accolla le obbligazioni concordatarie può essere anche un terzo (proponente o non), persona fisica o società costituita *ad hoc*, al quale viene conferito il patrimonio dell’impresa insolvente e le cui azioni vengono attribuite ai creditori secondo le ragioni di credito di ciascuno.

Oltre alla cessione dei beni costituenti l’attivo fallimentare, a fronte dell’accollo degli obblighi concordatari la proposta può

⁵⁰ È stato condivisibilmente notato come questa previsione, lungi dal comportare uno sconvolgimento dell’ordine delle prelazioni e del principio di soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati, riconduca invece il sistema nell’alveo dei principi concorsuali, che non assicurano affatto ai creditori dotati di un diritto di prelazione la soddisfazione per l’intero: all’opposto, il creditore privilegiato può soddisfarsi per l’intero credito a condizione che sia stato acquisito all’attivo fallimentare e che sia capiente il bene su cui insiste il privilegio. Altrimenti, il creditore privilegiato viene trattato alla stregua di un creditore chirografario. In questo senso NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009.

prevedere anche la cessione delle azioni di pertinenza della massa fallimentare, purché autorizzate dal giudice delegato.⁵¹

Ancora, la proposta di concordato può prevedere la suddivisione dei creditori in classi secondo posizioni giuridiche e interessi economici omogenei, e trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni del trattamento differenziato dei medesimi.⁵²

Un'innovazione d'estrema rilevanza ha infine riguardato la modalità di approvazione del concordato: dalla maggioranza qualificata del testo pre-riforma alla maggioranza semplice *per somma*, rafforzata solo nel caso in cui la proposta di concordato preveda la suddivisione in classi dei creditori. Questo principio rappresenta il terreno sul quale si confrontano (e si scontrano duramente) le correnti di pensiero sulla natura giuridica del concordato, e dove, in effetti, dimostrare la natura di atto di autonomia della proposta diventa impresa più ardua.

6. Il concordato come atto di autonomia privata. L'ostacolo del principio maggioritario.

⁵¹ Questa eventualità è, peraltro, limitata ai casi in cui la proposta sia presentata da uno o più creditori o dal terzo. Art. 124 comma 4°

⁵² La norma che permette la classificazione dei creditori e la possibilità di riservare trattamenti diversi per le diverse classi di appartenenza costituisce, indubbiamente, uno snodo nevralgico per la riuscita della gestione negoziata della crisi, e va analizzata in stretta correlazione con il meccanismo di voto. Tale prerogativa, le perplessità generate dalla possibilità di un suo impiego abusivo e i rimedi proposti dalla dottrina e da parte della giurisprudenza di merito saranno oggetto di più approfondita riflessione nel capitolo terzo. Sia qui sufficiente ricordare che nel caso di concordato con classi di creditori il giudice delegato che riceva la proposta, prima di comunicarla ai creditori deve sottoporla all'esame del Tribunale che verifichi la correttezza dei criteri di suddivisione impiegati dal proponente (art.125 comma 3°), e che la maggioranza richiesta per l'approvazione del concordato con classamento dei creditori richiede che la maggioranza si raggiunga "anche nel maggior numero di classi". Si che, lungi dal porsi in violazione della *par condicio creditorum*, il classamento dei creditori costituisce un'applicazione sostanziale del concetto in parola, declinazione del principio di uguaglianza di matrice costituzionale, per cui verrebbero riservati trattamenti uguali per situazioni uguali e trattamenti diversi per situazioni diverse.

L'analisi delle norme che hanno ridisegnato i confini dello strumento concordatario – tanto sotto il profilo della distribuzione dei poteri tra gli organi del procedimento quanto sotto quello dell'accesso e del contenuto della proposta – conduce a convenire con chi riconosce nel dato positivo la volontà del legislatore di accogliere l'autonomia dei privati nella soluzione concordataria: questa è “affare” dei creditori, unici arbitri dei loro interessi, e migliori tutori di questi, sì che la proposta di concordato è da qualificare come atto di autonomia privata.

Vale la pena di segnalare, tuttavia, che la natura privatistica del concordato, il suo atteggiarsi ad atto di autonomia privata, è tutt'altro che pacifica: anzi è stata, ed è ancor oggi, oggetto di aspri contrasti dottrinali.⁵³

Vi è, accanto a chi propende per la sua natura squisitamente privatistica, chi giunge a un approdo di matrice processual-pubblicistica, ora rimarcando l'esistenza d'interessi meta individuali, ora l'inserimento dell'iter concordatario in una cornice processuale e l'inidoneità, (da solo) del principio maggioritario a vincolare la minoranza dissenziente.

La stranezza più evidente del concordato, che ne rende difficoltoso (e forse sterile) l'inquadramento in una o altra categoria è, infatti, il principio maggioritario che presiede alla sua approvazione.

La sua estraneità al diritto dei contratti è immediata, là dove l'essenza del contratto è quella di vincolare chi abbia, con propria manifestazione di volontà, accettato la proposta contrattuale. Nel concordato, non solo la decisione della maggioranza vincola la minoranza, ma la falciata concordataria coinvolge anche soggetti che non abbiano partecipato alla votazione, perché esclusi dal voto, o

⁵³ Per una rassegna delle diverse posizioni dottrinali sulla natura del concordato e del giudizio di omologazione cfr. NICOTINA, voce *Omologazione* in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIII, p. 46

perché non ammessi al passivo, o ancora perché ignari dell'esistenza di una procedura fallimentare in capo al proprio debitore.⁵⁴

È vero che sono i privati a decidere della ristrutturazione dei debiti del fallito, è vero che al giudice non è istituzionalmente demandato né il compito di determinare il contenuto della proposta né il potere di sindacarne la convenienza; quello che però stride con il principio dell'autonomia privata è che a questo contenuto negoziale sia vincolata una cerchia di soggetti più ampia rispetto a quella che vi ha consentito con una propria, tacita o manifesta, dichiarazione di volontà.

In molti hanno visto una doppia sfaccettatura del principio di autonomia privata: quello positivo della libertà di contrarre, di autodeterminazione delle regole di condotta applicate al rapporto;⁵⁵ quello negativo del diritto a non vedersi vincolati da una manifestazione di volontà altrui.⁵⁶ Nel significato di autonomia c'è sia il darsi da sé la regola, sia il non subire regole stabilite da altri.⁵⁷ Il principio di maggioranza importa, all'opposto, che la minoranza dissenziente sia vincolata da una volontà manifestata unilateralmente da altri soggetti, gli appartenenti alla maggioranza, in assenza o addirittura in contrasto con la volontà manifestata dagli appartenenti alla minoranza.⁵⁸

⁵⁴ L'art. 135 L.F. recita che "il concordato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento, compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo. A questi però non si estendono le garanzie date nel concordato da terzi".

⁵⁵ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952.

⁵⁶ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova. Questi si esprime nel senso che "libertà o autonomia contrattuale significa in senso negativo, che nessuno può essere spogliato dei propri beni o essere costretto a eseguire prestazioni a favore di altri contro, o comunque indipendentemente dalla propria volontà. Ciascuno non obbedisce, in linea di principio, che alla propria volontà, e non può essere vincolato, se la legge non lo consente, dalla volontà altrui".

⁵⁷ RESCIGNO, *Contratto*, E.G. IX Roma 1988.

⁵⁸ D'ATTORRE, *Il conflitto di interessi fra creditori nei concordati*, Giur. Comm., 2010, 3; SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nella amministrazione controllata*, Milano, 1984. L'importanza attribuita alle decisioni maggioritarie dei creditori rende ineludibile il tema della tutela dei creditori dissenzienti dalla decisione maggioritaria e di quelli che non vi

È bene chiarire fin d'ora che il problema centrale non è, come potrebbe apparire a una prima approssimazione, quello della deviazione dall'art.1372 e dal principio della relatività degli effetti del contratto. Un problema che, se così fosse, sarebbe d'immediata e agevole soluzione, dato che è lo stesso art. 1372 c.c. che, contestualmente alla sanzione della relatività degli effetti del contratto ne prevede la deroga, disponendo che "il contratto non produce effetto nei confronti dei terzi *che nei casi previsti dalla legge*".

A ben vedere, nel caso del concordato non v'è contraddizione con il principio che il contratto ha effetto solo tra le parti: i creditori dissenzienti sono parti del contratto, sono parti in senso sostanziale della proposta di concordato. Così non sono terzi i creditori rimasti estranei alla procedura. Al proposito è stato notato come si tratti di "approfondire la nozione di terzo sulla scorta di un criterio che alla realtà degli interessi in giuoco aderisce più strettamente del criterio formale per cui si qualifica terzo chiunque sia estraneo al negozio in questione. È da qualificare terzo a questa stregua chi sia estraneo non solo al negozio ma anche chi sia estraneo al rapporto giuridico con esso costituito, modificato, estinto. Chi, pur non avendo cooperato a porre in essere la fattispecie del negozio, è soggetto a codesto rapporto giuridico, e pertanto destinato a risentire direttamente gli effetti del negozio, non va qualificato terzo, ma parte".⁵⁹

hanno partecipato; soggetti che in passato erano protetti in via di etero tutela dalla garanzia offerta dagli ampi margini di intervento della autorità giudiziaria. Su questo punto Cfr. infra, nel testo.

⁵⁹ BETTI; *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 265. Chi è vincolato dalla decisione della maggioranza, pur non avendo partecipato alla votazione ed essendo quindi estraneo al negozio, "è tuttavia partecipe del rapporto costituito, modificato o estinto col negozio, e come tale, subisce un pregiudizio legittimo stante la legittimazione della maggioranza ne' suoi riguardi". Talvolta si usa distinguere la parte in senso formale, ovvero il soggetto che interviene nel negozio, dalle parti in senso sostanziale, quei soggetti, che seppure terzi rispetto all'attività negoziale, sono parti del rapporto giuridico cui inerisce il negozio, verso le quali si produce direttamente l'effetto del negozio. *Contra* GALGANO, *op. cit.* p.162, che qualifica come parte del contratto solo chi ha partecipato all'accordo.

La chiave di volta del sistema riposa dunque sul diverso meccanismo del principio maggioritario applicato al gruppo strutturato del ceto creditorio.

Ecco che, quasi paradossalmente, proprio il mito dell'autonomia privata, quale migliore soluzione per la gestione dell'insolvenza si rivela, all'opposto, l'ostacolo maggiore al riconoscimento della natura privata del concordato e alla applicabilità in via generale delle categorie del contratto allo strumento concordatario, giacché proprio l'autonomia privata ripudia che la sfera giuridica di un soggetto sia incisa dalla manifestazione di volontà altrui.

Muovendo dalla difficoltà di conciliare l'adozione del principio maggioritario nel concordato con la natura contrattuale a esso tradizionalmente attribuita, la teoria processual-pubblicistica abbandona la qualificazione privatistica del concordato, sicché il vincolo per i creditori dissenzienti si spiega in ragione di una decisione giudiziale, che condanna la minoranza ad acconsentire anch'essa alla determinazione della maggioranza. Dunque, il vincolo della minoranza discende non dalla decisione della maggioranza, bensì da una decisione del giudice, idonea a creare diritto e a porre fine all'azione concorsuale. A sostegno di questa posizione viene richiamata la possibilità di impugnare il decreto di omologazione del concordato in Cassazione, dato normativo da cui discenderebbe automaticamente il carattere decisorio e la vocazione alla definitività della decisione giudiziale⁶⁰. Seppure un atto a contenuto negoziale, il concordato è comunque sottoposto a un vaglio giudiziale che per le sue caratteristiche farebbe propendere per una natura ancora processual-pubblicistica.⁶¹

⁶⁰ NISIVOCIA, *Il nuovo concordato fallimentare cit.* Il regime di impugnabilità del decreto di omologazione è descritto dall'art.131 L.F.

⁶¹ Così anche LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, Fallimento, 2010, 4. In definitiva, l'adozione del principio maggioritario è giustificato dal giudizio di omologazione. Per le indicazioni bibliografiche relative agli Autori aderenti a questa ricostruzione

D'altro canto si pongono quelle posizioni dottrinali che hanno ritenuto di poter conciliare la natura privata del concordato con il principio maggioritario, configurando il ceto creditorio come collettività organizzata.⁶² I rapporti giuridici di cui sono titolari i creditori sarebbero oggetto di una comunione, regime istaurato dalla particolare condizione nella quale essi versano in seguito alla dichiarazione di fallimento. Tale comunione avrebbe a oggetto i diritti di credito preesistenti alla dichiarazione di fallimento, che in seguito a questa diverrebbero comuni ai creditori tutti, legittimati a gestirli secondo il principio di maggioranza.⁶³ Altri, senza arrivare ad ammettere (né a ritenere necessaria) l'esistenza di una comunione tra creditori, considerano il principio di maggioranza pienamente

cfr. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento, Trattato teorico-pratico*, Torino, 1902, p.101.

⁶² Nella sua versione più risalente, tale impostazione si fondava sul riconoscimento di vera e propria personalità giuridica alla massa dei creditori.

⁶³ La teoria della comunione qualificata è stata elaborata da ROCCO, *Il concordato, op. cit.* p.152 e ss. SACCHI *op. cit.*, ne riporta la dottrina sottolineando come l'oggetto della comunione sarebbe "il diritto di pegno generale su tutto il patrimonio del debitore; il diritto di far rientrare nel patrimonio del debitore tutto quello che ne è uscito con la violazione dell'uguaglianza dei creditori; il diritto di rappresentare attraverso il curatore, il debitore in ogni azione riguardante il suo patrimonio". Per quanto la teoria del Rocco sia senz'altro suggestiva, sia lecito qui avanzare alcune perplessità generate dalla teoria della comunione qualificata. Anzitutto, è difficile cogliere come la sentenza dichiarativa di fallimento faccia venir meno la titolarità, in capo a ciascun creditore del *proprio* diritto di credito, *diverso* dal diritto di credito di ciascun altro creditore (si pensi, a questo proposito, alle norme che disciplinano gli effetti del fallimento nei confronti dei coobbligati in solido con il fallito), e istituisca una comunione di diritti tra questi. Se anche il creditore perde il diritto incondizionato a essere soddisfatto per l'intero, continua a vantare un diritto che è diverso, per titolo e per titolarità, da quello degli altri. Manca quindi l'identità dei diritti oggetto di comunione, a meno di non voler forzare la realtà configurando un diritto di pegno sull'intero patrimonio del debitore, trascurando però la circostanza che nel patrimonio del debitore rientrano, oltre ai diritti reali, le situazioni giuridiche soggettive diverse da quelle che possono essere oggetto di pegno ai sensi dell'art. art.2784 c.c. Anche volendo, poi, ammettere che si crei la comunione sul diritto di pegno generale etc., per gli atti di straordinaria amministrazione della cosa comune (qual è, senz'altro, il concordato) si applica la disciplina della maggioranza qualificata e non quella della maggioranza semplice, disposta dall'attuale disciplina del concordato. Anzi, è lecito avanzare il dubbio che alla decisione di approvare il concordato sia da applicare il principio dell'unanimità richiesto dall'alienazione della cosa comune (art.1108 c.c.)

compatibile con le norme in materia contrattuale, in ragione dell'essere la massa creditoria una collettività che gestisce in via di autotutela gli interessi coinvolti nella insolvenza. L'estensione degli effetti del concordato ai creditori dissenzienti e a quelli estranei discenderebbe quindi dalla decisione della maggioranza, che, se raccolta intorno a interessi economici e posizioni giuridiche omogenee, è pienamente legittima e accettabile.⁶⁴

Secondo me, l'estensione degli effetti del concordato anche a chi non vi abbia consentito discende *tout court* dalla legge, e l'operatività del principio di maggioranza non può essere ricondotto all'esistenza di una collettività organizzata e, quindi, alle regole del diritto dei contratti che vi presiedono.

La comprensione dell'estrema complessità del problema restituito dall'attuale sistema normativo non può prescindere dall'analisi dell'originaria impostazione (e giustificazione) del principio maggioritario. Riteniamo, a questo proposito, di convenire appieno con chi ha rintracciato la giustificazione dell'operatività del principio maggioritario nei concordati nell'eterotutela garantita, nel vigore della precedente disciplina, dal controllo del giudice sulla convenienza della proposta.⁶⁵

In altre parole, prima della riforma i creditori potevano decidere a maggioranza perché il Tribunale doveva, a prescindere dall'esito della votazione, comunque svolgere la valutazione di convenienza che

⁶⁴ Per tutti FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p.179. La legittimità di questo meccanismo, ricorda l'A. è intrinsecamente dipendente dal riconoscimento dell'applicabilità delle norme sul conflitto di interessi tra creditori e del classamento obbligatorio dei creditori, laddove lo richieda l'eterogeneità degli interessi economici e delle posizioni giuridiche. Della qualificazione della massa creditoria come collettività e delle perplessità da questa generate si veda cap. III. L'impostazione della massa creditoria come collettività attraversata da comune interesse si fonda sulla considerazione dell'esistenza di un rapporto di strumentalità tra gli interessi dei creditori, e che in molti autori è accompagnata dalla affermazione dell'esigenza di formare classi di creditori laddove lo richieda l'eterogeneità degli interessi coinvolti, a meno di non veder vacillare il presupposto stesso della operatività del principio maggioritario.

⁶⁵ Questa teoria è stata elaborata da SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984.

garantiva la tutela dei creditori di minoranza e di quei creditori che *non* avevano partecipato alla votazione. Dunque, la possibilità attribuita alla maggioranza di vincolare la minoranza, derogando ai principi cardine dell'autonomia privata, era possibile (solo) perché la protezione dei creditori di minoranza era garantita *fuori* dal gruppo, per il tramite di un'eterotutela degli interessi creditori.

Il principio maggioritario può essere spiegato alla luce delle regole dei contratti solo laddove si elevi a regola di funzionamento di un gruppo organizzato, che abbia struttura chiusa ⁶⁶ e che sia composto da soggetti titolari di interessi tra i quali intercorre un rapporto di strumentalità⁶⁷. Poiché tanto l'uno quanto l'altro elemento mancano nella massa dei creditori del fallito, essa non è riconducibile

⁶⁶ Le regole dei contratti sono, a parere di SACCHI, *op.cit.* p.267, e condivisibilmente, applicabili solo alle collettività a struttura chiusa, determinate e finite, i cui soggetti siano individuabili con esattezza. La massa dei creditori di uno stesso debitore è piuttosto riconducibile al concetto di serie, con il quale si identificano le collettività aperte, "i cui confini vanno desunti dal collegamento che intercorre tra singolo e collettività, ma non sono definiti per quanto riguarda l'identità dei singoli componenti che possono essere anche ignoti o viventi in momenti diversi. (...) Nell'ipotesi del gruppo gli interessi degli appartenenti al gruppo (...) è lasciata agli stessi titolari di questi interessi, proprio per la sua struttura chiusa. Nell'ipotesi della serie, invece, la tutela degli interessi collettivi di serie non può essere lasciata senza cautele agli stessi titolari di questi interessi. Se così si facesse, dato il carattere aperto e non finito della serie, resterebbero privi di tutela gli appartenenti alla serie (...) che non potrebbero partecipare alla realizzazione della tutela stessa. Pertanto, l'attuazione degli interessi collettivi di serie viene sottratta alla libera disponibilità dei loro titolari e l'organizzazione della serie per l'attuazione di questi interessi va considerata una etero organizzazione, non spiegabile in ragione delle regole dei contratti." Con riferimento ai creditori di uno stesso debitore fallito, se può, al limite, parlarsi di collettività chiusa per i creditori concorrenti, individuati e finiti, in ragione del decreto di esecutività dello stato passivo, non può certo dirsi lo stesso con riferimento ai creditori concorsuali, cioè a quelli il cui titolo è sorto prima della dichiarazione di fallimento, che pure sono vincolati alla decisione della maggioranza (dei soli creditori ammessi al voto). Così ancora SACCHI, *op. cit.* p.272

⁶⁷ Un rapporto che, ove fosse rinvenibile, permetterebbe di ricondurre alla disciplina dei contratti almeno l'operatività del principio maggioritario rispetto ai creditori concorrenti. La necessaria strumentalità tra gli interessi dei creditori è esplicitamente esclusa dal SACCHI, *op.cit.* p. 300, nonostante sia uno dei profili più discussi del tema in parola, sul quale si tornerà più volte nel corso della presente trattazione. Si anticipa, qui, che a nostro parere è da escludere che il fallimento possa realizzare la trasformazione della dinamica tra gli interessi creditori, che è prima del fallimento, e rimane dopo, ricostruibile nei soli termini della conflittualità. Cfr. cap. II, §. 3.2

a nessun gruppo di natura privatistica e la via dell'autotutela non è percorribile; il principio di maggioranza è possibile solo perché sorretto dalla eterotutela dell'organo pubblico.

Così, ancora, si spiega la mancanza nel concordato delle norme che presiedono, nelle collettività chiuse, alla tutela delle minoranze: segnatamente,.

Il legislatore della riforma sembra non aver avuto piena contezza delle implicazioni che una scelta in senso privatistico avrebbe comportato. Qualora, infatti, avesse voluto imboccare la via dell'autotutela, avrebbe dovuto necessariamente adeguare il sistema alla configurazione della collettività dei creditori come gruppo retto dalle regole di diritto privato. Questa scelta, cioè, doveva essere accompagnata dall'inserimento di quelle norme che nei gruppi organizzati presiedono alla tutela delle minoranze e che, nei gruppi aperti, sono garantite dall'autorità pubblica (*id est*, il giudice).

Una scelta in tal senso *non* è avvenuta. Di qui, le serissime difficoltà nel rinvenire gli strumenti più adatti a reprimere gli abusi dei creditori di maggioranza nei confronti di quelli di minoranza (e, più in generale, nei confronti degli altri soggetti verso cui la decisione è destinata a spiegare i suoi effetti) considerando gli ostacoli che si pongono alla concreta applicabilità di quelle norme che storicamente presiedono alla tutela delle minoranze nelle collettività organizzate.

In conclusione, in passato il legislatore aveva istituito un binomio: in tanto i creditori possono votare a maggioranza – e imporre la propria decisione agli altri, anche a chi non possa partecipare alla deliberazione – in quanto il Tribunale può valutare, sempre, che la proposta sia conveniente per il ceto creditorio nel suo complesso.⁶⁸ La riforma ha troncato questo legame, eliminando uno dei due termini del binomio (l'eterotutela del giudice) e lasciando in vita (rendendolo

⁶⁸In questo senso, riteniamo di condividere l'osservazione per cui il giudice aveva il potere di rifiutare l'omologazione anche ove il concordato fosse stato votato all'unanimità, proprio perché la sua funzione era quella di valutare l'idoneità a vincolare la serie indefinita delle ragioni creditorie, anche quelle che fossero rimaste escluse dal voto. Così SACCHI, *op. cit.* p. 321.

ancor più pervasivo che in passato) il principio maggioritario, che a ben vedere si trova *de-legittimato*. A questo punto, delle due l'una: o si recupera il ruolo di garanzia del giudice, forzando il dato normativo, o s'interpretano le norme in materia di concordato in modo da assimilare la massa dei creditori a una collettività organizzata in via di autotutela, corredando quindi il meccanismo di funzionamento di questo gruppo con i presidi proprii dei gruppi privatistici: la tutela delle minoranze tramite le norme sul conflitto di interessi; il controllo sulla omogeneità delle classi in modo da garantire che vi sia strumentalità di interessi tra i votanti. È questa, *de iure condendo*, la scelta più consona al nuovo spirito del concordato ma, *de iure condito*, non è sempre sostenibile.⁶⁹ Nel quadro di questo grave vuoto di tutela, si cercherà, più avanti, di mostrare l'efficienza del rimedio dell'abuso dello strumento concordatario, come strumento utile al fine di restituire coerenza logica e legittimazione normativa a un sistema che ne è stato (forse inconsapevolmente) privato.

Nonostante quest'aporia del sistema, la lettura attenta dell'insieme di norme che hanno ridisegnato la disciplina del concordato non può che portare a concludere per l'impostazione privatistica e il netto *favor* del legislatore per una gestione negoziale dell'insolvenza, in ossequio all'idea che quei soggetti le cui posizioni giuridiche soggettive sono coinvolte nel dissesto siano i più attenti curatori e adeguati compositori della vicenda fallimentare.⁷⁰ Un'opzione questa, che deve rimanere coniugata all'idea che un ruolo

⁶⁹ Cfr. per le difficoltà di mutuare le norme in materia di conflitto di interessi il cap. II par. 3.2, per gli ostacoli ad ammettere il potere del giudice di sindacare la scelta di mancata formazione delle classi, il cap. III, par. 4.1.

⁷⁰ Questa osservazione è ricorrente nei commentatori della riforma, per tutti MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di meritevolezza*, ma affonda le sue radici nella considerazione, di carattere più generale, che "il riconoscimento ai privati di un potere giuridicamente tutelato di regolare i propri interessi trova la sua ragion d'essere (...) nella convinzione che i portatori di interessi siano i meglio adatti a dettare le regole. (...) le valutazioni di convenienza dipendono da circostanze che, spesso, sfuggono all'altra parte e sono ignote ai terzi". Così, sul tema dell'autonomia contrattuale CATAUDELLA, *La giustizia del contratto, Rassegna di diritto civile*, 2008, 3.

di supervisione del giudice sia comunque essenziale e irrinunciabile: non tanto e non solo in ragione del coinvolgimento nel fallimento d'interessi ulteriori a quelli dei soli creditori, quanto piuttosto in ragione della possibilità di vincolare all'assetto di interessi stabiliti nel concordato anche coloro che ne abbiano dissentito. È, questo, un controllo che vale a integrare la condizione cui è subordinata la produzione degli effetti dell'atto di autonomia, formato e accettato dai privati.

Sotto questo profilo ci troviamo a dissentire da coloro che, pur propugnando la tesi della natura contrattuale del concordato (e la qualificazione del giudizio di omologazione alla stregua di *condicio juris* per la produzione degli effetti) tuttavia considerano il giudice come dotato del potere di assistere e “cooperare” alla formazione della volontà delle parti.⁷¹ Al contrario, il giudice *controlla* che la volontà

⁷¹ FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, UTET, 2009, pp. 278 e ss. È stato infatti sostenuto che il giudizio di omologazione costituisce un momento di “cooperazione giudiziaria alla formazione della volontà dei soggetti privati”. Un'affermazione che non può essere condivisa, a meno di chiarirsi sul significato da attribuire alla “cooperazione”, che nella sua etimologia pare evocare una partecipazione al contenuto, una condivisione del merito dell'atto.

Se quindi si condivide la considerazione per cui il giudizio di omologazione vale da condizione perché si producano gli effetti del negozio, diversamente si dissente dall'idea che tale giudizio sia “quell'attività del giudice che vale a integrare la volontà delle parti”.

L'A. perviene a queste conclusioni qualificando il giudizio di omologazione del concordato fallimentare come provvedimento di volontaria giurisdizione, caratterizzata dal fatto che “non sorge necessariamente il bisogno di andare alla ricerca di una situazione giuridica soggettiva oggetto del processo, posto che prevalente – anche se non assorbente – è il profilo della rimozione di un ostacolo all'autonomia privata, ostacolo individuato nella propalazione degli effetti dell'accordo, che viene rimosso con un controllo successivo che ne condiziona l'efficacia”. In questo si coglierebbe secondo l'A. anche una differenza essenziale rispetto alla natura del giudizio di omologazione del concordato preventivo, qualificabile come un processo a cognizione piena, dato che in quel caso occorre accertare se esista il potere del debitore di vedere modificata la regolazione delle proprie obbligazioni. Questo in un contesto più ampio in cui “le tutele autorizzativo-omologatorie, trovano il loro bacino elettivo proprio nel rapporto tra volontà negoziale (e quindi autonomia privata) e necessità di accompagnare questa volontà con una forma di controllo di una autorità indipendente – oggi variamente dislocata tra giurisdizione, autorità amministrativa e notariato – (e dunque eteronomia pubblica) che serve a valutare se gli interessi che le parti hanno valutato secondo logiche egoistiche siano meritevoli di considerazione anche secondo

delle parti si sia formata in modo corretto, *non* partecipa, né integra, in nessun modo, (al)la formazione della volontà delle parti.

In via incidentale, sia permesso chiarire che, per quanto concerne la struttura dell'atto, questa è immancabilmente bilaterale. Non è possibile quindi convenire con coloro che assimilano, anche solo sotto il profilo della sostanza, il concordato a un atto unilaterale.⁷²

Da un lato, c'è il proponente. D'altro lato c'è il ceto creditorio cui è indirizzata la proposta, che non è altro che una parte plurisoggettiva, chiamata ad accettare la proposta contrattuale. In questo, nulla diverge dallo schema della proposta e dell'accettazione delineato dal codice civile.

Ciò che è singolare è la dinamica interna all'accettante: alla regola dell'unanimità che presiede alla formazione della volontà della parte costituita dal gruppo astrutturato, si sostituisce la regola della maggioranza, che regola le manifestazioni di volontà della collettività strutturata (o parte unisoggettiva). Può darsi quindi, che la volontà del ceto creditorio si concentri nel proponente, che il suo voto sia determinante per l'accettazione della proposta che *lui* ha avanzato, il che non autorizza a dire che venga meno la struttura bilaterale dell'atto negoziale.

Come più sopra illustrato, la peculiarità della disciplina sul concordato non è tanto quella di essere atto negoziale idoneo a sortire effetti nei confronti dei terzi, né risiede nella sua struttura. Piuttosto, la singolarità del concordato sta nel modo in cui si forma la volontà della parte pluripersonale costituita dal ceto creditorio. Ancora, si è detto che, a nostro parere, l'operatività del principio maggioritario

logiche che interessano una comunità più ampia degli stipulanti il negozio. Tutto ciò accade quando l'ordinamento ritiene che un negozio sia destinato a produrre, *naturaliter* effetti su un gruppo di consociati che non coincidono con gli stipulanti". Si ritiene di condividere appieno quest'impostazione, ove però non sia accompagnata dalla considerazione dell'attività del giudice come volta e idonea a integrare, modificare la volontà delle parti oppure a cooperare alla sua formazione.

⁷² NIGRO, VATTERMOLI, *Il diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009.

discende nel nostro caso da una disposizione normativa, e non è riconducibile al fisiologico funzionamento dei gruppi strutturati. Un principio che poteva trovare giustificazione ove sostenuto dalla sua altra metà: il controllo del giudice. Le perplessità generate dalla attuale operatività del principio maggioritario non autorizzano, però, a negare natura di atto d'autonomia privata al concordato, il quale presenta, come s'è visto, tutti i caratteri dell'atto negoziale. Non può che prendersi atto della scelta del legislatore, la quale restituisce però acuita l'esigenza di ricostruire in modo accurato il novero di poteri attribuiti al giudice, considerando che alcune categorie di soggetti si vedono spogliate della tutela prima garantita loro.⁷³

7. I controlli sugli atti di autonomia privata.

Si è quindi giunti (non senza riserve) ad affermare la natura privatistica del concordato. L'atteggiarsi della proposta ad atto di autonomia privata non significa, tuttavia, che questa sfugga a ogni controllo giudiziale. Al contrario, significa che alla proposta, proprio in ragione della sua natura negoziale, deve trovare applicazione la disciplina sugli atti di autonomia privata, giacché il potere di autonomia non equivale a libertà illimitata. All'opposto, l'autonomia

⁷³ Non può tacersi, comunque, che la scelta del legislatore, per quanto noncurante dei risvolti negativi che avrebbe comportato sotto il profilo della garanzia di tutela dei diritti, denoti l'esistenza di un interesse assolutamente prevalente: la vicenda fallimentare deve concludersi nel più breve tempo possibile. A questo proposito alcuni hanno identificato questa come la labile connessione tra gli interessi dei creditori, quella alla risoluzione più rapida del dissesto. Peraltro, a nostro parere questo è un interesse *del legislatore*, non dei creditori. L'interesse pubblico a una conclusione delle vicende fallimentari nel modo più rapido possibile non si identifica con l'interesse dei creditori, giacché non tutti i creditori hanno interesse a una rapida composizione dei rapporti pendenti alla data di dichiarazione del fallimento. Certo, nessuno pensa che i creditori vogliano deliberatamente dilazionare il momento in cui si definiscono le reciproche posizioni giuridiche: ciò non toglie che alcuni possano avere interesse a proseguire la liquidazione fallimentare, altri a mantenere in vita l'impresa, altri ancora a vendere atomisticamente i beni per realizzare la propria garanzia, anche se questo comporti una maggiore durata della procedura fallimentare. Cfr. a questo proposito il capitolo III. L'interesse alla rapida composizione della vicenda fallimentare è l'interesse perseguito dalla legge, non (necessariamente) quello che accomuna i creditori in una collettività con comunione di scopo.

privata, è riconosciuta e tutelata solo se è stata ben esercitata: solo ove siano stati rispettati i limiti a essa imposti dalla legge prende corpo quella conseguenza operativa tipica, ovvero quel vincolo che l'ordinamento pone a se stesso di collegare all'atto negoziale effetti giuridici corrispondenti.⁷⁴

In primo luogo quindi si applicherà la disciplina dettata dal codice civile sulle precondizioni di validità degli atti di autonomia e sui vizi che comportano la nullità dell'atto negoziale.⁷⁵ In secondo luogo, il potere di autonomia sarà oggetto di quella forma di sindacato generata dal diritto vivente, volta ad accertare che la modalità in cui è stato concretamente esercitato il potere non sia abusiva.

7.1 La rilevanza delle precondizioni di validità degli atti. I vizi del consenso negli atti soggetti a omologazione.

Anzitutto, perché gli atti di autonomia possano dispiegare appieno la loro efficacia, è necessario che sussistano i presupposti di validità dell'atto.⁷⁶ Hanno quindi rilevanza quegli elementi che attengono alle condizioni soggettive dei contraenti: la capacità di contrarre e i vizi del consenso.

L'atto è viziato quando sia compiuto da un soggetto incapace legale o naturale. (art. 1425 c.c.). In questo caso il negozio non è riferibile a una volontà idonea a produrre effetti giuridici, perché posto

⁷⁴ Questo profilo sarà oggetto di più approfondita analisi nel capitolo successivo.

⁷⁵ Il riferimento è chiaramente alle norme che disciplinano l'annullabilità e la nullità del contratto, rispettivamente nel capo XII e XI del codice civile. Si usa qui il termine più generico di atto negoziale, o atto di autonomia privata, senza che questo sia in alcun modo rilevante ai fini della disciplina applicabile, considerando che in forza del rinvio di cui all'art. 1324, le norme che qui interessano si applicano anche agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale.

⁷⁶ I presupposti di validità sono degli elementi logicamente diversi dagli elementi costitutivi del negozio, perché rappresentano delle condizioni estrinseche al negozio per sé considerato. Tuttavia così come i requisiti di validità attinenti al contenuto dell'atto negoziale, rientrano comunque nel novero di fatti che il legislatore contempla perché "l'assetto dato alle parti ai propri interessi venga assunto nella sfera del diritto". Così BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950.

in essere da persona “sfornita della necessaria capacità psico-fisica, infante o pazzo”.⁷⁷

Ancora, l’atto può essere invalido perché il procedimento di formazione della volontà del dichiarante è stato alterato, sì che il legislatore dà, eccezionalmente, rilevanza alla divergenza tra volontà e dichiarazione.⁷⁸

Questo può avvenire perché la dichiarazione è stata estorta con violenza (art.1427 c.c.), per cui la volontà non è spontanea ma coartata dalla minaccia di un male ingiusto e notevole alla sua persona, ai suoi beni oppure alla persona o ai beni di un suo familiare.⁷⁹

La volontà può poi essere viziata per mancanza di consapevolezza, ove si sia formata su una falsa rappresentazione della realtà.⁸⁰ È questo il caso dell’errore motivo, che per essere rilevante deve essere essenziale e riconoscibile dall’altro contraente (art.1428);⁸¹ due accorgimenti, che rivelano la preoccupazione del

⁷⁷ Riassume così le cause dell’incapacità di agire dovuta alla minore età, all’incapacità di intendere e di volere, a chi ha perso la capacità di agire in ragione di una sentenza di interdizione (art.414) BETTI, *op. cit.* p. 421

⁷⁸ È noto che l’ordinamento italiano, rifiutando tanto il dogma della volontà quanto l’asettica teoria della dichiarazione, abbia optato per la tendenziale irrilevanza dell’eventuale conflitto tra intento, volontà interiore e dichiarazione riconoscendo prevalenza a quest’ultima tranne i casi eccezionali, nei quali il legislatore tipizza le ipotesi di vizi della volontà sì che la divergenza tra volontà e dichiarazione assume giuridica rilevanza. Inoltre l’impianto del codice sembra accogliere la necessità della tutela dell’affidamento, per cui la volontà, eventualmente divergente dalla dichiarazione viene sacrificata quando la dichiarazione, che è l’atto con cui la volontà ha ricevuto espressione, ha ingenerato il legittimo affidamento del terzo nella dichiarazione stessa. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1957.

⁷⁹ La violenza di cui si parla in questo caso è la violenza morale, per cui una volontà, sebbene non spontanea ma indotta, comunque esiste. Nel caso invece della violenza fisica è esclusa la stessa riferibilità della dichiarazione alla parte, che comporta invece la nullità, o addirittura la qualificazione del negozio quale inesistente.

⁸⁰ In questo caso quindi l’errore insorge nella formazione della volontà, prima che venga dichiarata all’esterno. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova 2009

⁸¹ È essenziale l’errore determinante del volere, quello cioè senza il quale il contraente non si sarebbe determinato a concludere il contratto o lo avrebbe concluso a condizioni diverse. È tale se ricorre una delle ipotesi elencate

legislatore per la sicurezza dei traffici giuridici e per la tutela dell'affidamento incolpevole. Si parla invece di errore ostativo (art.1427) quando la dichiarazione non corrisponde alla volontà a causa di un errore. La falsa rappresentazione della realtà non insorge nel momento della formazione della volontà, che si è correttamente formata, ma in quello della sua esternazione, della esterna dichiarazione (art.1433 c.c., che lo equipara, sotto il profilo della disciplina applicabile, all'errore motivato).

Tra i vizi della volontà che il codice civile regola nel Capo XII, figura infine il dolo. Disciplinato dall'art. 1439 c.c., il dolo è, in buona sostanza, una *species* di errore, la cui caratteristica differenziale sta nella causa che ha indotto in errore, e cioè l'inganno.⁸² Il raggirio della controparte è il fatto che determina la falsa rappresentazione della realtà sulla base della quale si forma la volontà della parte.⁸³

Lo stesso rimedio previsto per i casi d'incapacità e per i vizi del consenso, ovvero l'annullabilità del negozio, è previsto in tutti quei casi in cui la legge lo disponga testualmente. Sono quindi rintracciabili altri casi di vizi che inficiano la validità del negozio *sub specie* di annullabilità in ragione della stessa matrice comune: quella di essere rimedio a tutela dell'interesse esclusivo di una delle parti.⁸⁴

(secondo un elenco che, per la dottrina maggioritaria, ha carattere meramente esemplificativo) dall'art.1429 c.c. Inoltre, per essere rilevante l'errore deve essere riconoscibile dall'altra parte: essere tale cioè che una persona di normale diligenza, tenuto conto delle circostanze, avrebbe potuto rilevarlo. Così Cass. Civ. 1° ottobre 1993, n. 9777.

⁸² A questo proposito SANTORO PASSARELLI, *op. cit.* descrive il dolo come il fatto che "viziosa la volontà negoziale, agendo sull'intelligenza mediante l'inganno e quindi inducendo in errore l'autore del negozio". In questo caso però, poiché l'errore è il risultato della condotta riprovevole del raggirio, non è necessario che l'errore sia essenziale né che sia riconoscibile.

⁸³ La norma prevede che ove i raggiri siano stati determinanti del consenso, tali cioè che senza di essi la parte non avrebbe contrattato, l'atto è annullabile; altrimenti, nel caso di dolo incidente la controparte in mala fede ha l'obbligo di risarcire il danno subito, senza che però sia dichiarato inefficace il contratto (art.1440 c.c.).

⁸⁴ Una ricostruzione, si badi, valida solo nella prospettiva di ispirazione pandettistica del codice del '42, che realizza una netta giustapposizione tra la categoria della nullità, comminata in ragione di vizi intollerabili dall'ordinamento, sì da determinare l'inefficacia radicale e *ab origine* dell'atto viziato e l'annullabilità, prevista invece nell'interesse di una sola delle parti

È questo il caso dell'atto compiuto dal soggetto che si trovi in conflitto di interessi. Che abbia, cioè, a titolo personale, un interesse diverso e in conflitto rispetto a quello a tutela del quale deve agire. Il codice traccia una serie di fattispecie tipiche del conflitto, tra le quali quella del conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato (art. 1394 c.c.), quella del conflitto di interessi tra soci di società (art. 2373 c.c.).

Nel valutare quali elementi del concordato assumano rilevanza e in che modo possano essere rilevati, occorre volgere l'attenzione al fatto che la proposta di concordato è sottoposta alla omologazione del Tribunale.⁸⁵

Ebbene, la circostanza che un atto di autonomia privata sia soggetto all'omologazione di un'autorità, che sia amministrativa o giudiziaria, non dispiega alcun effetto in punto di rilevanza di vizi del consenso e delle altre precondizioni di validità dell'atto.

Questo principio affiora dalla giurisprudenza in materia di omologazione della separazione consensuale dei coniugi, dove è stato chiaramente affermato che *“l'inquadramento dell'accordo di separazione consensuale nella categoria negoziale, pur escludendo che allo stesso possa essere attribuita la natura di contratto, non esclude che allo stesso possano applicarsi, nei limiti della loro compatibilità, le norme del regime contrattuale che riguardano in generale la disciplina del negozio giuridico o che esprimono principi generali dell'ordinamento,*

con riferimento a vizi di minore gravità. Tuttavia, questo impianto originario è stato in gran parte scardinato dagli interventi legislativi successivi, che hanno introdotto una serie di istituti, quali le nullità speciali, pensate e azionabili solo per la tutela di uno dei contraenti, o ancora le nullità sopravvenute, che contraddicono il dogma della inidoneità dell'atto nullo a produrre effetti dall'origine. Il tentativo quindi di ricondurre i casi di inefficacia degli atti giuridici all'interno delle strette maglie delle categorie tradizionali di nullità e annullabilità è destinato inesorabilmente a fallire.

⁸⁵ Il nostro ordinamento contempla una serie cospicua di casi nei quali un atto di autonomia privata, perché possa dispiegare i suoi effetti, sia sottoposto a un controllo dell'autorità giudiziaria. Così nel caso di separazione consensuale dei coniugi (artt. 158 c.c. e 711 c.p.c.); affiliazione (art.406 c.c.); transazione sulla falsità di documenti (art. 1968 c.c.; 70 n. 5, 221 c.p.c.); iscrizioni nel registro delle imprese (nel codice civile previgente alla riforma del diritto societario del 2003, che ha eliminato la omologazione in fase costitutiva, artt. 2330, 2436, 2411, 2464, 2475, 2494, 2519, c.c.) TEDESCHINI, voce *Omologazione*, *Enciclopedia giuridica*, 30, p. 86.

come quelle che riguardano in generale i vizi del consenso e di capacità delle parti”⁸⁶. A questa conclusione conduce la riflessione sulla natura del giudizio di omologazione, che, lungi dal costituire elemento di una fattispecie a formazione progressiva, configura invece la *condicio iuris* cui è subordinata l’efficacia di un atto negoziale già perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi. Così, altrove la Corte di legittimità ha affermato che “*stante la natura negoziale dell’accordo che dà sostanza e fondamento alla separazione consensuale tra coniugi, non essendo ravvisabile, nell’atto di omologazione, una funzione sostitutiva o integrativa della volontà delle parti, ma rappresentando la procedura di omologazione condizione di efficacia del sottostante accordo (...) deve ritenersi ammissibile l’azione di annullamento della separazione consensuale omologata per vizi della volontà*”.⁸⁷ Alle stesse conclusioni è approdata la giurisprudenza in tema di omologazione dello statuto di società per azioni.⁸⁸ Così, se un risalente orientamento

⁸⁶ Cass. Civ. 30 aprile 2008 n. 10932, con nota di ARCERI, Il consenso nella separazione consensuale, tra diritto al ripensamento, impugnazione per vizi della volontà e procedimento di modifica, *Famiglia e Diritto*, 2008, 12.

⁸⁷ Cass. civ. 4 settembre 2004 n. 17902, con nota di PAGNI, *Vizi del consenso e annullabilità della separazione consensuale omologata: lo sfuggente rapporto tra autonomia negoziale e controllo giudiziale*, *Famiglia e Diritto*, 2005, 5; e con nota di DE BENETTI, *Accordo omologato e vizi del consenso*, *Studium iuris*, 2005, 4. A ben vedere la scelta circa l’applicabilità delle norme civilistiche in materia contrattuale dipende proprio dalla ricostruzione della natura giuridica dell’istituto che si compone di un momento privatistico, l’accordo tra i coniugi e del momento pubblicistico costituito dalla procedura di volontaria giurisdizione che si conclude con la omologazione. L’applicabilità delle norme civilistiche sugli atti di autonomia è esclusa dalle ricostruzioni, assolutamente recessive, volte a dar maggior rilievo al momento pubblicistico che, affidando il rango di fatto costitutivo della separazione omologata degradano il consenso a mero presupposto volontario della separazione, i cui vizi sarebbero “assorbiti” nel controllo svolto dal presidente del tribunale nella fase che precede l’omologazione.

⁸⁸ La discussione sul contenuto della omologazione dello statuto della società per azioni si è sviluppata soprattutto nel periodo antecedente alla riforma del diritto societario del 2003. La legge n. 340 /2000 prima e Il D.Lgs. n. 6 del 2003 poi hanno, infatti, profondamente mutato la disciplina, eliminando il controllo del Tribunale cui, a norma del vecchio art. 2330 c.c., era sottoposto lo statuto per poter essere iscritto nel registro delle imprese, prevedendo un eventuale giudizio di omologa solo nel caso di vicende modificative dello statuto. Peraltro, dei poteri attribuiti al giudice è oggi, secondo parte della dottrina, investito il notaio. In questo senso MORERA, *Dall’omologazione del tribunale all’omologazione del notaio. Prime riflessioni sull’articolo 32, l. n.*

giurisprudenziale riteneva che in fase di omologazione potessero rilevare solo i vizi impicanti l'inesistenza dell'atto, la tesi senz'altro dominante era quella della rilevabilità di tutti i requisiti di validità e legittimità formale e sostanziale dell'atto. In seno a questa ricostruzione era poi individuabile la corrente di pensiero che limitava la rilevabilità d'ufficio ai soli vizi di nullità dell'atto e quella che, all'opposto, argomentando sull'inesistenza di limiti alla rilevabilità dei vizi dell'atto, spingeva i confini del sindacato del Tribunale financo i vizi di annullabilità di esso.⁸⁹

La rassegna delle posizioni della giurisprudenza porta quindi senz'altro ad ammettere che agli atti negoziali soggetti a omologazione trovi applicazione la disciplina sugli atti di autonomia, a nulla

340/2000, in Paciello (a cura di) *Il controllo notarile sugli atti societari*, Milano, 2001. Sul tema anche SCIUTO, *Forma pubblica, controllo di legalità e condizioni di iscrivibilità nella costituzione delle società di capitali*, *Rivista delle società*, 2001. Fino alla riforma vi era un acceso contrasto sui limiti del sindacato del Tribunale in sede di omologazione sui limiti del sindacato del giudice in sede di omologazione: secondo la dottrina maggioritaria, tuttavia, il problema non consisteva tanto nella rilevabilità dei vizi di annullabilità e nullità, che rientrano nel controllo di legalità formale dell'atto, quanto piuttosto nel fatto che per alcuni il controllo del giudice avrebbe riguardato più in generale la conformità alla legge dell'assetto organizzativo della società. L'omologazione sarebbe il momento di verifica della struttura organizzativa programmata dai privati e della compatibilità di questa con il "tipo" prefigurato dal legislatore, sicché perderebbe pratico senso distinguere tra vizi di nullità e vizi di annullabilità. LAURINI, *Il sistema di controllo di legalità sugli atti societari. Una riforma urgente*, *Rivista delle società*, 2000. Dalle opinioni di chi attribuisce al notaio il potere-dovere di effettuare un controllo sulla legittimità formale e sostanziale dell'atto quali poteri analoghi in tutto e per tutto da quelli del Tribunale risulta indubbio che il Tribunale potesse rilevare vizi del consenso o di incapacità risultanti dallo statuto. Così è ricavabile da CALDERINI, *Diritto e giurisprudenza*, 2008, I, p.120 in nota a sent. Trib. Napoli 8 settembre 2003 e decr. Trib. Napoli 22 luglio 2003.

⁸⁹ Afferma che il magistrato dell'omologa possa spingere i suoi poteri fino a rilevare l'esistenza di eventuali vizi di annullabilità del procedimento Trib. di Napoli 1° marzo 1996 e Trib. di Napoli 28 febbraio 1996 in *Diritto e giurisprudenza*, 1997, 263; Trib. di Napoli decr. 17 dicembre 1997 con nota di PAPA, *I controversi confini del giudizio di omologazione degli atti sociali*, *Diritto e giurisprudenza*, 1998, 595. L'A. invero, avanza perplessità sull'attribuzione di un potere officioso del Tribunale di rilevare i vizi che determinano l'annullabilità degli atti di autonomia, avvertendo come questa scelta possa determinare lo sconfinamento "in un terreno che il legislatore sembra aver voluto riservare alla disponibilità dei privati attraverso le norme sostanziali sull'impugnazione delle delibere assembleari e sul procedimento contenzioso"

rilevando, in questa sede, se questi vizi possano poi essere sottoposti alla cognizione del giudice in ragione di un controllo d'ufficio o solo su istanza di parte.

7.2 (segue) La rilevanza delle precondizioni di validità negli atti pluripersonali.

Se oggi si può quindi affermare che anche agli atti soggetti a omologazione trova applicazione la disciplina degli atti di autonomia, più problematico è individuare il novero di vizi che assumono rilievo nel caso di atti pluripersonali. Non tutti i vizi che rilevano in un negozio tra parti unisoggettive incidono, invece, sulla validità di atti con parti plurisoggettive.

S'impone, qui, di tracciare la preliminare distinzione in seno alla categoria degli atti pluripersonali, tra atti collettivi, atti collegiali e atti complessi.

Tutti questi atti sono accomunati dalla circostanza di essere il risultato delle dichiarazioni di volontà di più soggetti. Tuttavia, l'atto è qualificabile come collettivo allorché le dichiarazioni esprimano diverse volontà poste al servizio di interessi distinti in capo ai singoli soggetti, secondo la regola dell'unanimità o della maggioranza: l'atto è quindi espressione della volontà di tutti i soggetti o della loro maggioranza, cui l'atto viene a riferirsi.

Nell'atto collegiale, invece, le plurime dichiarazioni di volontà concorrono a formare la dichiarazione di volontà imputabile a un soggetto distinto dagli agenti e a tutela di quel, diverso, soggetto.⁹⁰ Le volontà dei singoli si fondono, in quanto componenti di un organo, o di una diversa entità cui l'atto viene imputato, quale *soggetto distinto* dai componenti che ne costituiscono la base soggettiva.

Nell'atto complesso, infine, le diverse dichiarazioni di volontà concorrono a formarne un'unitaria, e sono tutte indispensabili perché sia perfezionato l'atto (a questa categoria appartengono gli atti del

⁹⁰ Così SANTORO PASSARELLI, *op.cit.* cit. p. 191

soggetto inabilitato, per la cui validità occorre la dichiarazione tanto del soggetto parzialmente incapace che del curatore).

La diversa qualificazione dell'atto ridonda sul terreno dei vizi rilevabili, poiché nel caso di atti collegiali e degli atti collettivi assunti a maggioranza l'eventuale vizio della volontà del singolo dichiarante non è in grado di inficiare la validità dell'atto, a meno che non sia stata determinante per la decisione. È questa la "prova di resistenza" cui è sottoposta la delibera assembleare nelle società per azioni⁹¹ ai sensi dell'art.2377 c.c.

All'opposto, nel caso di atto complesso, così come nel caso di atti collettivi assunti all'unanimità, è necessario che *ciascuna* dichiarazione di volontà sia valida, giacché tutte sono indispensabili affinché si perfezioni la fattispecie.

Il problema si pone quindi, ancor prima che sul piano della disciplina applicabile, su quello della qualificazione dell'atto di autonomia.⁹²

⁹¹ La diversità della disciplina può essere inoltre individuata, per analogia, con riferimento a le norme sui vizi della volontà del rappresentante e del rappresentato, artt. 1389, 1390 e 1391 c.c.

⁹²Il problema sarà oggetto di più approfondito esame nel capitolo successivo, dove si darà conto delle difficoltà di inquadrare il concordato in ciascuna di queste categorie giuridiche.

CAPITOLO SECONDO

LA DISCIPLINA APPLICABILE

1. I rimedi concretamente applicabili al concordato fallimentare.

Aver qualificato la proposta di concordato alla stregua di un atto d'autonomia privata determina, come osservato, l'applicabilità delle norme che l'ordinamento giuridico detta per gli atti negoziali.

All'obiezione che muove parte della dottrina, per cui la riforma avrebbe consegnato ai privati il potere di creare in autonomia le regole giuridiche del loro rapporto, si che non è ammessa né tollerabile nessuna ingerenza esterna, può quindi agevolmente replicarsi che il fatto di essere un atto di autonomia, piuttosto che escludere un controllo del giudice, lo implica sotto una serie di profili, che attengono alle condizioni soggettive dei contraenti, al contenuto stesso dell'accordo, alle modalità di esercizio del potere di autonomia.

Il regime di rilevanza delle cause di invalidità e gli strumenti per farvi fronte devono essere mutuati, a nostro parere, proprio dalla disciplina codicistica in materia contrattuale.

È ora possibile – avendo risolto l'equivoco logico annidato nell'equivalenza *autonomia-libertà incondizionata* (che chiama, a sua volta, l'assenza di controllo) – riempire di concreto significato la formula, semanticamente neutra, dell'art. 129, ai sensi della quale il Tribunale è investito del dovere di controllare “la regolarità della procedura e l'esito della votazione.”

2. Il controllo sulla legittimità formale del procedimento.

Non sembra necessario indugiare sulla competenza del giudice, pacificamente ammessa, di vagliare la regolarità formale del procedimento. Non vi sono dissidi, né in dottrina né in

giurisprudenza, sulla possibilità per il giudice di verificare, *ex officio*, la ritualità della proposta, sotto i profili della legittimazione attiva e della tempestività di proposizione, la completezza del procedimento, la corretta formazione delle classi, il corretto computo dei voti e la sussistenza di tutti gli avvisi e le pubblicazioni che la legge richiede affinché si possa procedere con l'omologazione.⁹³

3. Il controllo sulle precondizioni di validità del concordato.

Come tutti gli atti di autonomia privata, la proposta di concordato deve promanare da un soggetto cui sia riconosciuta dall'ordinamento l'idoneità a porre validamente in essere atti giuridici. Il proponente, in altre parole, deve essere capace di agire: non essere minore d'età, interdetto, inabilitato o incapace, al momento del compimento dell'atto, di intendere e di volere. Gli stessi requisiti, devono egualmente sussistere in capo a coloro che esprimono il voto sulla proposta. Inoltre, per essere valido il concordato deve esser stato approvato in base a un consenso che si sia validamente formato: che non sia stato prestato per errore, o estorto con dolo o violenza.⁹⁴

A questo proposito, se non è revocabile in dubbio l'astratta applicabilità di questa disciplina anche al concordato, qualche difficoltà sorge nel determinare in che modo questa trovi concreta applicazione.

Secondo alcuni Autori, ove si ragioni in termini di mutuabilità della disciplina dalle norme del codice civile, ci si troverebbe, nelle ipotesi di vizi attinenti alla capacità e al consenso, di fronte a cause d'invalidità pensate a presidio dell'interesse di una sola delle parti (ora

⁹³ Una disamina analitica del contenuto del controllo di legittimità formale è in NORELLI, *Il concordato fallimentare "riformato" e "corretto"*, *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2008. Per l'elenco dei possibili vizi del procedimento rilevabili dal giudice si rinvia alla nota. 44

⁹⁴ Delle precondizioni di validità degli atti di autonomia privata si è già parlato in chiusura del precedente capitolo, cui si rimanda per una loro trattazione, sia pure sintetica.

l'incapace, ora il contraente assoggettato a violenza, o raggirato, o caduto in errore). Tale particolare vocazione della disciplina dell'annullabilità condurrebbe a escludere che un controllo officioso del giudice possa privare di effetti un atto che, nel caso in cui non venga messo in discussione dalla parte a tutela della quale il rimedio è predisposto (e fino al momento in cui ciò avvenga) è destinato a rimanere pienamente efficace.

Dunque, l'assenza dei presupposti di validità del concordato sarebbe senz'altro rilevante, e in concreto rilevabile (*solo*) per il tramite dell'opposizione all'omologazione.

D'altronde, per alcuni Autori il controllo sull'esistenza delle precondizioni di validità dell'atto è compreso nel dovere officioso del giudice di "verificare l'esito della votazione". La votazione, cioè, potrebbe dirsi aver avuto esito favorevole solo ove la maggioranza sia stata espressa in ragione di un consenso genuino.⁹⁵ Dunque, in forza di una precisa disposizione normativa il controllo del giudice finisce per ricomprendere quei vizi del consenso che abbiano dato vita a un accordo concordatario invalido, perché raggiunto tramite un consenso patologicamente espresso. La circostanza che in questo caso ci si discosti dal paradigma normativo che vuole l'equazione annullabilità-legittimazione di parte (art.1441 c.c.), non avrebbe qui a trovare applicazione, giacché nel caso di specie "la corretta formazione della volontà è un dato che interessa tutti i creditori e che potrebbe essere portato a conoscenza del tribunale dal comitato dei creditori – quale organo esponenziale di detti interessi – oppure dal curatore".⁹⁶ Sicché,

⁹⁵ Su questa posizione è attestato ESPOSITO, *Omologazione del concordato fallimentare: verifica della regolarità*, nota a decr. Tribunale di Locri, 2 ottobre 2008, in *Fallimento*, 2009, 7. Secondo l'A. l'analisi relativa all'esito della votazione si svolge attraverso un'attività che non può limitarsi a un dato di natura matematica, ma che invece si spinge necessariamente nella "verifica del "se" quella votazione abbia raggiunto il proprio "esito" (*rectius*, risultato), ossia manifestare una volontà fisiologica e consapevole utile ad esprimere il consenso della maggioranza dei creditori con effetti anche in capo ai creditori dissenzienti".

⁹⁶ Ancora ESPOSITO, *op. cit.*, il quale conclude su questo argomento che "la verifica di regolarità – cui è riconducibile la vicenda degli accordi annullabili – non è subordinata ad alcuna istanza od opposizione ma è effettuata in ogni

la rilevabilità d'ufficio di vizi di tal sorta sarebbe giustificata dal fatto che, nella specie (e in forza della deroga costituita dall'art.129), le norme sui vizi del consenso andrebbero riguardate non già quali presidi dell'interesse di una delle parti ma alla stregua di norme imperative poste a protezione dell'intero ceto creditorio destinatario degli effetti della decisione della maggioranza.⁹⁷

3.1 (segue) la rilevanza dei presupposti di validità negli atti pluripersonali.

Si è più sopra accennato⁹⁸ al fatto che il regime di rilevanza dei vizi del consenso e, più in generale, delle precondizioni di validità degli atti negoziali, trova un importante correttivo per alcuni atti

caso, visto che il controllo omologatorio è realizzato “a prescindere” ed “a prescindere” deve esaminare la corrispondenza alla legge dell'esito delle votazioni.”

⁹⁷ Nell'ambito del controllo attinente alla verifica della regolarità della votazione rientrerebbe, a opinione di BELLE, *op. cit.* p. 851, anche la circostanza che il voto non sia stato prestato in cambio della attribuzione concertata di vantaggi all'esterno della procedura concordataria. La libertà di prestare il proprio voto (in ipotesi, favorevole) anche a una proposta che sia, per il votante, sfavorevole, trova una limitazione nel divieto di decidere del voto sulla base di vantaggi pattuiti con i proponenti in via ulteriore rispetto a quanto destinato a creditori di pari rango o classe. La norma imperativa che reprime questa condotta sarebbe da rinvenire nell'art.233 L.F., che sanziona penalmente il mercato di voto. La norma disciplina la sola condotta di pattuizione di vantaggi “con il fallito o con altri nell'interesse del fallito”. In ragione della natura incriminatrice della norma (di conseguenza, della sua inapplicabilità in via analogica) non può trovare applicazione alla condotta del creditore che abbia pattuito vantaggi con il proponente che *non* sia il fallito. Tuttavia, il fatto che sia da escludere, con riferimento a quest'ultima condotta, la rilevanza penale del comportamento, non toglie che l'ordinamento sembra chiaramente voler tutelare l'interesse alla regolarità e alla libertà del voto, per cui si può evincere che chi pattuisca vantaggi per esercitare il voto in favore di un dato proponente, seppure non commetta reato, ponga comunque in essere una condotta illecita, per realizzare un risultato ripudiato dall'ordinamento. L'illiceità viene qui ricondotta alla illiceità della causa in applicazione dell'art.1418 all'atto unilaterale del voto. Se la circostanza risulta provata in sede di omologazione e il voto non superi la prova di resistenza costituisce motivo di invalidità della deliberazione. Il profilo in esame non attiene alla proposta in sé e per sé ma attiene alla regolarità del voto, come tale rientrante nel potere d'indagine officioso del giudice di verifica “*dell'esito della votazione*”. Tuttavia, come per tutti i vizi attinenti alle condizioni soggettive dei contraenti, sono idonei a essere provati in maniera molto più agevole ove siano oggetto di opposizione da parte di uno degli interessati.

⁹⁸ Cfr. cap. I, 7.2.

pluripersonali: segnatamente, per la *species* degli atti collegiali e per gli atti collettivi retti dal principio maggioritario.

Tanto per gli uni, quanto per gli altri, la conseguenza in punto di presupposti di validità è che il vizio che inficia il voto di uno dei partecipanti non determina l'invalidità dell'atto, a meno che non sia stato determinante; a meno che, in altre parole, senza di *quella* manifestazione di volontà non si sarebbe raggiunta la maggioranza dei voti necessari per adottare la delibera.

All'opposto, il regime giuridico dell'atto complesso, al pari di quello dell'atto collettivo retto dalla regola dell'unanimità, impone che il vizio del consenso di ciascuno dei partecipanti alla votazione sia dirimente per la validità dell'atto, sicché l'invalidità di una dichiarazione ridonda a invalidità, automatica e riflessa, dell'atto pluripersonale.

Il meccanismo della prova di resistenza si fa tipico per le deliberazioni delle assemblee di società per azioni. Il codice civile, al proposito, prevede all'art. 2377, 5° comma, n. 2 che la deliberazione assembleare non possa essere annullata "per l'invalidità di singoli voti (...) , salvo che il voto invalido (...) sia stato determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza".

Applicando queste norme al meccanismo di approvazione del concordato, consegue l'inidoneità del vizio del consenso (o della carenza di capacità o di legittimazione) che abbia inficiato la manifestazione di volontà di uno dei creditori ammessi al voto a rendere invalida l'accettazione. Insomma, l'invalidità della singola dichiarazione, non può, da sola, precludere l'omologazione del concordato. Questo effetto, però, non è da ricondurre alla natura collegiale dell'atto di approvazione del concordato.

A nostro parere, infatti, è impossibile isolare, nella vicenda concordataria, il tratto distintivo dell'atto collegiale: l'esistenza del centro d'interessi, del soggetto *ulteriore* cui imputare le manifestazioni di volontà della maggioranza dei creditori. Manca, inesorabilmente, quel soggetto giuridico distinto, nella cui unica manifestazione di

volontà verrebbero a fondersi le plurime, singole, dichiarazioni. Se nella società, come in qualsiasi altro gruppo strutturato, esiste un soggetto dotato di autonoma capacità giuridica, idoneo a farsi titolare di situazioni giuridiche soggettive, così non è nel fallimento, a meno di non voler riconoscere soggettività giuridica alla massa dei creditori, travisandone, secondo noi, la natura di *somma*, forzata e involontaria, di posizioni giuridiche del tutto indipendenti l'una dall'altra.⁹⁹

In conclusione, al concordato fallimentare si applica, a nostro parere, la regola della prova di resistenza, quale naturale corollario non tanto della qualificazione dell'atto come collegiale o collettivo, quanto piuttosto del principio di maggioranza che presiede alla sua approvazione. A ben guardare, la prova di resistenza non è che il principio di maggioranza visto "in negativo": come per l'accettazione il

⁹⁹ Così anche ABETE, *Commento all'art.28*, nel *Nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006, che afferma "la collettività dei creditori non costituisce "persona", sicché non è configurabile un interesse unitario dell'istituzione "ceto creditorio" – al di là beninteso del generico interesse alla ottimale monetizzazione dell'attivo fallimentare nel più breve tempo possibile – distinto e ulteriore rispetto a quello dei singoli soggetti che concorrono a costituirlo. (...) in un contesto siffatto, l'interesse di ogni creditore è in posizione potenzialmente antitetica rispetto a quella degli altri". Di opposta opinione, D'ATTORE, *Il conflitto di interessi fra creditori nei concordati*, *Giur. Comm.* 2010, 3, 392. L'A. scinde il concetto di soggettività giuridica, intesa quale idoneità a esser titolari di diritti e obblighi, da quello di mera idoneità a esser titolari d'interessi. Così, l'A. richiama la consolidata giurisprudenza che, in più occasioni, configura il fallimento come autonomo portatore di un interesse diverso e contrapposto a quello di altro soggetto; così in tema di impugnazioni dei provvedimenti di liquidazione dei compensi del curatore, oppure in tema di verifica dello stato passivo, ove si tratti di decidere della opponibilità al curatore di una scrittura privata che manchi della data certa, dove la Corte di Cassazione si esprime in termini di "conflitto tra la massa dei creditori e il creditore richiedente". L'interesse collettivo dei creditori esiste, senza che sussista la necessità di identificare un ente cui imputare tale interesse diverso dalla massa dei creditori, e consiste nell'"interesse alla massimizzazione della soddisfazione del credito e alla speditezza della procedura", di cui ciascun creditore è titolare per il solo fatto di essere stato ammesso al passivo. Permangono, a nostro avviso, forti perplessità nel riconoscere comunanza d'interessi tra quello del creditore privilegiato alla immediata liquidazione atomistica del bene su cui insiste la sua garanzia e quello, opposto, del creditore subfornitore alla prosecuzione dell'attività dell'impresa in modo da mantenere il rapporto contrattuale con l'imprenditore. Oppure, ancora, tra quello del proponente al minor impegno possibile e quello degli altri creditori al maggior soddisfacimento possibile. In questo senso cfr. nota 90 sulla posizione della Corte di Cassazione, espressa nella sent. 3274 del 2011.

legislatore ha ritenuto irrilevante il voto di tutti, richiedendo solo il voto di un certo numero di soggetti, così il fatto dell'invalidità di un voto non ha alcuna rilevanza se non infici il raggiungimento della maggioranza.

3.2 (segue) gli interessi dei creditori. La configurabilità di un conflitto d'interessi tra i creditori del fallito.

Che l'atto con cui i creditori approvano il concordato sia qualificabile come collegiale o collettivo è del tutto ininfluenza per l'applicazione delle norme sui presupposti di validità. Abbiamo visto, infatti, che la soggezione dell'atto alla prova di resistenza discende dal diverso fatto dell'operatività del principio maggioritario.

Peraltro, la collocazione nell'una o nell'altra categoria è fondamentale per decidere dell'applicabilità di quella peculiare *species* di invalidità costituita dal conflitto di interessi.

S'impone, a questo punto, una digressione volta a ricostruire la dinamica intercorrente tra gli interessi dei creditori.

Le diverse teorie sulla natura degli interessi dei creditori nel concordato fallimentare si sono sviluppate intorno ai tentativi di spiegare l'operatività del principio maggioritario in un gruppo strutturato come quello dei creditori di un soggetto fallito.¹⁰⁰ Muovendo dai presupposti imprescindibili perché possa operare il principio maggioritario,¹⁰¹ e nel tentativo di giustificare detto principio

¹⁰⁰Per il dibattito e per la nostra posizione sulla operatività del principio maggioritario Cfr. cap. I, par. 6.

¹⁰¹ Presupposti così ordinabili: i) la comunanza d'interessi tra i membri del gruppo; ii) la previsione di limiti inviolabili dei diritti individuali; iii) l'esercizio del voto secondo correttezza (principio che si traduce nel divieto del voto del socio in conflitto d'interessi, o nell'annullabilità della delibera assunta con il voto determinante del socio in conflitto di interessi). È, questa, lo ricordiamo, la speculazione di chi ritiene di ravvisare nella massa dei creditori una collettività riconducibile a uno dei gruppi di diritto privato. Abbiamo cercato di ricostruire, in precedenza, come questa spiegazione del principio maggioritario non sia condivisibile e come l'operatività del principio maggioritario fosse stata pensata in ragione del contrappeso costituito dall'eterotutela garantito dall'autorità giudiziaria.

alla stregua delle regole del diritto dei contratti, parte della dottrina ha ritenuto che la dinamica degli interessi dei creditori di uno stesso soggetto fallito, fosse ricostruibile nei termini di una tensione verso un risultato comune.

La dichiarazione di fallimento, con l'inibizione dell'esercizio di azioni esecutive individuali, varrebbe a costituire una comunione d'interessi tra i creditori.¹⁰² Il fallimento si risolve nella gestione di una comunione incidentale di diritti di credito, proprio come le società commerciali gestiscono un patrimonio comune nell'interesse dei soci. E così come i soci accettano di assoggettarsi alle determinazioni della maggioranza con la volontaria adesione al vincolo contrattuale, così i creditori decidono di subire il volere della maggioranza con la domanda di ammissione al passivo.

In effetti, il legislatore sembra aver trasposto all'insieme dei creditori le norme in materia di funzionamento degli organi sociali e aver affiancato la dinamica degli interessi dei creditori a quella dei soci di una società, ma la possibilità di individuare un interesse comune dei creditori del fallito non persuade.

Per poco che si rifletta, infatti, non potrà sfuggire che mentre la comunione che s'istituisce tra i creditori del fallito è incidentale, del tutto casuale e non sorretta da uno scopo comune, i soci, nell'atto di stipulare il contratto di società, *volontariamente* conferiscono beni e servizi *al fine* di perseguire l'oggetto sociale tramite lo svolgimento in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili. È stato così suggerito come "nella società, il diritto del socio nasce in un contesto nel quale il contratto sintetizza le posizioni nell'interesse sociale comune; nel fallimento la preesistenza del diritto, peraltro non

¹⁰²DE SENSI, *La concorsualità nella gestione della crisi d'impresa*, Roma, 2009. Questi, riportando le posizioni della dottrina sul punto, nota come la tesi della comunione qualificata assuma a oggetto di tale comunione i diritti di credito i quali, a seguito della dichiarazione di fallimento, devono essere esercitati contestualmente nell'ambito della stessa procedura, non possono essere soddisfatti individualmente a causa dell'art. 51 L.F. e non possono incrementarsi a causa della sospensione del corso degli interessi in ragione della previsione dell'art. 52 L.F.

soddisfatto, specifica la posizione del singolo in quella tensione sul patrimonio responsabile che esprimiamo in termini di pretesa al soddisfacimento”.¹⁰³

L'unico rapporto concepibile tra gli interessi dei creditori coinvolti nella vicenda fallimentare è quello della conflittualità, e in questo senso non si può che convenire con chi ha sostenuto che “fra i creditori il conflitto si rinviene proprio a livello di interessi tipici, perché qualsiasi soddisfazione maggiore che uno riesca a ottenere si risolve in un danno per gli altri”.¹⁰⁴ L'imprenditore insolvente non dispone del patrimonio sufficiente per soddisfare tutte le pretese creditorie: la naturale conseguenza è il conflitto, che significa prospettiva di soddisfazione del proprio interesse con necessario sacrificio di quello altrui. E, a ben guardare, il concorso dei creditori serve proprio a ordinare le pretese avanzate verso un patrimonio che è destinato, altrimenti, a disattenderne qualcuna. Ecco che, lungi dal convergere verso un medesimo obiettivo, gli interessi dei creditori

¹⁰³ DE SENSI, *op. cit.* p.293. Peraltro, occorre segnalare che lo stesso Autore rifiuta l'idea che l'unico rapporto tra gli interessi dei creditori sia quello della conflittualità. Anzi, l'operatività del sistema maggioritario sarebbe tollerabile solo introducendo una dimensione solidaristica degli interessi dei creditori, intendendo con questa il rapporto in forza del quale la collaborazione di tutti consente il perseguimento di un obiettivo comune e il soddisfacimento migliore di ciascuno. Il principio maggioritario si spiegherebbe quindi per l'essere l'atto di approvazione della proposta di concordato un atto collettivo che esprime la volontà di una collettività. In conclusione, tra i più creditori di uno stesso debitore insolvente sorge spontaneamente un rapporto di conflittualità; il sistema concorsuale deve predisporre gli adeguati strumenti perché tale rapporto sia trasformato nel diverso rapporto di solidarietà.

¹⁰⁴ JAEGER, *Par condicio creditorum*, *Giur. Comm.*, 1984, 98. *Contra* SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nella amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 241, il quale identifica invece un rapporto di strumentalità tra i creditori, sebbene non sia un rapporto necessario, ove “il soddisfacimento dell'interesse di cui ciascun creditore in quanto tale è titolare, alla realizzazione nella percentuale più elevata possibile e nel tempo più rapido possibile del proprio credito nel fallimento, può essere attuato data la necessità dell'osservanza della *par condicio creditorum*, soltanto nella stessa misura e nello stesso tempo in cui venga soddisfatto l'analogo interesse, di cui ogni altro creditore come tale è titolare”.

sono ciascuno incompatibile (parzialmente o integralmente) con quello degli altri.¹⁰⁵

Queste considerazioni conducono a escludere che possa trovare applicazione al concordato, la disciplina del (divieto di) conflitto d'interessi prevista per le deliberazioni sociali.

Laddove il creditore sia chiamato a esprimere il suo voto su una proposta di concordato, è “*homo homini lupus*, nel senso che può valutare esclusivamente il proprio interesse rappresentando unicamente se stesso”;¹⁰⁶ il suo voto è espressione solo della propria, egoistica, pretesa individuale. È vero che anche l'azionista vota nella prospettiva di ottenere, lui, il maggiore ritorno possibile dalla propria partecipazione, ma il suo obiettivo è tendenzialmente e naturalmente omogeneo rispetto a quello degli altri.¹⁰⁷

Tra i creditori di uno stesso debitore insolvente intercorre un fisiologico e ineliminabile conflitto d'interessi, sì che ciascun voto potrebbe essere invalidato per essere in contrasto con l'interesse espresso dal voto degli altri. In realtà, il conflitto d'interessi disciplinato in materia societaria e che si vorrebbe qui trasporre è

¹⁰⁵ L'esclusione di un rapporto di strumentalità tra gli interessi creditori è lampante se si prende a esempio l'interesse del creditore assistito da privilegio speciale e creditore chirografario, ma è rinvenibile anche tra i creditori chirografari. Il punto sarà oggetto di ulteriore approfondimento in materia di comitato di creditori, di cui si tratterà nel capitolo III. Anche FABIANI, *op.cit.*, *Fallimento*, 2008, 1, nota come “la comunità dei creditori è stata considerata come una comunità paritaria e omogenea, cosa che risulta smentita nei fatti. I creditori, quando non sono portatori d'interessi completamente individualizzati, appartengono a gruppi, più o meno ristretti titolari di situazioni spesso fisiologicamente conflittuali. Al catalogo tradizionale delle “diversità” date dalla distinzione tra creditori privilegiati, chirografari, prededucibili, postergati, vanno addizionate le nuove diversità rappresentate dalle classi scelte dal debitore o imposte dai creditori”.

¹⁰⁶ Così si esprime la Corte di Cassazione, che si è pronunciata sul punto con la sent. n. 3274 del 2011 (più volte citata nel corso di questo lavoro. Cfr. a proposito la nota 199, in materia di obbligatorietà della formazione delle classi; il capitolo terzo, §.1 in tema di abuso del concordato nonché *infra*, sempre in materia di conflitto di interessi).

¹⁰⁷ Occorre cautela anche con riferimento agli interessi degli azionisti che, com'è noto, soprattutto in seguito alla riforma del diritto societario del D.LGS. 6/2003, possono ben porsi in conflitto tra loro. Quel che si vuole dire però, è che il conflitto tra i creditori è intrinsecamente connaturato al fallimento, mentre quello tra gli azionisti è solo eventuale.

incardinato su un diverso presupposto e contempla un ulteriore passaggio logico: il conflitto rilevante non è quello tra singoli soci, ma tra interesse *extrasociale* del singolo e interesse *comune*, ovvero l'interesse sociale. Quest'ultimo costituisce il necessario termine di paragone, il metro per valutare se l'interesse del singolo sia conforme o configgente con l'interesse della società, considerata alla stregua di autonomo soggetto giuridico.¹⁰⁸

In altre parole, il conflitto d'interessi è una fattispecie costruita su una valutazione "di relazione": sul confronto tra un interesse e un altro (l'interesse sociale, o più in generale l'interesse comune), termine di paragone rispetto al quale possa predicarsi la conformità o il conflitto. L'interesse comune, necessario metro di giudizio, nel caso del fallimento semplicemente è impensabile.

Non mancano, peraltro, posizioni nettamente opposte, che sostengono la necessità di mutuare le norme sul conflitto d'interessi in materia societaria, unico modo per scongiurare l'illegittimità costituzionale della previsione normativa che dispone il principio maggioritario quale modalità di approvazione del concordato. L'argomento proposto a sostegno di questa tesi muove dalla rilevanza costituzionale riconosciuta al principio dell'autonomia privata intesa in senso "negativo", ovvero della considerazione della inidoneità degli atti negoziali a incidere sulla sfera giuridica soggettiva di chi non vi abbia prestato il proprio consenso. Perché questo principio generale

¹⁰⁸ Cfr. Corte di Cassazione, 12 dicembre 2005, n. 27387. La Corte, dopo aver precisato che il conflitto pratico d'interessi tra i soci è irrilevante, e che perché possa invalidarsi la delibera assembleare per conflitto di interessi è necessario che il conflitto intercorra tra il socio di maggioranza e la società, ha chiarito che "*sussiste conflitto di interessi tra socio e società quando il primo si trovi nella condizione di essere portatore, con riferimento a una specifica delibera, di un duplice e contrapposto interesse: da una parte, il proprio interesse di socio, e dall'altra l'interesse della società; e questa duplicità di interessi è tale per cui il socio non può realizzare l'uno se non sacrificando l'altro. (...) quindi, affinché vi sia conflitto di interessi rilevante, ovvero sia in grado di comportare l'annullabilità della delibera ai sensi dell'art.2377, è necessario individuare due interessi tra loro in contrasto: l'uno facente capo personalmente al socio e l'altro facente capo alla società. Da quanto precede, risulta palese che strumentale alla figura del conflitto di interessi è l'individuazione dell'interesse della società*".

sia rispettato, la regola della maggioranza può operare solo ove vi sia un interesse comune della collettività chiamata a votare a maggioranza; ne consegue che l'estensione del risultato del voto a maggioranza ai dissenzienti è tollerabile solo fintanto che il voto di ciascuno non sia espresso in ragione del perseguimento di un interesse personale diverso da quello comune.¹⁰⁹ Volendo ammettere una simile prospettazione, potrebbe individuarsi l'interesse comune a tutti i creditori nell'obiettivo del massimo soddisfacimento della pretesa creditoria, sì che, il voto espresso al fine di conseguire un interesse personale, *diverso* da quello alla massima monetizzazione del credito (si pensi, a esempio, al vantaggio consistente nell'ottenere la rinuncia a una lite, senza che questa incida direttamente nella misura di soddisfazione del credito), potrebbe integrare la fattispecie del conflitto.

Resta, a nostro avviso, l'intrinseca difficoltà di individuare quale sia l'interesse che accomuna i creditori di un fallito, tale da costituire il termine di paragone per valutare la conformità o il contrasto rispetto all'interesse concretamente perseguito dal singolo, nonché quella di individuare in concreto quando possa rinvenirsi una situazione di conflitto d'interessi del creditore, tale da invalidarne il voto eventualmente esercitato.¹¹⁰

Si badi: aver escluso l'applicabilità della disciplina in materia di conflitto d'interessi alle manifestazioni di voto dei creditori di uno stesso soggetto fallito, in ragione dell'inesistenza di un interesse

¹⁰⁹D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, *Giur. Comm.* 2010, 3, 392 A questo proposito l'A. afferma che "il tritico autonomia privata-principio di maggioranza-comunione d'interessi si spezza ove un creditore sia portatore di un interesse proprio diverso da quello comune, perché la mancata omogeneità delle posizioni dei votanti rompe la comunione e (...) priva il principio di maggioranza della propria legittimazione a derogare alla regola della intangibilità dell'autonomia privata". In conclusione, gli strumenti proposti per "sterilizzare" il voto del creditore in conflitto d'interessi sarebbero l'esclusione dal voto e la costituzione di autonome classi di creditori ove lo richieda la eterogeneità delle rispettive posizioni giuridiche e interessi economici.

¹¹⁰ È, quest'ultima, una difficoltà avvertita dallo stesso D'ATTORRE, *op.cit.* Nello stesso senso SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, *Fallimento*, 2009, 9.

comune, non toglie che lo stesso esercizio del diritto di voto possa essere sindacato sotto il diverso profilo dell'abuso di potere, ove sia finalizzato a ottenere vantaggi preferenziali e utilità diverse rispetto a quelle che il legislatore ha inteso attribuirgli conferendogli il diritto di voto.¹¹¹

La stessa giurisprudenza di legittimità ha recentemente escluso che alla massa dei creditori chiamati a votare la proposta di concordato possano applicarsi le norme sul conflitto d'interessi vigenti in materia societaria, proprio perché *“l'esistenza di una posizione di conflitto d'interessi tra soggetti acquista giuridica rilevanza quale causa di vizio di un atto (...) non in ogni caso, ma solo allorquando vi sia un contrasto tra un centro autonomo di interessi e il suo rappresentante (...) e quindi quando uno stesso soggetto compia un atto o manifesti una volontà rivestendo contemporaneamente due ruoli che potenzialmente potrebbero comportare scelte differenti, (...) nulla di tutto questo è ravvisabile nel rapporto tra creditori uti singuli e quali appartenenti alla massa nel momento in cui si esprimono nell'ambito dell'assemblea dei votanti, per l'assorbente ragione che il fallimento non è un soggetto giuridico autonomo di cui i creditori siano in qualche modo partecipi e il complesso dei creditori viene costituito in corpo deliberante in maniera del tutto casuale e involontaria, così che non è avvinco da nessun patto che comporti, in qualche occasione, la necessità di valutare un interesse comune trascendente quello dei singoli”*.¹¹²

¹¹¹ Cfr. capitolo III, §4.2.

¹¹² Cass. Civ. sent. 11 febbraio 2011, n. 3274. Esempio dell'insussistenza di un conflitto di interessi tra i creditori chiamati al voto sarebbe la circostanza per cui il proponente non è escluso dalla votazione sulla propria proposta, *“benché il suo interesse al minor impegno possibile sia confligga con quello degli altri creditori al maggior soddisfacimento possibile”*. Proprio in ragione della consapevolezza dell'inesistenza di un interesse comune tra i creditori, e quindi della legittimità della scelta egoistica di ciascuno in vista della miglior tutela del proprio interesse il legislatore avrebbe circoscritto le ipotesi di rilevanza del conflitto di interessi ai casi delle decisioni dei componenti del comitato dei creditori. Peraltro, si vedrà in seguito che non vi è unanimità di vedute in dottrina nemmeno su questo punto.

4. Il controllo sulla nullità dell'atto di autonomia.

A prescindere dagli ostacoli che, sul terreno applicativo, si frappongono all'individuazione del concreto meccanismo attraverso cui le precondizioni di validità del concordato sono assoggettate al vaglio del giudice, è evidente che, in questi casi, ci si muova su un piano che nemmeno lontanamente rasenta un controllo di merito della proposta, trattandosi qui di definire la conformità alla legge del modo di espressione del consenso. D'altronde, si vedrà subito appresso che di controllo di merito, come tale vietato, non può parlarsi nemmeno dove il giudice valuti la conformità alla legge del contenuto della proposta.

Non si vede come possa essere confutata l'affermazione per cui un concordato contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume non sia idonea a farsi regola di un rapporto nel nostro ordinamento giuridico. Ancora una volta, l'esaltazione dell'autonomia privata ha quale contraltare l'applicazione delle norme sugli atti di autonomia, che impongono ai privati di regolare i propri interessi entro limiti ben determinati.

Poiché il concordato si risolve in un atto negoziale, esso soggiace alle norme sulla validità del contratto, *in primis* a quelle che ne comminano la nullità.

Si tratta senz'altro di un controllo officioso, che altro non è se non la diretta e naturale conseguenza della natura dei vizi rilevabili. È noto infatti che i vizi che determinano la nullità del contratto sono rilevabili d'ufficio, e sarebbe assurdo che un controllo di tal guisa fosse precluso al giudice del concordato, *istituzionalmente* e *immancabilmente* chiamato ad accertare la conformità alla legge dell'accordo, così consentendo il prodursi degli effetti giuridici corrispondenti.

Va da sé che il perimetro d'intervento officioso del giudice è ritagliato su quello segnato dagli artt. 1418 e ss. del codice civile.¹¹³

¹¹³ Considerano sempre investito del potere-dovere di vagliare la legalità sostanziale della proposta di concordato, facendo leva sulla disciplina

Il suo sindacato si estende, quindi senz'altro: i) all'esistenza e alla liceità della causa;¹¹⁴ii) all'esistenza, alla liceità, alla possibilità e alla determinatezza dell'oggetto;¹¹⁵iii) alla non contrarietà a norme imperative (così, a esempio, spetta al giudice vagliare la conformità del concordato alle norme che impongono la giusta valorizzazione del patrimonio del fallito, che regolano il regime della garanzia del concordato e i margini della limitazione di responsabilità del proponente nei confronti dei creditori non insinuati);¹¹⁶iv) alla illiceità

generale in materia contrattuale BELLE, *Concordato fallimentare e controlli in sede di omologazione, Fallimento*, 2009, 7; ESPOSITO, *Omologazione del concordato fallimentare: verifica della regolarità, Fallimento*, 2009,7; MORICI, *Proposta concordataria di un terzo e tutela delle ragioni del fallito, Giur. Merito*, 2010, 3. 744.

¹¹⁴Così a ed. sarebbe privo di causa – ed è stato ritenuto, in giurisprudenza, nullo – il concordato fallimentare che prevedesse, a fronte della cessione dell'intero attivo fallimentare al proponente, la ripartizione dell'attivo fallimentare già liquidato e acquisito alla massa. Il concordato in questo caso sarebbe privo di giustificazione economico-sociale, dato che per una finalità di tal sorta già è prevista la liquidazione fallimentare e che, inoltre, le norme sul concordato richiedono l'assunzione di "impegni" da parte del proponente, con il che si vuole intendere l'apporto di un *quid pluris* rispetto a quanto avverrebbe se la procedura fallimentare continuasse il suo corso naturale.

¹¹⁵L'applicabilità dell'art. 1346 c.c. al concordato, comporta che al giudice sia dato di valutare la *possibilità* del concordato, nel duplice profilo della possibilità *giuridica* e della possibilità *materiale*. Ancora, così come l'oggetto di qualsiasi atto negoziale, anche quello del concordato deve essere realizzabile sia in termini assoluti che in termini relativi. È quindi dissipato ogni dubbio circa la possibilità per il giudice di valutare la fattibilità e la sostenibilità *in concreto* del piano concordatario, in relazione alle condizioni della persona del proponente e all'affidamento che è in grado di dare in merito alle sue capacità di realizzazione del piano (così ESPOSITO, *op. cit.* p. 868). In secondo luogo, nell'ambito del controllo di legalità demandato al giudice rientra il vaglio sulla *determinatezza* o *determinabilità* dell'oggetto. Così, il concordato sarebbe senz'altro nullo ove le prestazioni offerte dal proponente siano d'incerta determinazione, oppure ove la proposta abbia carattere sintetico e non indichi in maniera precisa gli obiettivi di soddisfazione (o i criteri in base ai quali determinarli) e le modalità di raggiungimento di tali obiettivi. Ulteriore elemento di determinatezza è, per alcuni Autori (ESPOSITO, *op. cit.* p. 869) anche la tempistica del piano, che deve "esprimere un termine finale ma anche *step* intermedi di verificabilità onde valutarne l'adempimento".

¹¹⁶ In questo senso, costituiscono principi generali dell'ordinamento, ricavabile da una serie di disposizioni normative (art. 108 L.F. art. 586 L.F.) quello per cui il patrimonio del debitore deve venire collocato in sede di esecuzione coattiva, secondo modalità che assicurino la valorizzazione dei relativi cespiti. Ancora, alcuni Autori hanno ritenuto che in ragione del carattere imperativo dell'art. 2740 c.c. perché il concordato sia valido è necessario che, nell'eventualità di trasferimento degli *assets* fallimentari

dei motivi, nei limiti in cui questi rilevano per l'ordinamento giuridico (art. 1345 c.c.).

Milita in questo senso anche una parte di giurisprudenza.

Esemplare la decisione della Corte d'Appello di Reggio Calabria, decr. 5 febbraio 2009 che, nel confermare la decisione del Tribunale di Locri di primo grado,¹¹⁷ne ha però censurato la motivazione.¹¹⁸Le questioni sull'equilibrio del sinallagma contrattuale attengono, almeno di regola, al merito della proposta, insindacabile dall'organo giurisdizionale. In capo tribunale peraltro, resta l'obbligo di valutare, anche in assenza di opposizioni, quelle questioni riguardanti la legittimità sostanziale del concordato, tra cui quelle inerenti alla sua validità con riferimento all'esistenza di una causa propria degli accordi concordatari.¹¹⁹ A questo proposito, infatti, la Corte chiarisce che *“quel controllo di legittimità, formale e sostanziale, permane in capo al giudice delegato in primis e al tribunale fallimentare anche a seguito della novella del 2006-2007 e può essere esercitato anche in assenza di opposizioni e in presenza di pareri favorevoli del curatore e del comitato dei creditori”*.

In questa pronuncia il Collegio ha espressamente dichiarato di condividere e richiamare quella consistente giurisprudenza che,

prima dell'adempimento dell'onere concordatario, la garanzia patrimoniale generica fornita dal proponente non sia peggiorativa per i creditori concorrenti. Così, cit. BELLÈ, *op. cit.* p. 848. Questi sono solo alcuni dei casi in cui vengono in gioco interessi superindividuali e indisponibili, che determinerebbero di conseguenza l'imperatività delle norme che li esprimono e tutelano. E, a ben vedere, è proprio con riferimento alla nullità per contrarietà a norme imperative che i confini del sindacato del giudice si fanno più sfumati. Su questo punto si veda *infra* in questo capitolo.

¹¹⁷ Il giudice di prime cure aveva affermato la possibilità per il giudice di spingere il proprio sindacato fino alla verifica l'esistenza di un equilibrio minimo del sinallagma contrattuale. Cfr. al proposito il par. 2 e ss. del capitolo primo

¹¹⁸ Il caso di cui si discorre concerneva una proposta di concordato formulata in modo da utilizzare, per la soddisfazione dei creditori, il solo attivo già realizzato e acquisito alla procedura. A fronte di ciò si poneva un attivo nel quale figuravano una serie di immobili non ancora venduti che sarebbero stati ceduti al proponente, il quale al contempo limitava la propria responsabilità ai soli creditori ammessi.

¹¹⁹ Dunque, l'omologa è negata in ragione di nullità invalidanti attinenti all'inesistenza di una causa meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

sebbene riconosca che il nuovo impianto della disciplina sul concordato s'incardini sull'autonoma e insindacabile composizione degli interessi da parte dei loro titolari, rifiuta un'interpretazione restrittiva dell'art. 129 e recupera al giudice un ruolo di controllo molto più incisivo, che contempla senz'altro il sindacato sulla sostanziale conformità dell'atto negoziale all'ordinamento, tanto in termini di corrispondenza alle norme che regolano specificamente il fallimento, come a quelle di diritto civile in materia di obbligazioni e, da ultimo, i principi generali dell'ordinamento giuridico.

Lungo questa direttrice non è mancato chi, enfatizzando le peculiarità del concordato rispetto all'atto negoziale, si è spinto a sostenere la possibilità di sindacare anche profili d'invalidità del concordato ulteriori rispetto a quelli comportanti la nullità¹²⁰, includendovi i fatti che potrebbero determinare l'annullamento del concordato ai sensi dell'art. 138 L.F. Al fine di superare il rilievo che così ragionando si finirebbe con l'ammettere un controllo d'ufficio che, secondo il diritto comune dei contratti, è affidato all'impulso della parte, si osserva anzitutto che per quanto se ne accentui la natura negoziale, il concordato non vive la condizione tipica dell'art.1372 c.c., vincolando anche quei creditori che all'assetto concordatario abbiano negato il proprio consenso.¹²¹ A questo s'aggiunge che l'intervento dell'Autorità giudiziaria, lungi dall'essere fatto del tutto eventuale, integra immancabilmente la volontà delle parti, nell'orizzonte di una fattispecie a formazione progressiva.¹²² Di qui la conclusione che, nell'ambito del sindacato del giudice rientri anche il controllo delle regole sull'annullamento del concordato (art. 138 L.F.). Ove il giudice s'avvedesse, già in questa sede, di fatti integranti una causa di

¹²⁰ESPOSITO, *op. cit.*

¹²¹ESPOSITO, *op. cit.* A quest'ultimo proposito ricordiamo come a nostro parere il concordato non realizzi una deroga al meccanismo di relatività degli effetti del concordato. V. *supra*

¹²²ESPOSITO, *op.cit.* l'accordo negoziale è sottoposto a una serie di interventi a opera di altri soggetti: il giudice delegato, il curatore, il comitato dei creditori, ed è in ultima analisi condizionato nei suoi effetti all'omologa da parte del tribunale, che opera come *condicio iuris*.

annullamento del concordato – la dolosa esagerazione del passivo, ovvero la “sottratta” o dissimulata parte rilevante dell’attivo – potrebbe e dovrebbe rifiutarsi di omologare il concordato.

A favore della necessità di riservare al Tribunale il controllo sulla legittimità della proposta, depone anche un argomento che si rifà al principio generale di economia processuale.¹²³ È essenziale, infatti, considerare che il concordato fallimentare è, se pure un atto a contenuto negoziale, allo stesso tempo inquadrato in una cornice processuale che prevede comunque un vaglio giudiziale, impegnando tempo e risorse della giustizia. Appare quindi condivisibile l’osservazione per cui sarebbe del tutto irrazionale consentire a un atto manifestamente privo di causa o con oggetto illecito¹²⁴, destinato geneticamente a restare privo di qualsiasi effetto giuridico, di rimanere in vita nonostante un vaglio del giudice preliminare sia previsto dalla legge.¹²⁵

¹²³ Considerazioni che valgono, *a fortiori*, ad ammettere che un sindacato di tal genere sia rimesso, ancor prima che al Tribunale in sede di omologazione, al giudice delegato in sede di vaglio preliminare della proposta. Sarebbe, infatti, del tutto illogico che il rilievo dell’eventuale illegittimità della proposta sia rimandato al successivo controllo del tribunale in sede di omologazione o, addirittura, (per coloro che aderiscono a una concezione notarile anche del ruolo del tribunale in sede di omologa) a un momento ancora posteriore, ove (e solo nella eventualità in cui) il decreto di omologazione sia impugnato con il reclamo VITIELLO, *op.cit.* Cfr. a questo proposito nt. 117

¹²⁴ O con oggetto impossibile. L’irrealizzabilità dell’oggetto, giuridica o materiale, prelude a un’inevitabile inadempimento del concordato, che darebbe quindi titolo alla risoluzione del concordato ex. art. 137. Riteniamo in questo senso di convenire con chi nota che “ non bisogna dimenticare che il sistema della legge fallimentare individua la celerità quale variabile di successo della procedura concorsuale. Sicché consentire – attraverso una omologazione “passiva” – l’omologazione di concordati nei quali è carente il requisito della fattibilità significherebbe anche tradire detto principio, visto che si avallerebbero concordati irrealizzabili destinati a ricondurre la vicenda in seno al fallimento a seguito della prevedibile risoluzione”

¹²⁵ Per analoghe ragioni, riteniamo che gli stessi poteri riconosciuti al Tribunale debbano essere attribuiti anche al giudice delegato, in sede di vaglio preliminare della proposta di concordato. Un controllo di questo genere, - ancor prima che legittimo, in virtù del potere a lui demandato dall’art. 125 – è dovuto in ragione dell’indubbio ruolo di garanzia attribuito al giudice dall’art. 25 L.F. A questa ricostruzione viene obiettato che, nel caso in cui la proposta abbia incontrato il parere favorevole del comitato dei creditori, il giudice delegato debba senz’altro trasmettere la proposta ai creditori, giacché non avrebbe più il potere di arrestare la procedura sulla

base di un vaglio che oltrepassi i confini della regolarità formale, della ritualità della proposta. Invero, ritenere che il giudice debba, anche avendo rilevato violazioni di legge, comunque procedere alla comunicazione della proposta ai creditori, sol perché il comitato dei creditori si è espresso favorevolmente, non può essere condivisa.

Anche ammettendo, infatti, che la legge abbia voluto riservare (in via esclusiva) al predetto organo il giudizio sulla convenienza del concordato, non potrebbe però neppure ipotizzarsi che essa abbia inteso affidare al comitato anche di un potere di controllo sulla legittimità della domanda: la legittimità, attenendo alla conformità dell'atto negoziale alla legge, non può che essere valutata dal giudice. Illuminante al proposito la decisione del Tribunale di Roma il quale, con decreto del 31 marzo 2010, in sede di reclamo avverso un provvedimento del G.D. che aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso di concordato fallimentare, ha avuto modo di definire con chiarezza la sua interpretazione dell' art. 125. Secondo il Collegio *"il giudice delegato è tenuto a compiere una verifica preventiva della proposta concordataria, tale che la stessa sia inquadrabile in una necessaria cornice di legittimità – oltre che formale – anche sostanziale. Siffatta interpretazione, costituzionalmente orientata, è atta a garantire un iter concordatario legittimamente avviato, idoneo a vincolare, in conformità delle norme di legge, anche quei soggetti che abbiano dalla stessa dissentito (...) nonché il fallito che in qualche modo possa risultarne gravemente pregiudicato"*. Il Tribunale sembra aver qui ritenuto che affinché il concordato sia idoneo a vincolare non solo coloro che vi hanno aderito, e hanno quindi assentito ad assumere i diritti e gli obblighi che da questo scaturiscono, ma anche coloro che tale assetto d'interessi hanno respinto, sia necessario che il giudice possa controllare non solo che il procedimento seguito sia corretto e rituale, ma anche che l'atto cui si chiede di dare un'efficacia così dirompente, sia *nella sostanza* legittimo. Così, anche sottintendendo ragioni di economia del giudizio, il Tribunale nota come sia *"del tutto logico (...) consentire al giudice delegato le doverose verifiche di legittimità anche sostanziale, specie nei casi di proposte contenenti profili di nullità assoluta per evidente contrarietà a norme imperative"*. Negare al giudice un tale controllo significherebbe consentire la generazione di accordi viziati da nullità assoluta della causa. Ancora, il Collegio nota che *"l'abuso dello strumento concordatario, rilevabile concretamente e immediatamente da proposte del tutto prive di giustificazione causale o con giustificazione causale contraria a norme imperative, deve formare oggetto di controllo preventivo da parte del giudice, considerata la palese illogicità e illegittimità di proposte affette da ragioni di nullità insanabile, portate avanti al solo fine di ridurre l'iniziale controllo di ritualità a una incomprensibile valutazione formale, del tutto avulsa dal profilo sostanziale sottostante"*. La Corte è molto chiara nello stabilire che *"la proposta priva di giustificazione causale, o con giustificazione causale contraria a norme imperative, certamente non sembra rientrare nei canoni della ritualità poiché viola le condizioni di legittimità stabilite dal legislatore in materia contrattuale"*. Da queste considerazioni sembra lecito avanzare l'ipotesi di poter ricomprendere nel controllo del giudice delegato tutti quegli elementi che rilevano ai fini della eventuale nullità del contratto. Il ragionamento del Tribunale risulta invero difficilmente contestabile, chiudendosi con la riflessione per cui *"l'istituto riformato, seppure dotato di maggiore rilevanza contrattuale-privatistica, non abilita certo i soggetti proponenti alla deroga delle norme imperative del diritto civile, né tanto meno abilita il giudice a indugiare sulla rilevanza di tali aspetti che, per legge,*

La dottrina prevalente continua a rifiutare l'ammissibilità di un'indagine officiosa sul merito del concordato in termini di "equilibrio contrattuale". A tale proposito vengono avanzate perplessità circa il potere del giudice di sovrapporsi alla volontà negoziale, non quando si discuta del modo in cui si è formato l'accordo, bensì del modo in cui si è formato il contenuto dell'accordo.¹²⁶

È innegabile, tuttavia, che la possibilità di un controllo di legittimità sostanziale dell'atto negoziale assume, nei fatti, le sembianze di una massa informe, malleabile e colmabile dei più vari contenuti, dai confini così sfumati da lambire profili di merito, fino al limite di sovrapporvisi.

Sia sufficiente un esempio: tra le norme imperative che disciplinano il concordato e dalla cui violazione si fa discendere la nullità della proposta, v'è quella che impone la necessaria giusta valorizzazione del patrimonio del fallito.¹²⁷ Un'offerta di concordato

formano oggetto di rilevazioni d'ufficio sulla base del controllo di ritualità appositamente demandatogli dal legislatore".

¹²⁶ FABIANI, *op. cit.*, cit. p.194. L'A. svolge queste riflessioni avendo a riguardo la decisione del Tribunale di Locri, 2.10.2008, dove era stata ritenuto plausibile e anzi doverosa una sovrapposizione della valutazione del tribunale a quella effettuata dalle parti in esecuzione di un controllo sull'equilibrio minimo del sinallagma contrattuale. Controllo che il giudice dovrebbe svolgere alla luce dei principi generali dell'ordinamento. L'A. prosegue sostenendo come, "se è ben vero che autonomia negoziale non può essere un equipollente di anarchia negoziale, ciò nondimeno a me pare che l'invocazione delle disposizioni poste a presidio del contraente debole sia legittimo sol quando la violazione di siffatte regole porti alla nullità del contratto (...) La convenienza è stata affidata ai creditori e il giudice non deve riappropriarsi di questo controllo, perché il sinallagma è inficiato solamente se si dimostra che le parti non hanno perseguito un interesse meritevole di tutela."

¹²⁷ BELLÈ, *op. cit.* tale norma sarebbe attuazione della regola che consente l'espropriazione del patrimonio del fallito nella misura in cui sia necessario per onorare i suoi debiti, rinvenibile in via interpretativa dall'art. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, dai principi costituzionali in materia di giusto processo (art. 111 Cost.), nonché dall'art.2740 c.c., che impone di non disperdere la garanzia patrimoniale fornita dal patrimonio del debitore. L'interesse tutelato non è qui solo quello del fallito, ma anche quello degli altri creditori non intervenuti nel concorso fallimentare che vedrebbero sottrarre al debitore (il cui patrimonio costituisce anche la *loro* garanzia patrimoniale) più di quanto necessario per pagare i creditori intervenuti.

manifestamente irragionevole travalicherebbe quel limite ultimo oltre il quale la convenienza trasborda in illegittimità per violazione della norma imperativa che vieta una svalutazione dell'attivo non ragionevole.

Così sarebbe un giudizio di legittimità, permesso e dovuto anche d'ufficio quello che “disconosca validità alla proposta che, a fronte di un attivo costituito da un solo cespite immobiliare, ne proponga l'attribuzione a un prezzo di circa un terzo del valore di stima, sulla base di non chiarite ragioni di difficoltà nella collocazione del bene sul mercato”.

Sarebbe invece un giudizio di convenienza, come tale precluso (se non nel caso del *cram down*), quello che valutasse invalida la proposta che contemplasse “più limitati abbattimenti di tale prezzo, sulla base del rischio di ribassi notoriamente connesso alla vendita coattiva e in forza dell'immediatezza della soddisfazione per la via concordataria”. “L'apprezzamento della effettiva convenienza quantitativa della proposta è invece giudizio di merito da rimettere ai creditori”.

Ci si limita qui a notare la difficoltà di tracciare sicuro confine tra intervento dovuto e intervento vietato, per l'inafferrabilità di un criterio di valutazione in cui è arduo scorgere il discrimine tra valutazioni *quantitative*, attinenti alla convenienza, e *qualitative* attinenti alla legittimità della proposta.

E, tuttavia, non può mancarsi di condividere l'istanza di fondo che muove queste elaborazioni: non si può consentire a una proposta di concordato palesemente irragionevole di avere ingresso nell'ordinamento.¹²⁸

¹²⁸ Quest'esempio, a nostro parere, lascia la sensazione, autorevolmente descritta, che nell'attuale prassi giurisprudenziale vi sia la reazione dell'interprete a scelte legislative non condivise, perché considerate lesive d'interessi meritevoli di protezione giuridica. All'intervento del legislatore, che lascia scoperti dalla tutela dell'ordinamento una serie di interessi ritenuti meritevoli di protezione, i giudici tendono a dilatare i confini del loro sindacato, alla stregua di quanto avvenuto in tema di annullabilità delle deliberazioni assembleari prima della riforma. Lo statuto normativo dell'invalidità delle dichiarazioni determinava dei vuoti di tutela intollerabili

La questione si complica ulteriormente ove si consideri che risultati di questo tipo possono realizzarsi (ed è qui che s'annida l'abuso) in una cornice di apparente legalità. Attraverso condotte cioè, che anche ove si volesse accogliere un'interpretazione delle norme sul potere del giudice più estensiva di quella che gli impone, tranne casi limitati, di verificare la regolarità formale del procedimento, resterebbero ciò nondimeno incensurabili.

5. L'autonomia privata come situazione di potere. Il controllo giudiziale sull'esercizio del potere.

Il giudizio di omologazione è il luogo in cui, per legge, l'atto di autonomia privata – conclusosi non già nella tradizionale forma dello scambio di dichiarazioni di volontà, bensì con il peculiare meccanismo di adesione della maggioranza alla proposta – è assoggettato al vaglio che (se positivo) comporta l'ingresso dell'atto nell'ordinamento giuridico.

Ebbene, alla stregua di quanto avviene per qualsiasi atto di autonomia, il giudice ha il compito indeclinabile di verificare che il potere dei privati di decidere da sé la regola dei rapporti che li riguardano sia stato esercitato entro i limiti previsti dalla legge, oltrepassati i quali, il potere è illegittimamente esercitato, di modo che l'atto non riceve il crisma della giuridicità.

In altre parole, l'omologazione certifica che l'atto stipulato tra i privati merita di essere trasformato in disciplina di un rapporto perché conforme alla legge, e la conformità alla legge va valutata con riferimento agli interessi che ruotano intorno a tale determinazione negoziale.¹²⁹

che portarono la giurisprudenza a elaborare l'atipica figura dell'inesistenza della deliberazione.

¹²⁹ Si ripete, che ciò che distingue il concordato dagli altri atti di autonomia privata è la sua attitudine a dispiegare effetti nei confronti di soggetti che non vi abbiano consentito. È questo fatto a giustificare il controllo del giudice, il quale anziché essere eventuale e successivo al compimento dell'atto (come accade per la generalità degli atti di autonomia privata) è

Sotto questo profilo, il dibattito sulla natura e sui limiti del potere di sindacato dell'autorità giudiziaria scolora, giacché i termini della questione non si muovono più sul crinale incerto del confine tra legittimità e merito, ma concernono il controllo di un momento logicamente e cronologicamente anteriore: quello dell'esercizio del potere di autonomia da parte dei privati.

Di fatto, aver qualificato il concordato come atto di autonomia importa, oltre all'applicazione delle norme che regolano la validità dell'atto, l'imperio di quelle che presiedono al modo in cui il *potere* di autonomia viene in concreto esercitato.

La volontà dei privati, insegna un'autorevole dottrina, "non è una volontà sovrana, indipendente: essa è idonea a produrre effetti perché un'altra volontà, quella sì sovrana, che si esprime nell'ordinamento giuridico, a ciò la autorizza (Art.1322, comma secondo)".¹³⁰

L'art.1322 c.c. funge, cioè, da porta d'ingresso nell'ordinamento giuridico: questo, preso atto dell'esistenza, prima e fuori dal diritto, della naturale tendenza degli individui a regolare i propri rapporti reciproci con l'assunzione e l'osservanza d'impegni,¹³¹ concede loro di autoregolamentare le relazioni con gli altri consociati, di *porsi da sé* le norme cui informare le reciproche condotte. Il che significa che

preventivo e immancabile. Peraltro, il contenuto del controllo è il medesimo di quello svolto rispetto a qualsiasi altro atto di autonomia.

¹³⁰ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957.

¹³¹ Nota a questo proposito BETTI, *op. cit.* p.40 "gli interessi che il diritto privato disciplina esistono nella vita sociale (...) ovunque sia riconosciuta ai singoli una cerchia di beni di loro spettanza, sotto l'impulso della iniziativa individuale. (...) l'iniziativa privata è il congegno motore di ogni consapevole regolamento reciproco di interessi privati". Ancora, osserva come "già nella vita sociale, prima ancora di qualsiasi intervento dell'ordine giuridico, i privati provvedono da sé a foggarsi i mezzi adatti. (...) si pensi, anzitutto al contratto che adempie nella forma più rudimentale la funzione dello scambio delle merci: la permuta. Ebbene, noi la vediamo praticata anche da tribù selvagge presso le quali non v'è traccia di uno Stato, sia nelle relazioni tra loro, sia nei rapporti coi popoli civili. Vediamo come, nonostante la mancanza di un ordinamento superiore, le trattative antecedenti alla conclusione del contratto vengono condotte con scrupolosa correttezza e come, raggiunto l'accordo, entrambe le parti mostrino, nel concludere il contratto, piena consapevolezza del suo valore impegnativo".

l'impegno assunto l'uno verso l'altro avrà la forza di una legge, e ove sia violato, il privato potrà richiedere l'intervento dello Stato per vedere tutelate le proprie ragioni.¹³²

Tuttavia, nel momento stesso in cui questo potere d'autodeterminazione è concesso, la legge lo costringe all'osservanza di precisi limiti, primi tra tutti quelli imposti dalle norme costituzionali, nonché quelli tracciati dai principi generali dell'ordinamento.¹³³

Più precisamente, il potere di autonomia dei privati – che è concettualmente distinto dall'atto di autonomia nel quale trova espressione – esiste *nei termini e nei limiti* in cui venga concesso dal legislatore, al di fuori dei quali semplicemente *non è*.¹³⁴

6. L'abuso del potere di autonomia.

La situazione giuridica soggettiva del potere di autonomia – come si è accennato – deve essere tenuta concettualmente distinta dall'atto nel quale il potere si fa esteriore e trova concreta realizzazione. La distinzione è essenziale, giacché permette di cogliere come esistano limiti che insistono sul *potere* di autonomia, i quali riposano su un piano diverso dai vincoli e dalle regole che attengono

¹³² Con questo non si vuole qui sostenere che l'autonomia privata esista quale entità metagiuridica, quale “diritto naturale” che riposa al di fuori delle norme che la prevedono, e rispetto alla quale il legislatore intervenga esclusivamente al fine di conferirgli formale riconoscimento. Si vuole però sottolineare come l'attitudine dei privati a porsi delle regole, ad autoregolarsi, sia a fondamento del brocardo “*ubi societas, ibi ius*”.

¹³³ Così ESPOSITO, *op. cit.* p. 865 il quale sottolinea come “il termine *autonomia*, contiene in sé quello di limite quale linfa vitale della stessa autonomia, che altrimenti perderebbe il suo connotato fisiologico per straripare nell' “*anarchia*” e nell' “*abuso*” (...) così, nel momento stesso in cui il legislatore concede autonomia a un soggetto, ne contiene immediatamente le prerogative”. Per le ragioni politiche legate alle restrizioni della libertà contrattuale cfr. ROPPO, *Diritto privato*, Torino, 2010, p.437.

¹³⁴ Il concetto di autonomia privata non è, in effetti, da assumere come assioma, ma è un'espressione sintetica con cui si indica l'attribuzione di una serie di poteri da ricostruire muovendo dalla lettura del dato positivo. NUZZO, *op.cit.* p.17.

agli *atti* di autonomia (mi riferisco, in questo senso, alle regole sulla validità degli atti negoziali). Si apre così l'adito alla rilevanza di fatti che ineriscono al modo di esercizio del potere, e che prescindono dal risultato che l'esercizio del potere ha reso concreto nel contenuto dell'atto.

Il contenuto del potere di autonomia è, in primo luogo, definito dalle norme costituzionali. In particolare, dal principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Costituzione,¹³⁵ nonché da quei valori che, affermati dall'insieme delle norme costituzionali, sono riassunti nella formula della utilità sociale, parametro alla luce del quale valutare la legittimità dell'iniziativa economica privata, come disciplinata dall'art. 41 della Carta Costituzionale.

È quindi chiaro come "il sistema vigente sia caratterizzato dal rapporto costante fra la situazione di vantaggio riconosciuta al titolare del diritto e una corrispondente situazione di dovere. Si realizza cioè, nella struttura del diritto, una combinazione fra interessi di diverso grado dal cui reciproco atteggiarsi risulta definito il contenuto del relativo potere".¹³⁶ In altre parole: il potere di autonomia riconosciuto ai privati è accompagnato dal dovere di esercitarlo in ossequio a quei

¹³⁵ A questo proposito, a coloro che, in nome della certezza del diritto hanno rifiutato la possibilità di subordinare l'esercizio dei diritti soggettivi a un controllo che ne sanziona modalità di esercizio egoistiche, che non tengono conto del sacrificio imposto ad altri, si replica che in un sistema che impone la solidarietà nei rapporti reciproci tra consociati, è superata l'etica liberale dello Stato borghese e a questo se ne è sostituita una d'ispirazione socialista, che rifiuta la concezione dei diritti soggettivi alla stregua di intangibili sfere d'azione, in cui la libertà è intesa nel senso di libertà dallo Stato, e che limita, all'opposto, l'uso egoistico delle prerogative attribuite al privato. È innegabile che la speculazione dogmatica sull'abuso del diritto e, più in generale, sui controlli concernenti l'esercizio del potere di autonomia, richiama una scelta politico-filosofica sul modo di concepire il fondamento dell'organizzazione giuridica. Su questo punto cfr. nota 149

Il principio di solidarietà, come si avrà modo di vedere più avanti, si declina anzitutto nell'obbligo di buona fede e correttezza, tanto sul piano dei comportamenti del creditore e del debitore nella fase della conclusione del contratto quanto, secondo una certa giurisprudenza, sul piano del complessivo assetto d'interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (così si legge nella sent. Cassazione Civile 18 settembre 2009 n. 20106) Vale, inoltre, a costituire una delle norme dalle quali è possibile, in via d'induzione, ricavare il principio generale del divieto di abuso del diritto.

¹³⁶ NUZZO, *Autonomia privata e utilità sociale*, Milano, 1975 cit. p.82.

principi fondanti l'ordinamento giuridico, sinteticamente riassunti nella formula di utilità sociale.¹³⁷

Inoltre, la legge riconosce ai privati il potere di comporre i propri interessi secondo combinazioni *altre* rispetto ai tipi negoziali esistenti, sempre che, ancora una volta, gli interessi in concreto perseguiti dai contraenti risultino meritevoli di protezione. In altre parole, le parti, pur potendo concludere contratti innominati, non sono libere di perseguire qualsivoglia assetto di interessi, perché l'ordinamento si cura di tutelare i negozi che siano "diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico," e non il mero capriccio e arbitrio del singolo.

Ecco che l'atto compiuto oltre i limiti entro i quali può svolgersi il potere di autonomia è rifiutato dall'ordinamento, che lo respinge negandogli la sanzione della giuridicità: l'atto è privo di effetti, è inidoneo a produrne alcuno, per l'ordinamento è un *non-atto*.

Tra i limiti entro i quali la legge costringe il potere di autonomia figurano, a nostro parere, anche i principi generali dell'ordinamento. Ricavabili, in via d'induzione, dall'insieme delle disposizioni normative, i principi generali permeano di sé tutto il sistema e

¹³⁷ A questo proposito NUZZO, *op. cit.* p.81, avverte come la formula in questione, lungi dal costituire un valore unitario, diverso e altro rispetto a quelli posti dall'ordinamento, sia, all'opposto, una "formula riassuntiva di una serie d'interessi a rilievo sociale, assunti come propri dal legislatore". Una convenzione linguistica, dunque, per indicare in maniera sintetica una serie d'interessi che trovano formale riconoscimento nelle norme, costituzionali e di rango ordinario, in materia di rapporti economici. Il criterio da assumere al fine di valutare se un atto di autonomia sia conforme all'utilità sociale è una valutazione che deve essere svolta caso per caso dal giudice in ragione della considerazione degli interessi in gioco. In altre parole "il processo di concretizzazione del concetto viene operato non in astratto, ma con riferimento alla funzione specificatrice svolta dalla realtà storico-sociale in cui la formula generica si inserisce". Questo, si badi, non significa che ciò che sia socialmente utile sia lasciato alla valutazione soggettiva e immancabilmente relativa di quale sia, per l'interprete secondo la sua coscienza e sensibilità, l'interesse prevalente, ma anzi impone in capo all'interprete il compito di individuare ciò che risulta dall'obiettiva valutazione degli interessi ponderati dal legislatore *nel dato normativo*, costituzionale e non.

costituiscono, al pari delle norme positive, fonti del diritto.¹³⁸ Tra questi, a nostro modo di vedere, c'è il divieto di abuso del diritto.¹³⁹

In effetti, da molte norme positive, così di rango costituzionale come di rango ordinario e sovranazionale, può ricavarsi la riprovazione del legislatore nei confronti di usi deviati di prerogative attribuite ai privati. Per un verso, il principio si evince dalle norme costituzionali, laddove impongono il dovere di solidarietà e collaborazione nei rapporti economici (art.2 Cost.); per altro, si coglie

¹³⁸Il fatto che l'art.1 del codice civile, enucleando le fonti del diritto, non faccia cenno ai principi generali, non vale a escluderli dal novero di queste. In questo senso si legge in ALPA, voce *Principi generali*, che "se si accede alla concezione normativistica, e si assegna ai principi il valore e la funzione di norma, i principi, al pari di tutte le altre categorie di norme, non possono che essere considerati fonti del diritto. Essi sono norme di secondo grado, perché derivano (o fondano) altre norme". Aderendo a una ricostruzione di tal genere, che ripudia la concezione giusnaturalista dei principi alla stregua di valori fondamentali che esistono *fuori e prima* del diritto, essi sono ricostruiti *dalle* norme positive, tramite un ragionamento di progressiva e generalizzata astrazione. Il principio, cioè, va desunto da successive sussunzioni di regole specifiche e particolari a contenuto più ampio, riconducibili tutte a un unico vertice, *alias* il principio. Ne consegue, per un verso, che l'affermazione dell'esistenza di un principio generale dell'ordinamento non può prescindere dall'analisi delle norme positive; per altro verso, che poiché esso si fonda sul procedimento intellettuale dell'induzione e non su quello scientifico-matematico della deduzione, è destinato, inesorabilmente, a subire l'influenza delle concezioni politico-filosofiche dell'interprete. Al proposito è stato notato come "il procedimento intellettuale che va sotto il nome di induzione mette capo a risultati fatalmente discutibili: da una norma che vieta il maltrattamento dei polli si può risalire indifferentemente all'uno o all'altro di questi principi: è vietato maltrattare gli animali da cortile; è vietato maltrattare i pennuti; è vietato maltrattare gli animali in genere; è vietato maltrattare gli esseri viventi". Così GUASTINI, voce *Principi di diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, XIV, Torino, (ristampa) 2009, p.349. Non è possibile, in questa sede, il doveroso approfondimento del discorso sui principi generali, che costituiscono un tema di speculazione estremamente complesso. Si rimanda, per una rassegna delle diverse ricostruzioni teoriche, anche sotto un profilo storico e comparatistico, e per i riferimenti bibliografici ad ALPA, *op. cit.* Nello stesso volume, cfr. anche GUASTINI, p.341 e ss.

¹³⁹ In questo senso, affermava NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, Riv. Trim. Proc. Civ. 1958 che "non ostante la soppressione della norma generale prevista dai ricordati progetti, il principio (...) è vivo e pienamente operante nel nostro attuale ordinamento." E soggiungeva che "anche nel nostro ordinamento positivo, non ostante la mancanza di disposizioni generali che esplicitamente si riferiscano al fenomeno stesso, hanno, però valore quei medesimi principi fondamentali ai quali è tradizionalmente legata la costruzione della relativa teoria."

nel codice civile, dalle norme sull'abuso della potestà genitoriale (art. 330 c.c.), sugli atti emulativi (art. 833 c.c.), sull'abuso del diritto di usufrutto (art.1015 c.c.), sui doveri di correttezza e lealtà cui sono tenuti il debitore e il creditore in ogni fase del rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.; art. 1345 c.c.), sulla minaccia di far valere un diritto (art. 1438 c.c.). È in particolare quest'ultima disposizione che sembra lasciar trasparire la volontà del legislatore di reprimere le condotte volte a ottenere, attraverso l'esercizio di una prerogativa riconosciuta dall'ordinamento, fini ulteriori e diversi rispetto a quelli oggettivamente assegnati a quei diritti. Nonostante sia tesa a disciplinare la specifica ipotesi della minaccia di far valere un diritto – che dall'abuso in senso proprio si distingue per il mancato esercizio, in concreto, della prerogativa – tuttavia “con ciò prospetta la più generale possibilità che il soggetto si valga dei diritti, che l'ordinamento gli riconosce, per fini ulteriori, cioè diversi da quelli oggettivamente assegnati a quei diritti”.¹⁴⁰ Non sembra irrazionale, quindi, affermare che queste disposizioni lascino inferire che il diritto soggettivo non è concesso per perseguire qualsiasi interesse, ma l'interesse che il legislatore ha ritenuto di dover selezionare tra gli altri, ed elevare a ricevere protezione giuridica.¹⁴¹

¹⁴⁰ Così NATOLI, *op. cit.*, p.35.

¹⁴¹ Non può tacersi che questa ricostruzione è aspramente dibattuta in dottrina, giacché molti affermano che l'insieme di queste disposizioni, lungi dal permettere di affermare l'esistenza di un principio generale immanente all'ordinamento, costituisce piuttosto una congerie di norme destinate a disciplinare casi specifici e non accomunate necessariamente da una identica *ratio*, valendo proprio a escludere l'esistenza di un divieto generale di abuso del diritto e anzi, a costituire eccezioni alla regola generale per la quale l'esercizio del diritto è sempre legittimo, in ossequio al brocardo “*qui iure suo utitur neminem laedit*”. Ancora una volta, il fatto che l'analisi del medesimo dato normativo conduca a conclusioni diametralmente opposte, dipende dalla scelta di fondo sui valori fondanti l'ordinamento giuridico e sulla funzione stessa dell'ordinamento: che sia la certezza del diritto, portato storico dell'etica borghese-liberale impostasi dopo la Rivoluzione francese, oppure l'esigenza di adeguare il dato normativo ai nuovi valori emergenti nella coscienza collettiva, nel quadro di uno Stato sociale che vede i diritti di libertà non più come libertà *dallo* Stato, ma come libertà *nello* Stato.

Il controllo sul corretto esercizio del potere si declina, quindi, nella verifica che esso sia stato, in concreto, esercitato per conseguire lo scopo per il quale è stato concesso al privato, e non quale strumento per ottenere un ingiusto vantaggio.¹⁴² In altre parole, l'abuso del potere di autonomia consiste in un suo impiego deviato: invece di essere esercitato per realizzare quegli interessi che l'ordinamento ha considerato rilevanti al momento della sua attribuzione, viene impiegato per conseguire altri interessi, che l'ordinamento non ritiene meritevoli di protezione.¹⁴³

¹⁴² È essenziale considerare che l'abuso presuppone il binomio titolarità-esercizio del potere. Al proposito nota PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, (diretto da) G. Tabet, F. Tesauro, Torino 2011, "L'abuso come patologia non si realizza, quindi, a livello statico (previsione e attribuzione di un diritto): non c'è contraddizione interna alla norma, ma contrasto esterno fra ciò che la norma attribuisce e l'esercizio da parte del soggetto. Poiché l'abuso segna lo scarto fra l'attribuzione del diritto e il momento di esercizio, per valutare la bontà dell'esercizio del diritto non basta confrontarlo con la fattispecie astratta (verifica circa la rispondenza alla previsione normativa e/o giurisprudenziale), ma va considerato nel momento dinamico dell'esercizio del diritto, ovvero la dimensione attuativa della norma (*law in action*). (...) il diritto di esercizio è strutturalmente differenziato, anche se funzionalmente collegato, al diritto *tout court*".

¹⁴³ È indubbio che una ricostruzione di tal sorta risente delle suggestioni esercitate dalla c.d. teoria dell'interesse. Essa si contende, in contrapposizione con la c.d. teoria della volontà, il terreno della teoria del diritto soggettivo, configurandolo alla stregua di un interesse giuridicamente protetto. La comunità politica di riferimento seleziona gli interessi, i "beni della vita" che ritiene meritevoli di tutela. Sicchè, il diritto soggettivo individua un interesse astratto e "oggettivizzato", e non uno strumento tramite il quale perseguire qualsivoglia risultato. Definire il diritto soggettivo come interesse oggettivamente tutelato, permette di predicare, rispetto all'esercizio del potere, la conformità o il contrasto con l'interesse che il legislatore ha individuato e protetto come socialmente prevalente. In altre parole, permette di concepire uno scarto tra interesse "individuale e concreto" perseguito dal titolare e interesse "oggettivo e astratto" per il cui perseguimento il diritto è concesso. Le diverse teorie sul diritto soggettivo e i risvolti sotto il profilo degli spazi lasciati all'abuso del diritto sono passati in rassegna da PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, *Rivista critica di diritto privato*, 2004, 1. L'A. nota come la teoria degli interessi sia il necessario substrato culturale perché possa effettivamente operare la figura dell'abuso. Afferma al proposito che "la traduzione dell'interesse in termini oggettivi e astratti ha l'effetto di aprire la strada alla possibilità di controlli e limiti (non solo da parte del legislatore ma anche in sede interpretativa) sulle modalità di esercizio dei diritti da parte dei privati, in vista appunto della conformità di tali atti concreti all'interesse astratto sotteso al diritto. Il diritto soggettivo viene così

L'impiego abusivo del potere, in quanto esercitato in contrasto con i principi fondanti l'ordinamento, si traduce nel superamento dei limiti entro i quali esso è idoneo a produrre effetti giuridici, sì che la tutela è negata, e l'atto è inefficace.

Il giudice, nel valutare dell'idoneità del concordato a farsi regola del rapporto tra la massa dei creditori e il debitore, deve, dunque, valutare immancabilmente che la concreta funzione di *quel* concordato non sia in contrasto con lo scopo per il quale lo strumento concordatario è stato attribuito ai privati, e quindi non sia in contrasto con l'interesse sociale prevalente; che possa, in ultima analisi, considerarsi compreso nel potere di autonomia.

Ben inteso, questo non significa che sia il giudice a sostituirsi al legislatore nel ponderare gli interessi e decidere quale sia prevalente. L'interprete è, piuttosto, investito del delicato compito di rintracciare nel sistema normativo la regola di composizione degli interessi *per quel caso concreto*, sì che possa individuarsi l'interesse che il legislatore ha ritenuto di dover tutelare nel momento in cui ha apprestato lo strumento di autonomia, il cui perseguimento costituisce lo *scopo* per il quale il potere è stato attribuito e per il perseguimento del quale (solo) può essere esercitato.

La categoria dell'abuso del diritto è oggi penetrata nel tessuto normativo del nostro ordinamento per il tramite delle decisioni delle Corti, così di merito come di legittimità, che ne hanno fatto uso nelle materie più disparate al fine di reprimere l'uso di quegli strumenti negoziali che, seppure formalmente, e quindi *in astratto* leciti, erano *in concreto* impiegati in contrasto con le finalità per le quali erano stati pensati e attribuiti dal legislatore.¹⁴⁴

inquadrato in un'ottica di tipo teleologico, che trascende l'utilità individuale del singolo titolare e lo riporta invece a una funzione sociale”.

¹⁴⁴ La giurisprudenza ha fatto applicazione della figura dell'abuso nelle materie più disparate, che spaziano dalla materia squisitamente civilistica dei contratti (Cfr. in tema di recesso *ad nutum*, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106; per il recesso dal contratto di apertura di credito, Cass. 11 maggio 2007, n. 10838; per il contratto di mediazione, Cass. 5 marzo 2009, n. 5348; per il contratto di *sale and lease back* connesso al divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c. Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, Cass. 8

CAPITOLO TERZO

PROFILI APPLICATIVI

1. L'abuso del concordato fallimentare. L'esperienza delle Corti.

La giurisprudenza, al fine di reprimere condotte manifestamente intollerabili, eppure apparentemente protette da un simulacro di formale legittimità, si mostra particolarmente incline a fare applicazione del principio dell'abuso del diritto: strumento dotato di quella duttilità, che lo rende efficace correttivo *extra ordinem* nel tessuto dell'ordinamento puramente legale.¹⁴⁵

aprile 2009, n. 8481) a quella tributaria (Cfr. Cass. sez. trib. 21 ottobre 2005, n. 20398, sul tema del c.d. "*dividend washing*"; Cass. sez. trib. 5 maggio 2006, n. 10353;) alla materia societaria (Cfr. in tema di abuso di maggioranza nelle assemblee di s.p.a, Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387; per l'abuso del diritto di voto, esercitato allo scopo di ledere gli interessi degli altri soci, o preordinato ad avvantaggiare i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, Cass. 11 giugno 2003, n. 9553; per il fenomeno dell'abuso della personalità giuridica quando essa costituisca lo schermo formale per eludere la più rigida disciplina della legge, Cass. 19 dicembre 2008, n. 29776.), a quella processuale (Cass. SS.UU. 15 novembre 2007, n. 23726, in tema di frazionamento del credito) e, infine, alla materia fallimentare (Cass. 12 febbraio 2010, n. 3327; Cass. n. 6904 del 2010) Vale la pena di notare come la figura dell'abuso abbia trovato cittadinanza nelle più svariate forme in materie tra loro molto diverse, e viene qui in mente il ritratto che di tale figura fa GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2009, fasc. 4-6 il quale lo considera "più che un concetto un argomento cui ricorre l'interprete (...) per correggere una teoria, un principio, una norma, un diritto, e ottenere una soluzione diversa da quella che imporrebbe lo "*strictum jus*".

¹⁴⁵ Così, pressoché testualmente, PINO, *Il diritto e il suo rovescio*. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto, *Rivista critica di diritto privato*, 2004, 1; PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, I, Torino, 1987. Peraltro, si tratta di una figura che, si legge in RESCIGNO, *L'Abuso del diritto*, *Rivista di Diritto Civile*, 1965, I, 205, "ha ricevuto le reazioni più disparate" ed è parsa "talvolta, il mezzo sicuro e originale per ottenere un criterio di giudizio più appagante, per la nostra coscienza, di quanto non sia quello della legittimità formale degli atti umani; altra volta è apparsa come la minaccia più insidiosa al bene della certezza del diritto". L'A. si misura con il tema in più di un'occasione e, a distanza di

Non ignoto ai giureconsulti romani,¹⁴⁶ il concetto di abuso del diritto, nell'accezione di cui ora si discorre, è il frutto della elaborazione giurisprudenziale francese di metà Ottocento, che accompagna la crisi dell'ideologia liberale – legata alla esaltazione del diritto soggettivo come sfera intangibile di libertà dallo Stato – impostasi con la Rivoluzione francese.¹⁴⁷ L'idea che lo Stato non possa

quasi un cinquantennio, avverte della vividezza del dibattito su un tema che “continua a suscitare in larga misura perplessità e dubbi, e timori che talora diventano un incubo”. “Forme” singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault) in *Contr. e impr.* 2011,3,

¹⁴⁶ Nella tradizione romanistica, in realtà, era inconcepibile che potesse considerarsi *contra legem* un atto che era in facoltà del soggetto compiere. Così, la costruzione dell'abuso nel diritto romano si incentra sulle *maximae* “*Qui iure suo utitur neminem laedit*”, GAIO, D. 50, 17, 55; “*nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*”, PAOLO, D. 50, 17, 151 e 155, “*is qui publico utitur non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere: iuris enim executio non habet iniuriam*”, ULPIANO, D. 47.10.13.1. L'abuso, quindi non ha spazio in un ordinamento che declina le condizioni di godimento dei beni in termini di illimitatezza e assolutezza. Per una rassegna delle *maximae* sull'abuso v. DI MARZIO, *Le basi romanistiche del Codice Civile*, Torino, 1950. Cfr. anche NEGRI, *Appunti per uno studio sull'abuso del diritto*, *Jus*, 2009. L'A. non manca di ricordare come all'età classica vada riferito l'istituto dell'*exceptio doli generalis*, rivolta a combattere gli atti dolosi che pur prendano pretesto dalla legittimità formale del comportamento secondo lo *ius civile*. L'istituto testimonia del cruciale ruolo del diritto pretorio a porre rimedio, tramite l'*aequitas*, alle asprezze determinate dalla rigidità dello *ius civile*, tuttavia non autorizza ad affermare che le decisioni fondate sulla detta eccezione “abbiano a che fare con la problematica dell'abuso del diritto come oggi la intendiamo, e ciò neppure nei casi in cui ne sembra evidente l'attinenza con la nozione di atto emulativo”

¹⁴⁷ Il concetto di abuso del diritto è quindi, in epoca moderna, il frutto della elaborazione giurisprudenziale delle Corti francesi in materia di diritto di proprietà. Da questa materia è poi stato esteso anche al diritto delle obbligazioni. È stato notato, al proposito, come “la formulazione del principio dell'abuso del diritto appare una conseguenza dell'assolutezza dei principi enunciati dopo la Rivoluzione francese. La proclamazione dei diritti e la garanzia delle libertà diedero all'economia la certezza dei rapporti che essa richiedeva, ma nel contempo permisero uno sviluppo del tutto autonomo rispetto a ogni controllo dello Stato, favorendo così il verificarsi di “abusi”. Sicché, il principio dell'abuso fu, durante il secolo XIX, usato per mitigare le conseguenze intollerabili determinate dalla concezione individualistica e assoluta del diritto di proprietà. Così PATTI, *op. cit.* al proposito nota RESCIGNO *L'abuso del diritto*, *Riv. dir. civ.* 1965, che “sul piano giuridico la distruzione dei vincoli individuali con le comunità particolari aveva cercato di portare l'individuo in relazione immediata con lo Stato, che si era tradotta nella proclamazione della uguaglianza di tutti innanzi alla legge. Sul piano economico, gli stessi principi ponevano l'individuo di fronte al gioco delle leggi dell'economia, onde si creava e si acuiva una sostanziale disuguaglianza, in contrasto stridente con l'uguaglianza formale.” Se si

tollerare lo sfruttamento ingiustificato delle prerogative che accorda ai privati, ha indotto alcuni ordinamenti a consacrare il divieto di abuso in una norma positiva: così in Germania, in Svizzera¹⁴⁸ e più di recente in altri ordinamenti europei.¹⁴⁹ Altrove, come in Francia e in

considera in una prospettiva diacronica, l'abuso, a ben vedere, testimonia del "passaggio da una "morale dell'economia" si stampo liberale a una di stampo sociale". Così PATTI, *op. cit.* Le ideologie sottese alla teoria dell'abuso sono illustrate da RESCIGNO *op.cit* p.220 e ss., che individua quelle di ispirazione cattolica e quella di ispirazione socialista. Entrambe negano che l'esercizio dei diritti soggettivi possa risolversi nella sfera egoista del titolare, con la differenza che per l'ideologia cattolica il termine di paragone è la "superlegalità immutabile" della morale, mentre la seconda "dà al peccato il travestimento laico della coscienza collettiva", e cioè della destinazione sociale del diritto secondo l'apprezzamento della comune coscienza. È indubbio, in ogni caso, come la dogmatica sull'abuso del diritto chiami a raccolta argomenti che riposano sul fondamento primordiale e sulla giustificazione politico-filosofica dell'ordinamento giuridico e della sua funzione.

¹⁴⁸ Così, il legislatore tedesco lo ha previsto nel § 226 BGB, legandolo però (e rendendolo concretamente inutilizzabile) all'*animus nocendi*. La disposizione in parola prevede, infatti, che "l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri". L'arduo onere probatorio dell'elemento soggettivo ha determinato la sfortuna della categoria, e la tendenza della giurisprudenza tedesca a far confluire le ipotesi di esercizio abusivo del diritto nell'ambito di applicazione della clausola generale della buona fede, sanzionata dal § 242 BGB. Il divieto di abuso del diritto figura nel codice civile svizzero, che, all'art. 2, prevede che "ognuno è tenuto ad agire secondo buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge". Vale la pena di notare come sotto il profilo applicativo anche questa clausola è stata scarsamente utile, per la difficoltà di discernere il carattere "manifesto" dell'abuso. Esiti che sembrano confermare che la mancata codificazione del divieto risponda all'esigenza di mantenerne l'immane duttilità che deve connotarlo. Ancora, il divieto di abuso del diritto ha trovato recente codificazione sul piano delle fonti sovranazionali nella Carta di Nizza, che all'art. 54 afferma che "Nessuna disposizione della presente carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute dalla presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste nella presente Carta."

¹⁴⁹ Così, in Grecia, l'art. 25 § 3 della Costituzione del 1975 prevede un generale divieto di abuso in tema di diritti fondamentali; inoltre, l'art. 281 del Codice civile greco del 1940 stabilisce che l'esercizio di un diritto è vietato nel caso in cui ecceda manifestamente i limiti derivanti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalità socio-economica del diritto. In Portogallo, l'art. 334 del Codice civile del 1966 contiene una disposizione simile a quella del Codice civile greco. Ancora, il Codice civile Olandese del 1992, prescrive, all'art. 13 che non possano essere compiuti atti di esercizio che si traducano in abuso. In Spagna, in seguito alla riforma delle disposizioni preliminari al

Italia, la figura, come strumento di controllo sulla discrezionalità che governa l'esercizio libero dell'autonomia, rimane creazione dottrinale e giurisprudenziale.¹⁵⁰

Le sue alterne fortune ne hanno ispirato l'accostamento all'immagine dell'araba fenice¹⁵¹ e non sorprende la rinnovata attenzione nei suoi confronti determinatasi in seguito alla riforma che ha interessato la disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali. A ben guardare, infatti, il diritto della crisi d'impresa è divenuto un terreno fertile per l'applicazione del concetto d'abuso, in ragione della metamorfosi profonda che il sistema ha subito all'indomani di una riforma che ne ha, come più sopra illustrato, mutato l'anima valorizzandone al massimo grado la natura negoziale. E non poteva essere altrimenti, perché solo quando ai privati è riconosciuta la libertà di comporre e gestire i propri interessi, si genera la possibilità logica che di tale libertà possa abusarsi. È fin troppo evidente che perché possa abusarsi di un diritto, di un potere, di una facoltà insomma di qualsiasi prerogativa, occorre che tale diritto, potere o facoltà sia stato attribuito in capo a un soggetto, e che questi invece di limitarsi a usarlo ne *ab-usi*.

Se nel vigore della precedente disciplina fallimentare la possibilità d'impiego abusivo degli strumenti negoziali era trascurabile (considerati gli angusti spazi che essa riservava all'autonomia

Codice civile, avvenuta nel 1974, l'abuso è regolato dall'art. 7. Una rassegna dello spazio che la teoria dell'abuso ha trovato nei diversi ordinamenti europei è in VETTORI, *L'abuso del diritto*. Distingue frequenter, in *Obbligazioni e Contratti*, 2010, 168 ss.

¹⁵⁰ Per quanto concerne l'ordinamento italiano, in realtà, il principio dell'abuso del diritto figurava nel progetto definitivo del codice civile del 1942, che all'art. 7 recitava "Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il medesimo gli è riconosciuto". Il mancato ingresso nel testo normativo, testimonia dei timori avvertiti dal legislatore del tempo per la certezza del diritto, nonché del pericolo che rappresentava la discrezionalità attribuita in tal modo ai giudici.

¹⁵¹ L'immagine dell'araba fenice è evocata da ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993, p. 76

privata),¹⁵²oggi gli aditi all'abuso – in proporzione all'aumentato rilievo assunto dall'autonomia privata – sono notevolmente accresciuti.

Per quanto concerne il concordato fallimentare, il suo impiego si fa abusivo ogni volta che esso¹⁵³sia utilizzato per uno scopo non formalmente vietato, ma contrastante con le finalità per le quali è stato concepito dal legislatore.

Lo scopo del concordato è stato individuato dalla Corte di Cassazione nel “*favorire la soluzione anticipata della crisi mediante una soluzione che tuteli i diritti di tutti i creditori con le modalità approvate dalla maggioranza, senza arrecare al fallito un danno non necessario*”.¹⁵⁴ Nozione che, a nostro modo di vedere, include la necessità che l'eventuale vantaggio conseguito dal proponente (o più in generale dal titolare del potere di autonomia, che può essere anche un creditore *non* proponente) non sia realizzato *per il tramite* di un danno agli altri creditori, ai quali sia riservato un trattamento deteriore in violazione dei limiti che la legge impone perché possa essere derogata la *par condicio creditorum* (e quindi, perché possa considerarsi legittimo il trattamento differenziato). In altre parole, il concordato è abusivo ove – in concreto - violi la *par condicio creditorum* o, più in generale, ove realizzi un risultato negativo in capo

¹⁵² Si è più sopra visto come sotto l'imperio della precedente disciplina i momenti negoziali erano pochi, ma soprattutto soggiacevano al penetrante potere del giudice in sede di omologazione.

¹⁵³Parlando di abuso del concordato, ci serviamo di un'espressione sintetica con cui indichiamo, a seconda dei casi, il diritto a presentare la proposta concordataria, il diritto a determinarne il contenuto in modo da prevedere la soddisfazione dei crediti e la ristrutturazione dei debiti “in qualsiasi forma”, il diritto di prevedere la divisione in classi dei creditori e di determinare trattamenti differenziati per ciascuna classe, il diritto di esercitare il voto per l'approvazione della proposta etc.

¹⁵⁴ Quest'ultimo profilo era stato già risolto in Cassazione in due occasioni, dove però la Corte ha ritenuto che l'ingiustificato svantaggio in capo al fallito fosse da reprimere in base ai principi ispiratori del processo esecutivo (sent.6904 del 2010) e in base alle norme che regolano l'arricchimento senza causa (sent. 3327 del 2010). Sebbene quindi richiamate della Corte Suprema, in realtà le due sentenze risolvono il problema dell'eventuale svantaggio del debitore con l'applicazione di precise disposizioni normative, e non con il principio generale dell'abuso del diritto.

a uno dei soggetti coinvolti nella vicenda fallimentare che non si sarebbe realizzato nel caso di uso corretto di tale strumento.¹⁵⁵

Il tema, affrontato per la prima volta dalla Corte di Cassazione solo in tempi recentissimi,¹⁵⁶ ha occupato le Corti di merito fin dall'entrata in vigore della Riforma.

In un primo momento, l'abuso del concordato è saldamente ancorato all'obbligo di buona fede e correttezza nell'esecuzione delle obbligazioni. Il Tribunale di Napoli nella sentenza 22 ottobre 2008 così ne descrive i tratti caratteristici: *“anche in ambito concordatario sono applicabili i principi generali di buona fede e correttezza nell'esecuzione*

¹⁵⁵ Sotto questo profilo, la valutazione della condotta in termini di abusività implica necessariamente che l'interprete bilanci gli interessi in conflitto. Qualificare la condotta come abusiva, perchè divergente dalle finalità che hanno giustificato l'attribuzione del relativo potere, non è funzionale a una valutazione in negativo del comportamento *in sé*, ma a un giudizio di ponderazione tra interessi in conflitto, dei quali uno (quello perseguito tramite la condotta abusiva e causativo di un risultato negativo in capo al titolare di un interesse ugualmente giuridicamente protetto) cessa di essere considerato meritevole di tutela. Questa precisazione è essenziale, a meno di non voler aderire a un improbabile paternalismo giuridico. Questi temi sono affrontati da PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)* in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 115-175.

¹⁵⁶ Sent. 22 marzo 2010 n. 6904; sent. 12 febbraio 2010 n. 3327; sent. 11 febbraio 2011 n.3274. Peraltro, solo in quest'ultimo caso l'abuso dello strumento concordatario consiste nel conseguimento di un vantaggio per alcuni creditori in spregio di altri. Fino a quel momento invece la speculazione sull'abuso del diritto in ambito concordatario aveva riguardato la diversa circostanza dell'abuso nei confronti del fallito, ossia dell'uso dello strumento concordatario in modo da arrecare un sacrificio ingiustificato al fallito. In questo paragrafo si è deciso di approfondire la vicenda processuale conclusasi con la sent. Cass. n. 3274 del 2011. È in quest'occasione che la Corte affronta *ex professo* il tema dell'abuso del diritto. Nelle altre due pronunce, sebbene i ricorrenti avessero fondato le loro doglianze sull'argomento dell'abusività della proposta, i giudici hanno deciso facendo applicazione di precise disposizioni normative, e non del principio generale del divieto di abuso del diritto. Vale la pena di accennare come entrambe le decisioni non siano andate esenti da critiche e siano state tacciate di essere troppo cedevoli all'interesse di un soggetto, com'è il fallito, che ha lui stesso cagionato il dissesto e che è sì titolare di un interesse, ma non necessariamente superiore rispetto a quello degli altri soggetti coinvolti nella vicenda fallimentare. In questo senso FINARDI, *La ripartizione dei poteri degli organi del concordato fallimentare dopo la riforma*, *Fallimento*, 2010, 8; FABIANI, *Eccessi di protezione del fallito e mancata attenzione ai principi ispiratori della riforma fallimentare*, *Il Foro Italiano*, 2010, 10. Parzialmente contrario DI MAJO *L'interesse del fallito e i diritti fondamentali*, *Il Corriere giuridico*, 2011, 2.

delle obbligazioni di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., che consentono di intervenire in quei casi in cui l'istituto concordatario, quantunque conforme alla lettera della legge, potrebbe configurarne un abuso sia in ordine alla posizione complessiva dei creditori sia con riguardo al soggetto fallito nell'ottica di una valorizzazione dei principi solidaristici di cui all'art. 2 Cost."¹⁵⁷ Nel caso sottoposto all'attenzione del giudice napoletano, la proposta era modulata sulla figura del concordato con assuntore, nel suo schema più classico: il proponente, a fronte dell'accollo degli obblighi concordatari, acquistava l'intera massa fallimentare, comprese le azioni di massa pendenti. Più in particolare, la proposta aveva quale contenuto: il pagamento integrale dei crediti prededucibili e di quelli privilegiati ammessi al passivo; il pagamento dei crediti chirografari ammessi al passivo nella misura del 40% dell'ammontare, con la previsione di un importo aggiuntivo in misura proporzionale a ciascun credito rispetto al ricavato delle azioni attive del fallimento – escluse, si badi, le azioni revocatorie di rimesse in conto corrente intentate nei confronti di un certo istituto bancario – di cui la società proponente si sarebbe resa cessionaria, insieme con tutti i beni e i diritti costituenti l'attivo fallimentare e le azioni di massa pendenti. La proposta includeva, inoltre, la rinuncia dell'assuntore alle azioni promosse contro i decreti di ammissione dei crediti vantati da alcuni creditori.

Il Tribunale ha accolto le opposizioni che lamentavano l'abuso dello strumento concordatario. Segnatamente, laddove prevedeva l'esclusione, dall'ambito della quota aggiuntiva riservata ai chirografari, dell'eventuale ricavato conseguente all'accoglimento dell'azione revocatoria, pendente nei confronti di uno dei creditori. Una previsione che è stata giudicata contraria a buona fede e correttezza, considerando che l'istituto di credito convenuto in

¹⁵⁷ Si veda § 3 del presente capitolo per l'esigenza di distinguere l'obbligo di buona fede dal divieto di abuso, per evitare una confusione spesso operata dalla giurisprudenza che conduce, però, ad ammettere l'inutilità del divieto d'abuso, assorbito com'è nel dovere di agire secondo correttezza e buona fede.

giudizio era già stato condannato in primo grado a rifondere alla massa una somma così rilevante da potere, se confermata, soddisfare i chirografari al 90%.¹⁵⁸

Vale la pena di accennare al fatto che la decisione non è andata esente da critiche, che tradiscono, in realtà, il contrasto d'opinioni mai sopito sulla configurabilità e la concreta utilità della categoria concettuale dell'abuso del diritto.¹⁵⁹ Per quanto concerne il

¹⁵⁸ In altro passaggio della motivazione, con riferimento alla diversa opposizione, ugualmente accolta, fondata sulle carenze concernenti il parere della curatrice, si legge come, nella parte riservata ai presumibili risultati della liquidazione, la curatrice avesse trascurato di indicare la conformità della decisione di condanna alla dominante giurisprudenza sulla revocabilità delle rimesse in conto corrente bancario, particolare che avrebbe senz'altro influito sulla percezione del buon esito dei successivi giudizi di impugnazione e quindi sulla maggior convenienza dell'alternativa liquidatoria.

¹⁵⁹ Imposta un suo recente saggio proprio sull'interrogativo dell'utilità del concetto in parola RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa, Rassegna critica di giurisprudenza*, 2010, 1. Inoltre, l'A. avverte l'esigenza di distinguerlo dalla buona fede, a meno di non voler concludere per l'inutilità dell'abuso. Una sovrapposizione, sulla quale ci si soffermerà in seguito, che sembra aver guidato la decisione del Tribunale di cui qui si discorre, insieme con quella della Corte d'Appello. La bibliografia sui contributi alla meditazione del concetto di abuso del diritto è sconfinata, e raccoglie in egual misura fautori e detrattori, sulla base delle argomentazioni più diverse, che in questa sede non possono che trovare brevi e incompleti cenni. Le correnti più radicali hanno escluso la configurabilità della categoria in ragione dell'intrinseca contraddittorietà della locuzione "esercizio abusivo", per cui un atto non può essere, allo stesso tempo, lecito e illecito. Così, nella letteratura francese PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris 1905, II, affermava che "il ne peut pas y avoir l'usage abusif d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit." Sull'impossibilità di ricondurre l'abuso a concetto giuridico ROTONDI, *L'abuso di diritto, Rivista di Diritto Civile*, 1923. L'Autore respinge l'abuso nel campo del pre-giuridico, qualificandolo come "fenomeno sociale" connotato all'evoluzione dei tempi, sì che esso si risolve nel contrasto tra la formulazione rigida di una norma e la mutata coscienza giuridica del popolo. Nella stessa rivista, a distanza di quasi un secolo ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, 2010, 2, il quale dipinge l'abuso come inesorabilmente incapace di occupare autonomo spazio nella teoria generale, perché categoria "come stritolata nella tenaglia di due contigui spazi logici, in cui essa finisce per dissolversi: da un lato lo spazio della irrilevanza, nel quale cade e giace ogni condotta che non si lasci agguagliare alla fonte; d'altro lato lo spazio dell'illecito, che tutto attira nella propria sconfinata atipicità"; Nega autonomia al concetto rispetto alla nozione di illecito, riducendo l'abuso alla figura dell'eccesso di diritto SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, 1957. L'A. ricostruisce il contenuto del

concordato, si è sostenuto come “all’abuso del diritto in senso proprio non è necessario ricorrere quando l’ordinamento abbia già subordinato al provvedimento dell’autorità giudiziaria gli effetti dell’atto giuridico”.¹⁶⁰ In altre parole, il giudizio di omologazione varrebbe in ogni caso a risolvere il problema della legittimità del concordato: in assenza di opposizioni, perché la valutazione di convenienza è assorbita nella determinazione degli aderenti; in presenza di opposizioni, perché queste costituiscono il mezzo per sottoporre alla cognizione del giudice proprio e anche i profili attinenti al merito della proposta e la sua idoneità a soddisfare i fini propri dell’istituto e dunque gli interessi di tutti i soggetti coinvolti nella procedura e non soltanto alcuni di essi. “Se l’“abuso” del concordato si risolve nello svantaggio denunciato dall’opponente, allora si prospetta una questione di violazione di un diritto già riconosciuto e protetto¹⁶¹ e il cui rilievo di fronte all’ordinamento supera e assorbe quello dell’abuso”.¹⁶²

La vicenda ha poi risentito di ulteriori importanti sviluppi nei successivi gradi del giudizio, dapprima in Corte d’Appello, dove la sentenza di primo grado è stata riformata, e da ultimo in Cassazione, che ha confermato la decisione della Corte territoriale modificandone però la motivazione.¹⁶³

diritto soggettivo come definito da alcuni limiti interni, superati i quali l’atto cade fuori dalla sfera del diritto tutelato, ed è, *tout court*, illecito.

¹⁶⁰ COSTANZA, Perché ricorrere alle clausole generali quando è sufficiente l’applicazione del dato normativo?, *Fallimento*, 2009, 4.

¹⁶¹ *Id est* il diritto a ottenere con il concordato almeno quanto si avrebbe nel caso di prosecuzione dell’iter fallimentare tradizionale.

¹⁶² La prospettazione è senz’altro interessante, ma richiede che si sia assunta una posizione netta sulla possibilità di sottoporre motivi di merito al giudice dell’omologa per il tramite delle opposizioni, anche ove siano state proposte da creditori che non appartengano a una classe dissenziente, eventualità niente affatto pacifica. Cfr. al proposito capitolo I, par.2

¹⁶³ La Corte d’Appello aveva, infatti, accolto un’interpretazione dell’abuso che si risolveva (e confondeva) nella violazione del dovere di correttezza e buona fede. Inoltre, la Corte mostrava di aderire a una concezione restrittiva dell’obbligo di buona fede: essendo la proposta di concordato una proposta contrattuale, a questa trovano applicazione le norme in materia di responsabilità precontrattuale e quindi le norme sulla buona fede durante la fase delle trattative (art.1337 c.c.). Il dovere di buona fede si traduceva

La suprema Corte, pur svolgendo, in linea di principio, l'affermazione che lo strumento dell'abuso del diritto è applicabile anche alla figura del concordato fallimentare, ha, poi, negato che nel caso concreto lo strumento concordatario fosse stato impiegato abusivamente, non potendosi considerare *abusivo* un concordato sol perché lede la *par condicio creditorum* o prevede la cessione all'assuntore delle azioni di massa. Non perché lede la *par condicio*, giacché è lo stesso legislatore ad ammettere che essa sia derogabile, tanto nel concordato con classi che nel concordato senza classi;¹⁶⁴ non perché prevede la cessione delle azioni di massa, che la legge consente in linea generale perché, *iuris et de iure*, utile a favorire la soluzione della crisi.

L'iter argomentativo della Corte si espone – a nostro avviso – a serie critiche.

quindi nell'obbligo di un'informazione corretta e trasparente, nel caso di specie adempiuto dal proponente. Sia sufficiente qui riportare la massima della sentenza grado, che recita: *“in sede di omologazione del concordato si valuta una “proposta” e, quindi, per operare un parallelo con la disciplina privatistica, va compiuto un vaglio alla stregua delle regole della correttezza e buona fede in fase precontrattuale; non basta, allora, stabilire se, oltre al trattamento offerto in modo paritario a tutti i creditori, la proposta preveda ulteriori vantaggi per alcuni di essi, ma è necessario verificare se – in ragione dell'obbligo precontrattuale di adeguata informazione e leale esposizione – i creditori concorrenti siano posti in grado di effettuare compiutamente la valutazione della proposta e di apprezzarne senza sviamenti (intenzionalmente provocati oppur no) la convenienza; non si deve cioè valutare se la proposta sia anomala o irragionevole, né basta valutare se oltre al trattamento offerto in modo paritario, essa preveda dei vantaggi nei confronti di alcuni creditori ma, ove ciò sussista, occorre verificare se la disparità sia rappresentata in maniera egualmente percepibile da tutti”*.

¹⁶⁴ Afferma la Corte “è da escludersi che l'abuso possa consistere nella violazione della *par condicio creditorum* intesa come trattamento paritario, salve le cause di prelazione, trattandosi di ricostruzione esclusa dallo stesso legislatore dal momento che, in caso di concordato con classi nulla vieta e anzi è esplicitamente ipotizzato come possibile un trattamento differenziato (...) neppure nel concordato senza classi tale parità (...) deve sussistere, in quanto il concordato può essere proposto anche da un creditore o da un gruppo di creditori e poiché nessuno può pensare, come non è pensabile per il terzo, che questi siano mossi da intenti non speculativi è evidente che il proponente può legittimamente perseguire un risultato ulteriore rispetto a quello che gli competerebbe per tale sua sola qualità, non fosse altro che per compensare il rischio insito nell'operazione”.

La Cassazione, in primo luogo, manca di considerare che la circostanza che la legge accordi al proponente del concordato la possibilità di riservare trattamenti differenziati fra i creditori, lungi dall'escludere la configurabilità, in concreto, di una condotta abusiva, costituisce, all'esatto contrario, il *presupposto*, logico ancor prima che giuridico, dell'abuso: come si è cercato di chiarire, perché un soggetto possa abusare di un potere occorre che questi ne sia titolare (perché la legge glielo attribuisce) e che, invece di farne un corretto uso, ne *abusi*.

Se, dunque, è innegabile che la legge prevede la possibilità di riservare trattamenti differenziati fra creditori, è altrettanto innegabile che *solo* in questo modo si rende *logicamente* concepibile l'abuso.

Ciò che rileva è la legittimità dell'esercizio del potere *in concreto*: com'è stato notato, “delle due l'una: o si ammette l'applicabilità dell'abuso del diritto anche in ambito concordatario o non la si ammette. Ma se la si ammette in linea di principio, sembra illegittimo poi escluderne l'applicazione all'una o all'altra ipotesi altrettanto in linea di principio”.¹⁶⁵ Così, è del tutto condivisibile l'idea che l'abuso del diritto sia una valutazione che impone necessariamente, per definizione, una valutazione del caso concreto.

Né deve trascurarsi che la regola della parità di trattamento tra creditori rimane un principio ispiratore delle procedure concorsuali, estrinsecazione del principio di uguaglianza di matrice costituzionale. La possibilità di riservare ai creditori trattamenti differenziati attraverso la divisione in classi non significa che possano essere trattati diversamente situazioni omogenee (in spregio quindi, prima che del principio della *par condicio*, del principio di uguaglianza sostanziale imposto dall'art. 3 Cost.) ma, all'opposto, che sia riservato lo stesso trattamento a chi condivide interessi e posizioni giuridiche: è un'applicazione sostanziale del principio di uguaglianza, non una sua violazione legalizzata.

¹⁶⁵NISIVOCCIA, Alcuni principi in tema di concordato fallimentare, *Fallimento*, 2011, 4.

Se la finalità del concordato è quella di soddisfare tutti i creditori nelle forme decise dalla maggioranza, non si può certo concludere che ciò legittimi la maggioranza a imporre qualsiasi forma di soddisfazione dei creditori, anche quella che contempri trattamenti differenziati senza che per questo siano formate delle apposite classi. Sarebbero così violati i limiti che presiedono alla libertà di derogare alla *par condicio creditorum*. Ancora una volta, la sfera di libertà (prevedere trattamenti differenziati per i creditori) è corredata di alcuni limiti, oltrepassati i quali la libertà si fa arbitrio. In particolare, l'art. 124 L.F. impone che ove si vogliano prevedere trattamenti differenziati tra creditori si debbano inserire i destinatari del particolare trattamento in un'apposita classe e occorra motivare il diverso trattamento.¹⁶⁶

Così, all'opposizione di chi lamenti un impiego abusivo del concordato che abbia avuto il concreto risultato di ledere la *par condicio creditorum*, assicurando ad alcuni creditori vantaggi preferenziali rispetto agli altri di pari rango, a nulla vale obiettare che sia la legge a permettere trattamenti differenziati per diversi creditori: vero è che li ammette, ma lo fa entro limiti ben determinati, disposti al fine di permettere la trasparente ed effettiva valutazione della convenienza della proposta (tanto da parte dei votanti, quanto da parte degli organi chiamati a esprimere i loro pareri sulla convenienza del concordato), di aprire l'adito alle opposizioni in punto di convenienza da parte dei creditori di classi dissenzienti; limiti che possano, in ultima analisi, far ritenere legittima la deroga alla *par condicio*.

C'è da considerare, peraltro, che ove si convenga sulla illegittimità di una proposta concordataria che violi la *par condicio*, il ricorso allo strumento dell'abuso del diritto appare quantomeno superfluo. Il concordato che accordi vantaggi preferenziali ad alcuni creditori, sarebbe, infatti, illegittimo per contrarietà a norme

¹⁶⁶ L'art. 124 L.F., 2° comma, lett. B), subordina il trattamento differenziato all'onere di indicare "le ragioni del diverso trattamento dei medesimi".

imperative. Né la circostanza che la proposta di concordato preveda la soddisfazione in percentuale eguale per tutti i creditori, consente, di per sé, di considerare rispettata la regola della parità di trattamento, se (come nel caso deciso dalla Cassazione) il vantaggio preferenziale riservato a un creditore si leghi alla rinuncia dell'assuntore a coltivare un'azione di recupero di somme nei suoi confronti.

Nel caso di specie, prevedere l'esclusione dai riparti proporzionali del ricavato dell'azione revocatoria delle rimesse bancarie, significa – in concreto - soddisfare un creditore (il soggetto sottoposto a revocatoria) in via preferenziale rispetto ai creditori di pari rango, consumando, così, una lesione della *par condicio creditorum* che, derogata senza osservare i limiti imposti dalla legge, si palesa illegittima.

Il discorso sarebbe stato diverso se l'istituto bancario convenuto in revocatoria fosse stato correttamente inserito in un'autonoma classe, giacché il classamento dei creditori rappresenta proprio il mezzo con il quale la legge permette di riservare un trattamento differenziato per i creditori, sempre che ciò sia giustificato alla stregua dei criteri dettati dall'art.124 L.F. e sia, soprattutto, motivato. E ci sarà permesso di avanzare il serio dubbio che, ove osservati questi oneri, la proposta avrebbe superato il vaglio del Tribunale sulla correttezza dei criteri di formazione delle classi e la ragionevolezza della motivazione (*ex art. 125 L.F.*).

La sentenza appena esaminata rivela la tendenza della giurisprudenza, in questa materia, a riconoscere la validità della formula in linea teorica, a mo' di ampollosa dichiarazione di principio, salvo poi non farne uso ovvero porla al servizio dell'applicazione, al caso concreto, di una precisa disposizione normativa.¹⁶⁷

¹⁶⁷ È questa una prassi generale, che è stata riscontrata anche al di là della materia fallimentare. Cfr. al proposito DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, *Giur. Ital.* 1969, I, p.1573 e ss. Una tendenza che, a opinione dell'A. tradisce anche la difficoltà incontrata dai giudici a "individuare con sufficiente sicurezza i caratteri distintivi dell'abuso e riconoscerne i connotati in concreto".

Come si è rilevato, infatti, la Cassazione, dopo aver sancito l'applicabilità del principio generale dell'abuso del diritto al concordato fallimentare, atteso che *“l'ordinamento tutela il ricorso agli strumenti che lo stesso predispone nei limiti in cui questi vengano impiegati per il fine per cui sono stati istituiti senza procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente”*, concretamente non ne fa applicazione.

2. Abuso del diritto e buona fede. Le ragioni di una distinzione.

Nella travagliata storia dell'abuso del diritto, è ricorrente il suo accostamento alla clausola generale della buona fede.¹⁶⁸ Trattato alla stregua di condotta rivelatrice della violazione dell'obbligo di buona fede e correttezza nell'esecuzione delle obbligazioni, l'abuso finisce per confondersi con esso. Un obbligo di buona fede che – da ultimo in materia di recesso *ad nutum*¹⁶⁹ – è stato qualificato come *“autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica”*. Un dovere dotato del precipuo contenuto precettivo di *“imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto stabilito da singole norme di legge.”*

¹⁶⁸ La sostanziale sovrapposizione dei due concetti è rinvenibile anche nella giurisprudenza sull'abuso del concordato, come si è più sopra sottolineato. Cfr. al proposito tribunale di Napoli, 22 ottobre 2008, Corte d'appello di Napoli, 19 gennaio 2009.

¹⁶⁹ Corte di Cass. 18 settembre 2009 n.20106. La vicenda vedeva un rilevante numero di concessionari Renault citare in giudizio la Renault Italia Spa, alla quale veniva contestato di avere *“inopinatamente e inaspettatamente”* receduto dai contratti di concessione di vendita, e comunque di avere *“abusivamente”* esercitato il diritto di recesso convenzionalmente statuito in quanto (tra l'altro) nel sollecitare nuovi investimenti, la recedente aveva ingenerato il legittimo affidamento nella continuazione del rapporto.

Riteniamo, tuttavia, che questa identificazione non possa condividersi e che, all'opposto, i due concetti debbano rimanere logicamente ben distinti almeno per due ragioni.

La prima, direi dirimente, è che così facendo la categoria giuridica dell'abuso si svela destituita d'ogni fondamento. Meglio, diverrebbe inutile, considerando che, *rebus sic stantibus*, la condotta sarebbe illecita non già perché abusiva, ma perché contraria a buona fede e correttezza, dunque *contra legem*, già assorbita e ricompresa nel raggio di azione di una norma positiva.¹⁷⁰

Questo non significa che tra le due figure non esista un'intima correlazione; vuol dire, piuttosto, che perché l'istituto dell'abuso resista alle critiche che lo destituiscono di ragion d'essere, occorre dimostrare che abbia autonomo fondamento (logico ancor prima che) giuridico.

Ebbene, bisogna volgere l'attenzione al fatto che l'elemento che costituisce l'ossatura, la "fenomenologia"¹⁷¹ dell'abuso è un altro: è l'elemento *teleologico*, ovvero la deviazione dallo scopo per il quale il potere è stato conferito dal legislatore. Una deviazione tra potere ed esercizio che di questo si fa *in concreto*. In altre parole, la vicenda dell'abuso si traduce nella incongruenza tra l'interesse giuridicamente protetto – per il conseguimento del quale viene conferito il potere – e l'interesse concretamente perseguito.¹⁷²

L'abuso consiste quindi, *in fatto*, nella circostanza che un soggetto abbia esercitato il potere conferitogli dall'ordinamento per conseguire uno scopo, un'*utilità ulteriore* rispetto a quelle che la legge

¹⁷⁰La necessità di tenere distinti i due concetti è avvertita da RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, *Rivista critica di diritto privato*, 2010, 2; D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, *I contratti*, 2010, 1.

¹⁷¹Così si esprime PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Milano, 2006, pp. 115-175, per distinguere il profilo descrittivo dell'abuso da quello invece "metodologico", e cioè dal ragionamento operato dal giudice per fare applicazione del concetto in parola.

¹⁷²Un cenno alle diverse teorie del diritto soggettivo che costituiscono il necessario presupposto da cui inferire questo risultato cfr. nt. 143, p. 104.

ha inteso assicurargli.¹⁷³ Un'utilità che, aggiungerei, è riprovata dall'ordinamento.¹⁷⁴ Invero, la constatazione della deviazione dalla funzione tipica dell'atto non permette ancora di qualificare abusiva la condotta, poiché: se la deviazione è consentita dall'ordinamento, l'atto è semplicemente *atipico*; se, invece, da esso non è consentita, (solo) allora l'atto è *abusivo*.

La condotta abusiva può essere una condotta contraria a buona fede, intesa come obbligo di preservare gli interessi dell'altra parte,¹⁷⁵ ma è qualcosa di più e di diverso, giacché importa il superamento del limite imposto all'autonomia privata, lo

¹⁷³ Al proposito D'AMICO, *op. cit.* delinea i contorni della figura in modo tale che "attraverso l'esercizio del proprio diritto si miri a ottenere e si ottenga effettivamente (a spese della controparte) un'utilità ulteriore non rientrante come tale nel contenuto del diritto, cosicché possa dirsi che il diritto è stato "utilizzato" per uno scopo diverso da quella che ne aveva giustificato l'attribuzione al titolare".

¹⁷⁴ Una riprovazione che non s'identifica nella illiceità della causa, ma che comporta la realizzazione di un vantaggio per il tramite di uno svantaggio subito dalla controparte in misura sproporzionata. Ed è qui che, a nostro parere, si realizza il punto di contatto tra abuso e buona fede. La buona fede è quell'obbligo di correttezza che impone di tenere in considerazione gli interessi della controparte; l'abuso si realizza quando c'è una deviazione dallo scopo (e questo è l'elemento che lo distingue dalla buona fede) che deve comportare il perseguimento di un interesse ulteriore *a detrimento* della controparte, ovvero senza tenere in considerazione l'interesse della controparte. Un punto di contatto che non nega l'indipendenza logica dei due istituti, né la conseguente differenza in punto di *conseguenze giuridiche* che si riconducono all'una o all'altra fattispecie. Cfr. al proposito nota 182.

¹⁷⁵ È quindi alla violazione dell'obbligo di buona fede, che deve ricondursi la sproporzione tra vantaggio conseguito dall'autore dell'atto e danno arrecato alla controparte. L'illecito in questione implica una vicenda relazionale e l'esito è il bilanciamento tra gli opposti interessi svolto dal giudice al fine di riportare il contenuto contrattuale all'assetto d'interessi effettivamente convenuto dalle parti, anche attraverso una modificazione o una integrazione del programma negoziale. La vicenda quindi trova già collocazione nel raggio d'azione della disposizione normativa sulla buona fede. Così RESTIVO, *op. cit.* il quale non manca di sottolineare come la configurazione della buona fede quale strumento di bilanciamento tra opposti interessi risulti anche dalla lettura della Relazione al Codice Civile, ove è previsto che la regola della correttezza richiama "nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore". Critico nei confronti della possibilità di considerare la buona fede come criterio che deve presiedere al concreto assetto di interessi contenuto nel contratto GENTILI, *Abuso del diritto e uso della argomentazione*. L' A. sottolinea come l'obbligo di buona fede sia un criterio alla stregua del quale valutare il *modus*, il comportamento dei contraenti, e non il contenuto del contratto.

sconfinamento nell'arbitrio, che l'ordinamento non tollera e al quale reagisce negando tutela.

Asserire l'indipendenza dalla clausola generale della buona fede, risponde quindi, in primo luogo all'esigenza di legittimare la categoria logica in parola. Serve, inoltre, a superare l'ostacolo costituito dalla radicata convinzione della giurisprudenza di legittimità, dell'esistenza di una distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità.¹⁷⁶ Le prime, utilizzabili solo ove i comportamenti illeciti penetrino la struttura del contratto, ma non se attengano a condotte che rimangono esterne al contratto.¹⁷⁷ Sicché, la violazione dell'obbligo di buona fede non produce mai nullità radicale, ma solo responsabilità risarcitoria.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Corte di Cass. S.U. 19 dicembre 2007, n.26725 e n.26724. Le sentenze sono state oggetto di analisi da VETTORI, *Regole di validità e regole di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio, Obbligazioni e Contratti*, 2008, 2. La Corte si trovava a decidere, nel caso di specie, sulla tutela che può essere accordata nell'eventualità in cui fossero violati i doveri di correttezza nella conclusione ed esecuzione dei contratti di intermediazione finanziaria. La giurisprudenza di merito aveva sostenuto che, data l'insufficienza del rimedio risarcitorio – tradizionale strumento accordato dal legislatore per la violazione dei doveri di comportamento nella fase precedente o successiva alla conclusione del contratto – ad apprestare effettiva tutela agli interessi in gioco (considerata la difficoltà dell'onere probatorio sugli elementi costitutivi della fattispecie), il rimedio più adatto fosse quello della nullità del contratto. L'A. in realtà, sofferma l'attenzione sulla portata innovativa della sentenza che, seppure abbia ribadito che la violazione dell'obbligo di buona fede nella fase di formazione del contratto non comporti di per sé la nullità di questo, ha avuto il merito di disgiungere la responsabilità per violazione della buona fede precontrattuale dalla validità del contratto: in altre parole l'importanza della sentenza è quella di avere affermato come la violazione dell'obbligo di buona fede sia fonte di risarcimento del danno anche in presenza di un contratto valido, proprio perché validità e responsabilità operano su piani diversi e non possono entrare in contraddizione.

¹⁷⁷ Non mancano peraltro posizioni dottrinali che prospettano la violazione delle norme sulla buona fede quali vizi inerenti alla formazione della volontà delle parti e quindi in grado di inficiarne la validità, esattamente come la inficiano i vizi del consenso o la mancanza della legittimazione, o della capacità di agire.

¹⁷⁸ La ragione, peraltro condivisibile, addotta dalla Corte, è che "Il dovere di buona fede e i doveri di comportamento in generale sono troppo (...) legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite".

In ragione di questa distinzione, la violazione dell'obbligo di buona fede e correttezza costituirebbe esclusivamente titolo per ottenere il risarcimento del danno, senza incidere sulla validità ed efficacia dell'atto di autonomia. Così, volendo ridurre la fattispecie dell'abuso a condotta rivelatrice della violazione dell'obbligo di buona fede, si dovrebbe concludere per l'impossibilità di invocare l'inefficacia dell'atto: il concordato sarebbe pienamente efficace, ma il proponente potrebbe essere citato in giudizio per la rifusione del danno patito in ragione del suo comportamento scorretto.

In ultima analisi, le due categorie vanno tenute distinte sia sotto il profilo della loro collocazione dogmatica, sia sotto quello dei rimedi.¹⁷⁹

Una volta riconosciuta autonomia alla figura dell'abuso, è agevole cogliere come la soluzione riposi su un diverso piano logico. L'impiego abusivo dello strumento concordatario spesso denota una violazione dell'obbligo di buona fede nella formazione e nell'esecuzione del contratto. Non c'è dubbio che nella proposta presentata al fine di garantire a un creditore il vantaggio preferenziale di sottrarsi a un giudizio di revocatoria, con tutta probabilità fondato, non v'è traccia dell'adempimento a quell'obbligo di conservazione degli interessi della controparte (gli altri creditori componenti la massa), estrinsecazione del più generale dovere di solidarietà di matrice costituzionale.

In quanto contrario a buona fede, conferisce senz'altro il diritto a chiedere il risarcimento del danno. Tale condotta è, tuttavia, anche indice del fatto che il potere di autonomia è stato esercitato di là dai limiti imposti dalla legge, tra i quali si pone il principio generale del divieto di abuso, per cui il potere può essere esercitato al solo fine di conseguire quelle utilità per le quali è stato conferito.¹⁸⁰ Viene così violato l'art. 1322 c.c., che è la fonte del potere di autonomia.

¹⁷⁹ Per la distinzione delle due nozioni, e per la diversa conseguenza sotto il profilo dei rimedi D'AMICO, *op. cit.*

¹⁸⁰ Ci si rende conto del grande potere, e della grande responsabilità affidata in questo modo al giudice, al quale è in primo luogo deputata l'individuazione di quale sia lo scopo, il risultato per il quale un potere viene

Così, se la conseguenza operativa del corretto esercizio del potere è quella del vincolo che l'ordinamento pone a se stesso di riconoscere effetti giuridici corrispondenti a quelli convenuti, lo stesso ordinamento rifiuta qui di collegare all'atto i suoi effetti: in altre parole, gli nega tutela. Ne discende un'inefficacia *ab origine*, radicale e immancabile con riferimento a quello che è, semplicemente, un *non-negozio*.

Ancorare l'esercizio abusivo del potere alla norma che sancisce (e limita allo stesso tempo) l'autonomia contrattuale non significa negare l'utilità del concetto.¹⁸¹

L'inefficacia radicale dell'atto abusivo è da ascrivere a un "eccesso" dal diritto; alla violazione di un principio generale

conferito a un soggetto, il quale solo può essere conseguito. Questo non ne fa, tuttavia, un giudice-legislatore, alla cui sensibilità e al cui personale senso della giustizia è rimessa la decisione del caso concreto. Gli si conferisce, invece il compito di vagliare, alla luce del dato positivo, la conformità alla legge dell'atto di autonomia, che significa anche non contrarietà dell'atto ai principi fondanti l'ordinamento giuridico.

¹⁸¹È a ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto. Rivista di diritto civile*, 2010, 2, al quale si deve la riflessione per cui le voci di pensiero sull'abuso del diritto si lasciano ordinare in due scuole: quella della irrilevanza e quella della doppia rilevanza. Nel primo ordine di posizioni rientra il pensiero di chi, considerando il divieto di abuso del diritto come "limite intrinseco al contenuto del diritto soggettivo, approda a negargli autonomia rispetto all'atto irrilevante (perché difforme dalla fattispecie della norma attributiva del potere). Alla teoria dell'Irrilevanza va ascritta la teoria di SANTORO PASSARELLI (cfr. nota 161) La necessità d'indagare il fondamento positivo della norma sull'abuso del diritto è superflua, perché il limite all'abuso è insito nella norma attributiva del potere. In effetti, il contenuto di ogni diritto soggettivo è determinato dall'ordinamento sulla base di una valutazione *a priori* delle prerogative che, tipicamente, realizzano l'interesse cui si intende dare protezione. Il potere è quindi connotato da un limite intrinseco, cioè quello di poter essere esercitato per il conseguimento dell'interesse protetto dalla norma, e l'abuso si annida nello scarto tra la fattispecie normativa e il fatto concreto, nel quale le stesse prerogative possono essere esercitate in vista di un interesse diverso. È così che si arriva ad affermare che "l'abuso è un riflesso della struttura logica del diritto soggettivo, del vincolo finalistico che lega le prerogative consegnate al soggetto all'interesse assunto dalla norma". La regola che elevi la conformità all'interesse quale criterio di giudizio dell'esercizio del potere non è da ricercare nel dato positivo, giacché "è insita nella fattispecie attributiva del diritto, non è altro rispetto ad essa, perché discende direttamente dalla centralità che vi assume l'interesse quale criterio di conformazione del contenuto del diritto". Così, letteralmente, RESTIVO, *op. cit.* p.348

dell'ordinamento giuridico, che segna un limite al potere di autonomia.

Configurare il divieto dell'abuso alla stregua di principio generale dell'ordinamento significa, inoltre, anche considerarlo strumento per colmare, in via di *analogia iuris*, lacune normative non colmabili mediante l'*analogia legis*.

Inoltre, anche a voler intendere la condotta abusiva come "sconfinamento dal potere di autonomia", riteniamo di convenire con l'insegnamento dell'autorevole dottrina, che avverte come "non si può fare a meno di mettere in evidenza una particolarità del fenomeno, che lo distingue da ogni altra ipotesi in cui tale sconfinamento si abbia: ed essa è l'apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del diritto".¹⁸² Una precisazione che rivela "la singolarità del fenomeno (...) e come sia irrimediabilmente semplicistico il voler ridurre anche il primo [*l'abuso del diritto*] nel vago e imprecisabile schema dell'eccesso dal o del diritto".¹⁸³

3. L'abuso del diritto e la prospettiva dei rimedi

S'è detto che ove il giudice s'avveda che il diritto (diritto di voto, diritto a modulare il contenuto del concordato, *etc.*) sia stato impiegato in maniera abusiva nega l'omologazione, accertando che l'ordinamento *non appresta la tutela* al titolare.¹⁸⁴

¹⁸² NATOLI, Note preliminari a una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, Riv. Trim. Proc. Civ. 1958, p. 37

¹⁸³ Ancora NATOLI, *op. cit.*

¹⁸⁴ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 394. L'abuso dello strumento concordatario è contiguo al caso di nullità per illiceità della causa: la qualifica d'illiceità è data dal raffronto tra "considerazione astratta e considerazione concreta di una data causa nel suo pratico funzionamento. Così, si ha abuso della funzione strumentale del negozio giacché questo, mentre come tipo di atto è messo a disposizione dei singoli per servire a una funzione socialmente utile, viene adibito in contrasto con la sua destinazione tipica, ed è fatto servire al conseguimento di fini che, lungi dal godere del favore e la tutela del diritto, sono da questo riprovati e combattuti. Qui, a differenza della causa illecita, lo scopo perseguito non è di per sè illecito. Anzi, secondo la letteratura maggioritaria lo strumento concordatario è usato per raggiungere uno scopo, lecito, che però arreca ad altri danno, e che per il tramite del danno cagionato reca vantaggio a chi lo pone in essere.

L'inefficacia del concordato abusivo discende dalla valutazione dell'inidoneità dell'atto ad avere ingresso nell'ordinamento, nel sistema giuridico; ingresso riconosciuto se e nei limiti in cui l'esercizio del potere di autonomia sia valutato, dal giudice, congruente con le norme che lo regolano e ne tracciano i confini.

Un simile approccio evoca la tendenza, diffusasi in Italia a partire dagli anni '70, alla destrutturazione delle categorie civilistiche costruite intorno al mito della geometria dei concetti e all'abbandono della concezione dell'interprete nella sua primordiale funzione di "*bouche de la loi*", studioso del contenuto delle norme, nella loro dimensione puramente strutturale e formale.

L'interpretazione giurisprudenziale delle norme sul concordato e, più in generale, lo spazio conquistato dalla categoria dell'abuso e dalle altre clausole generali come rimedi alle condotte riprovate dall'ordinamento, svela l'insofferenza rispetto al dogma delle armonie concettuali e la convinzione che l'oggetto dell'attività e dell'attenzione del giudice non sia la norma, ma l'intreccio d'interessi che la norma è chiamata a dirimere e a ordinare.

Si che è l'interesse tipizzato dalla norma a essere l'oggetto della valutazione del giudice. In base all'interesse sotteso alla norma questa va interpretata e in base all'interesse sotteso alla norma va individuato il rimedio più adatto, perché più efficace, a dare effettiva tutela agli interessi in gioco.

Questo non significa che sia il giudice a individuare quale sia l'interesse che merita tutela per l'ordinamento:¹⁸⁵ la selezione degli interessi è compiuta dalla norma ed è il frutto dell'arbitrio sovrano del legislatore; all'interprete l'ufficio di rintracciare lo strumento più

¹⁸⁵ In questo senso, in dottrina è affermato che "il rimedio già presuppone (...) che l'interesse, più a monte risulti giuridicamente protetto. Esso non decide dell'*an* della protezione, ma solo delle sue modalità di applicazione (ossia, del *quomodo* di essa). Così DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi, Europa e diritto privato*, 2005, 2, p. 345.

adatto perché quell'interesse possa essere effettivamente, e non solo formalmente, tutelato.¹⁸⁶

4. Gli elementi sintomatici dell'abuso del diritto.

S'è più sopra accennato che il rischio dell'abuso dello strumento concordatario vive una relazione di diretta proporzionalità con l'ampiezza degli spazi di autonomia privata. Il problema si porrebbe senz'altro in termini molto diversi ove il contenuto del concordato fosse largamente eterodeterminato dalla legge per mezzo di un corpo di norme imperative. Un'eventualità tutt'altro che fantasiosa e sconosciuta alla tradizione giuridica dell'ordinamento italiano che, al contrario, offre plurimi esempi di sostituzione del legislatore alla volontà dei privati nella determinazione del contenuto del contratto.¹⁸⁷

L'autonomia privata appare, qui, costretta negli angusti limiti della decisione del *se* contrarre, mentre il contenuto dell'atto è in buona misura imposto dalla legge, che in linea generale e astratta, determina il punto d'equilibrio dei contrapposti interessi.

Il compito del giudice potrebbe sì, a questo punto, risolversi nella mera operazione di sussunzione del fatto alla fattispecie e non sarebbe irrazionale che a esso fosse attribuito un controllo (preventivo) meramente formale dell'atto di autonomia privata. Il

¹⁸⁶ Un'indicazione molto interessante in tal senso si legge nel testo della sentenza Cass. Civ. n. 500/1999 che, nell'ambito di un *thema decidendum* del tutto diverso, quale quello della risarcibilità del danno per violazione di interesse legittimo, ha avuto modo di aprire un varco molto importante alla prospettiva dei rimedi: si è cioè detto che ove sia provata l'inidoneità della tutela risarcitoria ad assicurare effettiva tutela all'interesse giuridicamente protetto, può essere imboccata la diversa strada dell'inefficacia. Nel caso di specie, peraltro, non era stato adempiuto l'onere di provare l'insufficienza della tutela risarcitoria. Tuttavia, una volta distinto logicamente l'interesse dal rimedio è superato il maggiore ostacolo alla prospettiva rimediabile. Si coglie, quindi, come "con il linguaggio dei rimedi non si intende sovvertire il vocabolario giuridico, ma soltanto meglio evidenziare come la funzione storica dell'ordinamento giuridico non è solo quella di dare ordine e sistemazione alle relazioni sociali, ma di fornire risposte ove violazioni siano realizzate". Così DI MAJO, *op. cit.*

¹⁸⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla disciplina del contratto d'affitto di fondo rustico (L. n. 203 del 1950), o a quella della locazione degli immobili urbani (L. n. 392 del 1978).

problema, se non risolto,¹⁸⁸si porrebbe in caso di eterodeterminazione del contenuto del concordato senz'altro in misura notevolmente attenuata, restando, per definizione, sottratta alla disponibilità delle parti e al sindacato del giudice, la determinazione e la valutazione del *concreto assetto d'interessi* realizzato nel concordato.

Viceversa, nel concordato si registra la tendenza diametralmente opposta, e più volte richiamata, a dilatare lo spazio lasciato all'autonomia creativa dei privati per la composizione della vicenda fallimentare. Un'apertura che costituisce, insomma, la linfa vitale del problema e che, in ragione delle scelte contingenti operate dal legislatore della Riforma, si traduce nella concreta possibilità di gravi abusi tanto nei confronti di alcuni creditori quanto verso il fallito. Per individuare gli indizi dell'abuso del concordato occorre ricostruire dall'interno gli istituti che in questo sub-procedimento s'innestano, per rinvenire quali siano gli scopi per cui sono stati pensati dal legislatore e quali le deviazioni che si possono concretamente ipotizzare rispetto a questo scopo.

4.1 Della divisione dei creditori in classi

La possibilità di ordinare i creditori in classi, formate in ragione dell'omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici dei loro componenti, è stata introdotta con l'art.124, 2° comma, lett. c), L.F.,¹⁸⁹ ma raccoglie istanze e prassi già note al mondo degli affari, e costituisce, secondo alcuni, “codificazione di una realtà ormai immanente, (...) del pluralismo del ceto creditorio”.¹⁹⁰La norma che

¹⁸⁸ Permetterebbe comunque la possibilità che il potere conferito ai privati, anche se non esteso alla determinazione del contenuto dell'atto, possa essere esercitato per pervenire a risultati diversi e ulteriori rispetto a quello per il quale è stato attribuito al titolare dall'ordinamento.

¹⁸⁹ La disposizione è stata introdotta dall'art.114, D. Lgs. 9 gennaio 2006, n.5.

¹⁹⁰FABIANI, *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*, *Fallimento*, 2008, 1. Secondo l'Autore, il conflitto di classe, conseguenza necessaria dei diversi interessi coinvolti nel fallimento, esiste già prima dell'entrata in vigore della norma che consente espressamente al proponente di dividere in classi i creditori. Sarebbe la complessità e l'articolazione della legislazione previgente, che frammenta il ceto creditorio

permette la classificazione dei creditori e la possibilità di riservare trattamenti diversi per le diverse classi d'appartenenza è una delle disposizioni più discusse del sistema e costituisce, indubbiamente, snodo nevralgico per la riuscita della gestione negoziata della crisi, da guardare in stretta correlazione con il meccanismo di voto.

Anzitutto, giova ribadire come lungi dal porsi in violazione della *par condicio creditorum*, il classamento dei creditori costituisca un'applicazione sostanziale del concetto in parola, declinazione del principio di uguaglianza di matrice costituzionale, per cui vengono riservati trattamenti uguali per situazioni uguali, per situazioni diverse, diversi trattamenti.¹⁹¹

Perché questa equazione sia rispettata è evidente la crucialità del controllo sulla corretta formazione delle classi, di cui è investito il Tribunale in virtù dell'art. 125 L.F.¹⁹² Un controllo questo che, in realtà, si svela tutt'altro che semplice, data l'ambiguità dei concetti di omogeneità delle posizioni giuridiche e, soprattutto, degli interessi economici.¹⁹³ L'omogeneità può, infatti, riferirsi tanto alla natura,

in una miriade di cause di prelazione, ad aver creato la lotta tra classi. Anzi, la possibilità di suddividere i creditori in classi e prevedere trattamenti differenziati per ciascuna classe sarebbe addirittura un modo per dirimere il conflitto piuttosto che una sua causa.

In effetti, grazie alla divisione in classi può ponderarsi (e soddisfarsi) il diverso interesse che ciascun creditore può vantare nei confronti del fallito: per un verso è possibile individuare gruppi di creditori disposti a sacrificare l'aspettativa di una soddisfazione integrale e/o immediata della loro pretesa in ragione della prospettiva di una prosecuzione delle relazioni negoziali con l'imprenditore; per altro verso creditori disposti a concedere ampie dilazioni pur di realizzare la maggior parte del loro credito.

¹⁹¹ Per la trattazione di questo argomento si rimanda alle pag. 106 e ss. del presente lavoro.

¹⁹² Della centralità del controllo dell'autorità giudiziaria rende avvertiti, tra gli altri, CATALLOZZI, *Il "classamento obbligatorio" nei concordati, Fallimento*, 2010, 7.

¹⁹³ PERRINO, *I limiti del controllo giudiziale tra classamento e voto, Il Fallimento*, 2010, 1. Mentre, infatti, il concetto di posizione giuridica sembra riferirsi alla posizione nell'ordine delle prelazioni, e quindi al rango del credito e alle prospettive di soddisfazione in caso di esecuzione coattiva, il criterio della omogeneità degli interessi economici non sembra essere ancorato ad alcun preciso parametro di riferimento. Al proposito LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo, Fallimento*, 2010, 4, riflette su come, seppure vada condivisa l'idea che una tipizzazione del tipo di interesse ricollegabile a ciascun credito avrebbe contribuito a un notevole

all'oggetto della pretesa e alle caratteristiche soggettive dei creditori (lavoratori dipendenti, finanziatori, obbligazionisti), quanto all'ammontare del credito e alla data in cui è sorto o scaduto, oppure ancora alla forza di una pretesa rispetto a un'altra.¹⁹⁴ Insomma, il criterio della omogeneità (e non, a ben vedere, della *identità* delle posizioni creditorie) che presiede alla corretta formazione delle classi, postula una valutazione connotata da un ampio margine di discrezionalità, non sempre agevolmente sindacabile dal giudice.

Ebbene, l'eventualità che il potere di dividere in classi i creditori sia impiegato al solo fine di orientare favorevolmente il voto non è peregrina; a fronte di questo pericolo si pone solo il labile strumento di difesa della prescrizione che, per l'approvazione del concordato con classi, sia necessario il raggiungimento della maggioranza – oltre che dei crediti ammessi al voto – anche nel maggior numero di classi.

A ben vedere, rischio ancor più grave si cela dietro la strumentale esclusione del classamento dei creditori; dietro, cioè, alla decisione di non ordinare i creditori in classi, eventualità che pure rientra nelle facoltà del proponente. In effetti, se questa ipotesi si considera in uno con il principio maggioritario (per così dire) semplificato della maggioranza per somme, e con la previsione della possibilità per il giudice in sede di omologazione di vagliare la convenienza della proposta nella sola ipotesi di opposizione del creditore appartenente a classe dissenziente, la proposta di concordato, sconveniente anche per una parte consistente della massa dei creditori (si pensi all'ipotetica situazione dei creditori che rappresentano il 49% dei crediti vincolati alla decisione del solo

irrigidimento del sistema normativo (pensato, al contrario, per rendere lo strumento concordatario il meno rigido possibile), “opportuna avrebbe potuto essere un'indicazione esemplificativa delle grandi categorie di creditori per giudicare la correttezza della loro classificazione che avrebbe reso meno incerta l'interpretazione evitando prassi e, talvolta, comportamenti fraudolenti”.

¹⁹⁴PERRINO, *op.cit.* richiama a questo proposito la possibilità di distinzione tra creditori chirografari la cui pretesa sia ancorata a convenzioni di postergazione, o *de non petendo*, o *ut minus solvatur*.

creditore che detenga il 51% dei crediti ammessi al voto), sarebbe del tutto blindata e insindacabile.

Vale la pena qui di accennare al fatto che l'obbligatorietà della formazione delle classi nelle soluzioni concordatarie è aspramente dibattuta,¹⁹⁵ ed è stata recentemente sottoposta alla valutazione della Corte Costituzionale.¹⁹⁶ La Consulta ha in quest'occasione dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità

¹⁹⁵ PERRINO, *op. cit.* Il tema del classamento obbligatorio è stato dall'A. trattato con riferimento a una decisione del Tribunale di Milano in materia di concordato preventivo con la quale questo aveva prospettato la possibilità che il giudice, in sede di adunanza dei creditori, potesse espungere creditori da classi già formate, perché disomogenei per posizione giuridica o economica, e inserirli in una o più nuove classi, ai soli fini del voto, fermo restando il trattamento economico per loro già previsto. Sostengono poi l'assoluta necessità di prevedere l'obbligatorietà del classamento ogni volta che lo richieda l'eterogeneità delle posizioni giuridiche ed economiche dei creditori, al fine di salvaguardare la legittimità costituzionale del principio maggioritario applicato al ceto creditorio CATALLOZZI, *Il "classamento obbligatorio" nei concordati*, *Fallimento*, 2010, 7; DE SIMONE, *La suddivisione dei creditori in classi*, in *IlCaso.it*, II, 170/2009; FABIANI, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, *Il Fallimento*, 2008, 9. FABIANI, *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*, *Fallimento*, 2008, 1; SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, *Fallimento*, 2009, 9; STANGHELLINI, *Creditori "forti" e governo della crisi di impresa*, *Fallimento*, 2006, 4, 377. Al contrario, propendono per la natura facoltativa della suddivisione in classi dei creditori, a prescindere dalle considerazioni *de iure condendo* BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, *Fallimento*, 2009, 424; GALLETTI, *Classi obbligatorie? No, grazie!*, *Giur. Comm.* 2010, 2, 343; LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, *Fallimento*, 2010, 4; MINUTOLI, *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente "classamento" dei creditori: il punto nella prassi e nella giurisprudenza*, *Fallimento*, 2010, 1. In particolare l'A., oltre a far leva sul forte dato letterale della norma, avverte la pericolosità di una scelta "che rischia di istradare il tribunale, nel contesto di uno scrutinio sull'interesse economico, in un percorso minato, che dovrebbe condurlo a verifiche sempre più penetranti e invasive, di dubbia legittimità, rispetto ai dati normativi esistenti". La preclusione di un simile controllo al giudice sarebbe quindi la conseguenza non tanto di una mera esegesi letterale della norma, quanto piuttosto di una lettura del dettato normativo conforme al nuovo ruolo attribuito all'autorità giudiziaria nel quadro di un rafforzamento della autonomia privata.

¹⁹⁶ Corte Costituzionale, 12 marzo 2010 n.98, ord. In *Foro.it* 2010, I, 1059. Ancora una volta, il tema è stato affrontato con riferimento al concordato preventivo, ma si ritiene assolutamente replicabile con riferimento al concordato fallimentare.

costituzionale sollevata dal giudice *a quo*,¹⁹⁷ il quale sosteneva l'illegittimità costituzionale dell'art. 163, 1° comma, in relazione all'art. 162, 2° comma e all'art. 160, 1° comma, lettera c), che violerebbe l'art. 3 Cost. nella parte in cui non stabilisce «*che il tribunale dichiara aperta la procedura di concordato preventivo previa valutazione anche della correttezza della mancata suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei*». Il giudice rimettente avvertiva l'esigenza di un intervento “manipolativo” della Corte che «*estenda*” il potere di sindacato del tribunale [...] all'ipotesi di omessa [...] suddivisione del ceto creditorio in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei». Un potere, precluso dal tenore letterale delle norme, le quali nondimeno rendono irragionevole che «*il tribunale, in sede di delibazione dell'ammissibilità della domanda, possa valutare la correttezza dei criteri di formazione delle classi e non possa, invece, sindacare la mancata formazione delle stesse, restando, di conseguenza, una tale scelta dell'imprenditore «priva di adeguata e tempestiva “sanzione” processuale»*”.

Se in letteratura si è rimarcato che l'unico modo per rendere accettabile (e quindi idonea a essere imposta a chi l'abbia rifiutata) l'opzione negoziale nel concordato sia quella di imporre al proponente di formare le classi tutte le volte che sia dato riscontrare posizioni non omogenee fra i creditori, rimane l'ostacolo, difficilmente superabile, del chiaro dato letterale dell'art. 124 L.F.: lungi dall'imporre una soluzione al proponente, la norma gli conferisce la facoltà di prevedere o non prevedere la divisione in classi dei creditori.

Dunque, la configurabilità di un obbligo di formazioni delle classi, sebbene in astratto idonea a evitare l'abuso dello strumento concordatario, è seccamente respinta dalla prevalente letteratura e giurisprudenza.¹⁹⁸

¹⁹⁷ L'ordinanza di rimessione è quella del Tribunale di Biella, ord. 23 aprile 2009 consultabile in *Fallimento*, 2010, 46 con nota di MINUTOLI, *op. cit.*

¹⁹⁸Nettamente indirizzata verso questa soluzione la Corte di Cassazione che, nella sent. 10 febbraio 2011 n.3274, ha affermato come, in primo luogo, il tenore letterale delle norme fosse univoco nell'escludere l'obbligatorietà della

La decisione di *non* dividere i creditori in classi, nonostante l'eterogeneità delle loro posizioni giuridiche e interessi economici, non sembra, quindi, rientrare nell'ambito di applicazione di una specifica disposizione normativa.

Tuttavia, ove si consideri l'istituto è stato concepito dal legislatore come strumento per favorire l'accordo nel rispetto della *par*

formazione delle classi. Depongono in tal senso l'art. 124 comma secondo ("La proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi"); l'art.125, comma terzo ("Qualora la proposta di concordato contenga condizioni differenziate per singole classi di creditori") l'art.128, comma primo seconda parte ("Ove siano previste diverse classi di creditori"), tali da non lasciare dubbi sulla circostanza che *"Il legislatore abbia previsto come ipotesi normale quella del concordato senza classi"*. Inoltre la Corte si spinge più oltre asserendo come, anche al di là del dato letterale, un obbligo di tal sorta sia senz'altro da escludere. Si legge in motivazione come *"L'obbligo delle classi non può derivare dalle diverse situazioni individuali che possono portare a valutazioni variegata sulla proposta, dal momento che dette situazioni sono potenzialmente tante quante sono i creditori e un loro censimento, prima ancora che arbitrario, sarebbe impossibile e comunque porterebbe a una proliferazione assurda delle classi e, al limite, (...) alla predisposizione di tante classi quanti sono i creditori senza considerare che, in assenza di parametri normativi di riferimento, la valutazione del giudice rischierebbe di confinare pericolosamente con una sostanziale discrezionalità"*. Non mancano tuttavia, nella giurisprudenza di merito decisioni in controtendenza: così il Tribunale di Monza, Ord., 7 aprile 2009, che è giunto a imporre al proponente la suddivisione dei creditori in classi, con individuazione delle singoli classi da costituire, facendo propria l'idea che il concordato privo di suddivisione in classi è un concordato con un'unica classe, perciò anch'esso sottoposto al controllo di correttezza dell'autorità giudiziaria; il Tribunale di Milano, 4 dicembre 2008, che si è invece occupato del caso di una proposta di concordato con due classi di creditori chirografari, una delle quali riuniva indiscriminatamente istituti di credito, società di factoring, fornitori e altri chirografari, riservando a ciascuno di questi il medesimo trattamento. I nostri giudici hanno qui affermato come il controllo del Tribunale si estende al merito della scelta del proponente di adottare un certo criterio di suddivisione dei creditori, considerando anche le garanzie esterne sulle quali i creditori possono contare, che influenzano la prospettiva di realizzazione del credito e inficiano il voto (devono perciò, a opinione del Collegio, essere esplicitamente dichiarate); Tribunale di Ivrea, decr., 9 marzo 2010. Anche la Corte di Cassazione non è rimasta insensibile al tema: con la sentenza 4 febbraio 2009, n.2706, ha avuto modo di sottolineare (sebbene il *thema decidendum* concernesse la regola della postergazione dei finanziamenti dei soci ex art. 2467 c.c.) l'importanza del criterio di omogeneità degli interessi economici quale discrimine per l'inserimento dei creditori nelle classi. Per le posizioni della dottrina v. nota195.

condicio creditorum (in senso sostanziale),¹⁹⁹comprendente nelle sue finalità anche la tutela dei creditori più deboli e a garanzia, in definitiva, di un equilibrio della soluzione concordataria, la scelta di non formare le classi al solo fine di sterilizzare l'eventuale opposizione dei creditori di minoranza è senz'altro sindacabile alla luce del divieto di abuso, del quale non si fatica a scorgere gli elementi costitutivi: la facoltà, accordata al proponente, (aggregare gli interessi creditori in classi) accordata per uno scopo, è asservita a perseguire un'*utilità ulteriore* che il legislatore senz'altro non ha inteso assicurargli (neutralizzare le minoranze).

Non può tacersi che la ricostruzione ora illustrata della finalità dell'istituto in parola è tutt'altro che pacifica.

Non mancano, infatti, voci di opposto orientamento: la facoltà di dividere i creditori in classi, lungi dal costituire il tramite per una gestione equilibrata della vicenda concordataria, risponde alla volontà legislativa di rendere il concordato il più possibile elastico, permettendo al proponente di raccogliere le diverse istanze creditorie e dotarle di diverso trattamento nella prospettiva di facilitare il più possibile il raggiungimento delle maggioranze e, in ultima analisi, il successo dell'alternativa negoziale.²⁰⁰

Ecco che si coglie il problema (ineliminabile e tutto interpretativo) ricorrente nella concreta applicazione del concetto di abuso: la ricostruzione della finalità dell'istituto rispetto alla quale possa predicarsi la conformità o la deviazione è consegnata nelle mani dell'interprete.

4.2 L'abuso del diritto di voto.

Un altro terreno d'elezione della teoria dell'abuso del diritto è quello dell'esercizio del diritto di voto. Si è più sopra visto che, al

¹⁹⁹ Non avrebbe il legislatore, altrimenti, previsto il criterio della omogeneità delle situazioni creditorie né quello dell'onere di motivazione sulle ragioni del trattamento differenziato.

²⁰⁰La possibilità di dividere i creditori in classi è un modo per permettere al proponente di ottenere con più facilità il voto favorevole alla proposta. Così si esprimono in dottrina GALLETTI, *op. cit.*; LO CASCIO, *op. cit.*

contrario di quanto avviene in materia societaria per le delibere assembleari, nel caso della collettività forzata dei creditori non è possibile rinvenire quell'interesse comune, *altro* rispetto all'interesse di ciascuno dei creditori, rispetto al quale possa predicarsi il conflitto; sicché il voto del creditore espresso a fini puramente egoistici e individuali non è sindacabile alla stregua delle norme in materia di conflitto di interessi.

Questo non toglie, che ove l'esercizio del voto non possa essere sindacato alla stregua delle norme in materia di conflitto di interessi residui lo spazio per poterlo privare d'efficacia in base al canone dell'abuso del diritto.

In questo caso può, sì, farsi applicazione dei principi di diritto germinati dalla giurisprudenza commerciale.

Così, volendo applicare all'approvazione del concordato lo stesso principio di diritto che la Cassazione ha avuto modo di affermare in riferimento a una delibera di scioglimento di società di capitali²⁰¹, può argomentarsi che *“la deliberazione (...) può essere invalidata, in difetto delle ragioni tipiche all'uopo previste, sotto il profilo dell'abuso o dell'eccesso di potere, quando risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari per perseguire interessi divergenti da quelli societari ovvero per ledere i diritti del singolo partecipante. (...) La figura dell'abuso di potere rappresenta un limite al principio maggioritario vigente nel diritto societario, comprimendo l'esercizio dei poteri della maggioranza, quando è a esclusivo detrimento della minoranza.”* Conclude poi la Corte, rimarcando come sia principio generale del nostro ordinamento, anche fuori dal campo societario, quello di non abusare dei propri diritti e di non approfittare della propria posizione di supremazia.

Sebbene la Corte rintracci il fondamento positivo del divieto di abuso nell'obbligo di esercitare il voto in buona fede, e finisca quindi

²⁰¹ Cass. Civ. I sez. 12 dicembre 2005, n. 27387. La sentenza è stata già richiamata nel corso della presente trattazione, con riferimento al diverso problema dell'applicabilità delle norme in materia di conflitto di interessi. Cfr. cap. II, §.3.2

per confondere, come spesso accade, le due nozioni (confusione che, abbiamo più sopra avvertito, deve essere evitata), è senz'altro condivisibile il risultato finale cui approda la Corte: *“la regola della maggioranza prescrive al socio non di esercitare il diritto di voto in ragione di un interesse predeterminato, ma di esercitarlo liberamente e legittimamente per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell'altrui potenziale danno”*.

In sintesi, la figura dell'abuso del diritto di voto, è senz'altro mutuabile alla vicenda concordataria, ove l'esercizio del diritto sia il risultato di un'intenzionale attività fraudolenta diretta a provocare un detrimento agli altri creditori, sebbene debba tenersi a mente che perché possa farsi applicazione di questo concetto la giurisprudenza richiede che “alla compressione degli altri diritti” non faccia da contrafforte un “apprezzabile interesse del votante”.

In altre parole, occorre rimanere avvertiti che non è sindacabile la scelta del creditore che, seppure comporti un detrimento agli altri, sia giustificata dal suo interesse (meritevole di tutela) a vedere soddisfatto nella massima misura possibile la propria pretesa creditoria. Il che porta a restringere, sotto questo profilo, l'ambito di concreta operatività del divieto di abuso.

4.3 L'abuso del voto nel comitato dei creditori

Le riflessioni a suo tempo svolte sulla natura degli interessi dei creditori²⁰² sono utili anche per cogliere i profili critici della modalità di funzionamento del comitato dei creditori, del meccanismo della sua nomina e di sostituzione dei suoi membri, nonché della sindacabilità degli atti del comitato alla luce delle norme sul conflitto di interesse e della teoria dell'abuso.²⁰³

²⁰² Cfr. capitolo secondo, par. 3.2, in materia di conflitto di interessi tra i singoli creditori.

²⁰³ Si ricorda che il comitato dei creditori ricopre un ruolo essenziale nell'ambito del concordato fallimentare, giacché a quest'organo è demandata la redazione del parere vincolante sulla convenienza della proposta richiesta ex art. 125 L.F.

Si è, in dottrina, dipinta come “illusoria la pretesa, esplicitata dal legislatore nella Relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 5/2006, che il comitato dei creditori sia espressione collettiva dell’interesse *comune* del ceto creditorio” (corsivo nostro).²⁰⁴ Al contrario, ciascun membro del comitato dei creditori è espressione di un interesse *particolare*, sicché non potrebbe in nessun caso considerarsi in conflitto d’interessi colui che vota per tutelare la posizione del creditore che rappresenta.²⁰⁵

Queste conclusioni riposano sul rilievo che non è possibile individuare un rapporto di strumentalità tra gli interessi dei diversi creditori, tale da configurare l’esistenza di un interesse collettivo. L’inesistenza di un interesse collettivo è evidente nel caso di crediti assistiti da diversi gradi di privilegio: il creditore munito di privilegio speciale non ha altro interesse che quello alla rapida liquidazione del cespite su cui insiste il privilegio stesso, nell’indifferenza più assoluta rispetto all’obiettivo della massima valorizzazione dell’attivo fallimentare e del mantenimento dell’impresa al tessuto produttivo.²⁰⁶

Intreccio d’interessi configgenti che si complica ove si consideri la possibilità che le decisioni del comitato dei creditori siano influenzate da interessi diversi da quello alla maggiore soddisfazione possibile del credito: si pensi, a esempio, la conservazione di una relazione contrattuale con l’impresa del fallito.

Inoltre, le prospettive di soddisfazione delle diverse tipologie di creditori convogliano le loro scelte in direzioni diametralmente

²⁰⁴ ROSSI, *Gli interessi nel comitato dei creditori, Fallimento*, 2010, 10. Per gli argomenti contrari cfr. pag.135 nt.

²⁰⁵ Nello stesso senso PERRINO, *op. cit.*, per la quale “alle manifestazioni di volontà del concordato non possa applicarsi la categoria del conflitto di interessi, giacché i creditori rappresentano una comunità involontaria, irriducibile alla galassia degli enti; e nei limiti della cornice della legalità, ciascun creditore ed anche ciascuna categoria di creditori legittimamente persegue il proprio egoistico interesse, anche se in ipotesi in contrasto, latente o palese, con quello di altri creditori o di altre categorie di creditori”.

²⁰⁶ ROSSI, *op. cit.* Per l’assenza di rapporto di strumentalità anche tra gli interessi dei creditori chirografari, in ragione delle “differenti caratteristiche giuridico-formali” v. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nella amministrazione controllata*, Milano, 1984.

opposte, perché la diversa prospettiva di soddisfazione della pretesa importa una diversa propensione al rischio. Esempio al proposito è la decisione sull'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa successivamente alla dichiarazione di fallimento²⁰⁷: i creditori che si attendono una soddisfazione integrale del credito all'esito della liquidazione fallimentare (tali sono i creditori assistiti da una causa legittima di prelazione, che in sede di riparto vengono soddisfatti per l'intero sul ricavato della liquidazione del bene su cui insiste la loro garanzia) non avranno alcun interesse alla conservazione dell'impresa, anche ove questa possa prospettare risultati ottimali rispetto all'esito della procedura in generale, e soprattutto per gli altri creditori. I creditori chirografari, che dalla liquidazione si aspettano una soddisfazione parziale del credito, avranno senz'altro una maggiore propensione al rischio, perché la massimizzazione del patrimonio del fallito aumenta decisamente le loro prospettive di soddisfazione. Infine i creditori subordinati o condizionali, privi di concrete aspettative di trovare soddisfazione dalla liquidazione, avranno una propensione al rischio estremamente elevata, e avranno sempre interesse alla prosecuzione dell'attività di impresa, i cui rischi e costi si scaricheranno sui creditori di rango superiore, mentre in caso di esito fortunato dell'esercizio provvisorio, otterranno una soddisfazione, seppure non integrale, della loro pretesa.²⁰⁸

Nell'impossibilità di configurare un interesse collettivo dei creditori, non resta che ammettere che il comitato persegue l'interesse della maggioranza dei suoi componenti, ossia soltanto di taluni dei creditori. Insomma, i creditori che compongono il comitato potranno legittimamente informare le proprie scelte di merito ai loro tipici interessi, anche potenzialmente configgenti con quelli dei restanti creditori componenti la massa, non essendo configurabile un interesse collettivo oggettivamente distinto e altro rispetto alla somma

²⁰⁷ È questa una delle decisioni più rilevanti di cui è investito il comitato dei creditori nel procedimento fallimentare.

²⁰⁸ Così ROSSI, *op. cit.*

degli interessi dei singoli, alla stregua del quale valutare la legittimità delle scelte operate dal comitato dei creditori.

Va da sé l'importanza cruciale rivestita dal tema della composizione del comitato dei creditori. E non può mancare di sollevare perplessità che, ancora una volta, il potere di effettuare nuove designazioni (all'esito della verifica del passivo) sia accordata alla maggioranza per somma. L'autorità giudiziaria è tenuta a nominare i soggetti designati dalla maggioranza, purché siano stati rispettati i criteri di cui all'art. 40, e cioè in modo tale da *“rappresentare in maniera equilibrata quantità e qualità dei crediti e avuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi”*. I criteri dettati dall'art. 40 fungono da perno del sistema e decidono del suo equilibrio. Eppure, sono tutt'altro che univoci.²⁰⁹

In conclusione, il comitato dei creditori, lungi dall'essere un *“organo di garanzia dei diritti di tutti”*, è un organo espressione degli interessi dei creditori che vi sono rappresentati. La possibilità di sostituzione a maggioranza (potremmo dire, semplificata) dei suoi componenti e la vaghezza dei criteri di composizione dello stesso, rendono tutt'altro che remota l'ipotesi che si faccia organo espressione dei(l) soli(o) creditori(e) di maggioranza.

Ove si voglia così impostare il discorso, si comprende che la previsione di cui all'art. 40, 5° comma, L.F., varrebbe a identificare un'eventualità di conflitto d'interessi in tutto e per tutto simile a quella descritta dagli art. 1394 e c.c. in tema di rappresentanza: il conflitto d'interessi di cui si parla in questo caso sarebbe quello intercorrente tra l'interesse personale del componente del comitato dei

²⁰⁹ ROSSI, *op.cit.*, palesa le sue perplessità notando l'equivocità di tali criteri. In particolare s'interroga su cosa debba intendersi con rappresentazione equilibrata dei crediti. Da un lato, infatti, l'indicazione potrebbe intendersi come rappresentazione proporzionale dei crediti, tale per cui se il passivo è costituito in prevalenza da creditori di un certo rango allora quel rango (a. es. creditori privilegiati) debba detenere la maggioranza nel comitato, oppure, esattamente all'opposto, la rappresentanza equilibrata potrebbe intendersi come requisito che impone di avere un comitato nel quale sono rappresentati tutti i diversi ranghi di creditori. Al proposito l'Autore conclude come *“il risultato dell'esegesi ha il gusto dell'anarchia, sembrando lecito e comunque giustificabile qualunque approdo interpretativo”*.

creditori e quello dei creditori che questo rappresenta, secondo il tipico schema rappresentante-rappresentato, non già il conflitto tra l'interesse generale della massa creditoria e quello particolare del creditore rappresentato.²¹⁰

Non può trascurarsi di notare come a questa prospettazione se ne contrapponga un'altra, che individua un interesse comune della massa dei creditori dei quali sarebbe istituzionalmente demandata la tutela al comitato. Quest'ultimo, in altre parole, è investito del dovere di gestire la procedura nell'interesse della massa generalizzata dei creditori, sì che ove l'interesse del creditore che siede nel comitato sia incompatibile con l'interesse della massa creditoria nel suo complesso, il componente in questione soggiace all'obbligo di astensione dal voto, perché in conflitto di interessi.²¹¹ A riprova della

²¹⁰ Così, ROSSI, *op. cit.* nota che “nella determinazione del rapporto d'incompatibilità degli interessi che determina il conflitto, quindi, il componente del comitato dei creditori non deve riferirsi a un (inesistente) interesse della massa, né ben che meno, a quello della serie di creditori diverse dalla propria, la quale soltanto va tenuta in considerazione come suo riferimento”. Dunque, sarà senz'altro in conflitto d'interessi la decisione presa per la tutela di altri *stakeholders*, oppure quelli del creditore persona fisica, laddove ciò possa pregiudicare la pretesa creditoria di quella serie di creditori che il componente del comitato ivi rappresenta.

²¹¹ Il comitato dei creditori, cioè, è chiamato a operare “per il perseguimento di interessi pubblicistici, che comunque, trascendono quelli specifici riferiti alla posizione personale dei creditori chiamati a farne parte”. Sicchè, i membri del comitato devono “assumere l'incarico con la terzietà insita nel fatto che esso è tenuto a svolgere compiti che sono diretti a tutelare non già le posizioni dei singoli componenti, ma la esigenza di tutta la massa dei creditori globalmente considerata”. Così NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, che considerano il comitato dei creditori alla stregua di un organo portatore o “tutore” dell'interesse dell'insieme dei creditori. SCHIAVON, *Commento agli artt.40 e 41 nel Nuovo diritto fallimentare*, diretto da A.Jorio e coordinato da M.Fabiani, Bologna, 2006, 668. Il comitato dei creditori sarebbe investito di una funzione “istituzionale”, avendo come punto di riferimento l'interesse della massa dei creditori, e operando in nome di un interesse che travalica quello personale dei creditori chiamati a farne parte. L'incarico assunto dai componenti del comitato è rivolto allo svolgimento di attività a tutela non già delle posizioni dei singoli componenti, quanto piuttosto delle esigenze di tutta la massa dei creditori globalmente considerata. Non si capisce, in realtà, perché il legislatore avrebbe dovuto attribuire un compito di tal sorta al comitato dei creditori, sottraendolo al curatore, che è tradizionalmente l'organo neutrale demandato a tutelare le ragioni dell'intera massa creditoria. È probabile, quindi, che la scelta del legislatore sia stata proprio nel senso di attribuire al comitato dei creditori la gestione della procedura in quanto espressione dei creditori più rilevanti

differenza tra le delibere dei creditori *uti singuli*, non accomunati da alcun fine, e quelle dei componenti del comitato dei creditori, tutori dell'interesse comune, deporrebbe una chiara indicazione normativa: il fatto che la norma abbia previsto all'art. 40 il divieto di votare in conflitto d'interessi, tacendo, all'opposto, per le votazioni dei singoli creditori, starebbe a significare che i componenti del comitato dei creditori siano chiamati a votare per la tutela dell'intera massa creditoria.

A prescindere dall'applicabilità delle norme in materia di conflitto d'interessi, s'impone di ricercare la finalità dell'istituto del comitato dei creditori per comprendere se e quando possa dirsi che l'esercizio del voto da parte dei suoi componenti sia abusivo.

Ove la finalità dell'istituto del comitato dei creditori sia rintracciata nella gestione della vicenda fallimentare, in vista della tutela degli interessi di tutta la massa creditoria (anche volendo negare l'applicabilità del conflitto d'interessi) il voto del componente del comitato esercitato allo scopo di realizzare l'interesse particolare di un creditore a detrimento degli altri sarebbe sindacabile alla luce della teoria dell'abuso.

Più difficile trovare uno spazio all'abuso nel caso in cui la finalità propria del comitato dei creditori venga ricostruita sulla scorta della volontà legislativa di consegnare le sorti della vicenda fallimentare ai creditori con interessi più ingenti nella vicenda (i creditori di maggioranza). In questo caso, il voto finalizzato a tutelare le posizioni di quei soggetti che trovano rappresentanza nel concordato, anche ove portino degli svantaggi agli altri creditori, non può essere valutato come contrario alla finalità per la quale il comitato dei creditori è stato pensato dal legislatore, e quindi abusivo.²¹²

nella vicenda fallimentare, secondo quella ispirazione "privatistica" verso la quale sembra convergere tutta la disciplina.

²¹² È questo, a esempio, il caso del voto sfavorevole espresso dal componente del comitato circa la convenienza di una proposta di concordato che preveda

**5. Dal versante della sostanza al versante della forma:
l'abuso degli atti del procedimento.**

Finora, l'abuso è stato riguardato da un punto di vista sostanziale. La figura è stata, cioè, esaminata sotto il profilo della sorte dell'atto sottoposto alla omologazione in termini di validità ed efficacia. Una simile ricostruzione ci ha indotti a concludere per l'invalidità del concordato abusivo, al quale l'ordinamento nega protezione giuridica.

Eppure, occorre volgere l'attenzione al fatto che il concordato è un atto inserito all'interno di un procedimento, di un insieme di atti finalisticamente collegati tra loro, sicché i singoli atti, in sé considerati, dispiegano solo effetti endoprocedimentali.

Se l'abuso, di fatto, si fa concreto al momento dell'omologazione del concordato, (è da quel momento, infatti, che il titolare del potere consegue l'utilità ulteriore e gli altri creditori o il fallito subiscono il correlativo detrimento) in realtà la condotta attraverso la quale esso viene perpetrato assume la forma di un atto endoprocedimentale: ora il voto dei componenti del comitato dei creditori in sede di parere sulla convenienza della proposta; ora il voto dei singoli creditori in occasione dell'approvazione; ora, nell'atto di presentazione della proposta di concordato al giudice delegato (è questo il caso in cui l'abuso sia contenuto in una particolare clausola della proposta, a esempio la previsione della divisione in classi dei creditori).

Da questa angolatura ricostruttiva, può cogliersi un altro profilo dell'abuso, un'altra modalità in cui esso può descriversi: l'abuso degli atti del procedimento, peraltro non ignoto alla giurisprudenza²¹³. In questo caso, la conseguenza sul piano del

una soddisfazione, per il creditore rappresentato, minore di quella realizzabile con la liquidazione fallimentare.

²¹³ Cass. Civ. SS.UU. 15 novembre 2007, sent. n.23726 in materia di frazionamento abusivo del credito.

provvedimento del giudice sarà l'improcedibilità della domanda di omologazione del concordato.

A ben vedere, i caratteri dell'abuso sono i medesimi sopra illustrati: la deviazione dell'atto dalla sua funzione propria, il conseguimento di vantaggi riprovati dall'ordinamento; e medesima la conseguenza in punto di effetti: l'inidoneità del concordato a dispiegare i suoi effetti nei rapporti tra i creditori e il fallito.

Diversa è solo la prospettiva di ricostruzione del fenomeno, che rende chiaro come l'abuso, che in sostanza rende inefficace l'atto di autonomia, formalmente, si risolve nell'uso strumentale di atti del procedimento.

CONCLUSIONI

L'indagine che si è svolta ha evidenziato un radicale mutamento di prospettiva e d'impostazione di fondo in materia di disciplina della crisi d'impresa.

Di là dalle contingenti esigenze che di volta in volta li hanno ispirati, il complesso degli interventi legislativi che, nel breve volgere di poco più di un decennio, hanno interessato la materia, evidenzia il perseguimento di uno specifico obiettivo collegato all'idea, cui è espressamente ispirata la riforma, che le sorti del patrimonio dell'imprenditore in dissesto debbano essere affidate ai creditori del fallito, che rappresentano i migliori custodi dei propri interessi e, per questo, i più adatti garanti della efficienza complessiva del sistema.

Di qui, la netta scelta legislativa a favore di una spinta "privatizzazione" della gestione della crisi d'impresa, attuata per un verso introducendo una nuova disciplina per gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani attestati di risanamento; per altro verso, intervenendo – in modo assai incisivo – sulle tradizionali procedure concorsuali del fallimento e del concordato preventivo.

La consapevolezza della portata innovativa della riforma è restituita dalle parole dell'allora Ministro della Giustizia, che a questo proposito, affermava "ogni riforma vera sposta degli equilibri. E ogni riforma fa delle scelte. In questo caso la scelta effettuata va verso il mondo della produzione, imprese e banche."

Questo processo di "privatizzazione" conosce la sua più spiccata espressione nella materia del concordato fallimentare.

L'analisi delle norme che hanno ridisegnato i tratti di questo istituto – sia sotto il profilo dell'equilibrio tra gli organi della procedura sia sotto quello dell'accesso e del contenuto del concordato – ne restituisce un quadro complessivo nel quale, effettivamente,

domina la figura dell'autonomia privata e, segnatamente, l'autonomia dei creditori "forti".

Non si è inteso, da parte nostra, prendere posizione in merito alla opportunità di attribuire ai titolari di crediti di maggiore importo una posizione di primazia, in termini decisionali e gestionali, nell'ambito della procedura. È questa scelta del legislatore, che – nell'esercizio del suo potere sovrano – ha deciso di orientare all'efficienza e al mercato la gestione dell'insolvenza sulla base di una opzione di fondo: nel fallimento, l'interesse dei creditori rimane quello prevalente,²¹⁴ e la scelta di quei soggetti che possono gestire al meglio la procedura è caduta sui creditori "più forti", perché titolari di maggiori crediti.

Se il recupero di efficienza costituisce un effetto virtuoso della scelta di "privatizzare", non può però trascurarsi che l'accresciuta dimensione dei poteri conferiti ai privati finisce per essere anche un punto di debolezza, in assenza delle necessarie forme di tutela dei creditori di minoranza, i quali oggi, per come è strutturato il sistema, rischiano di trovarsi in balia delle decisioni dei soli creditori di maggioranza.

Come si è avuto modo d'illustrare nel capitolo I (v. *infra* § 6) la legge di riforma manca affatto di approntare presidi a tutela di questa categoria di creditori, sicché, da un canto l'art. 135 L.F. stabilisce – similmente a quanto disposto in materia di delibere assembleari – che il concordato approvato a maggioranza (di somma) vincola tutti i creditori; d'altro canto, però, il legislatore omette sia di prevedere un luogo nel quale i creditori destinatari della proposta siano chiamati a riunirsi per discuterne e votarla; sia di disporre i consueti contrappesi a tutela delle minoranze. E' a dire: la disciplina sul conflitto d'interessi e quella delle assemblee speciali deputate all'adozione di delibere che incidano su diritti soggettivi di particolari categorie di azionisti.

²¹⁴ Così non è per le procedure di liquidazione coatta amministrativa e per quella dell'amministrazione straordinaria, dove infatti l'assetto dei poteri, soprattutto nei concordati, è del tutto diversa.

E si consideri, al riguardo, che se la posizione di garante dell'interesse dei creditori in sé, quale interesse collettivo ulteriore rispetto a quello dei creditori *uti singuli* (sempre a volerne ammettere la sussistenza), poteva essere sotto l'imperio della vecchia disciplina assunta dal curatore, che lo esercitava tramite il suo parere vincolante sulla proposta di concordato, oggi non può adeguatamente essere svolto dal comitato dei creditori, che *non* è portatore di un interesse *ulteriore e diverso*, rispetto a quello dei creditori che vi sono direttamente rappresentati.

Invero, una più attenta meditazione sui contenuti delle nuove norme del concordato fallimentare, e, soprattutto, sulle implicazioni e applicazioni che ne sono state fatte, rende subito avvertiti di un pericolo: che il risultato finale (certamente estraneo alla volontà del legislatore) sia consistito nel rafforzamento di *alcuni* privati *a scapito e a spese* degli altri privati coinvolti nella vicenda fallimentare; di *alcune* classi di creditori e non del ceto creditorio in quanto tale.

Se, *de iure condendo*, è auspicabile un intervento del legislatore capace di raddrizzare le storture di una legge il cui risultato, in definitiva, si risolve nel dotare *alcuni* privati di strumenti che consentono loro di conseguire profitti e vantaggi anche (per il tramite e) a danno di altri soggetti coinvolti nell'insolvenza, *de iure condito* a noi pare che la soluzione vada ricercata nei poteri che l'ordinamento assegna al giudice chiamato a valutare qualsiasi atto di autonomia privata.

Le preoccupazioni sulla mancanza di adeguata tutela delle minoranze si fanno concrete e più gravi, ove si accolga la prospettiva – fondata su un equivoco, eppure piuttosto diffusa – del nuovo ruolo assegnato al giudice dalla Riforma.

La “privatizzazione” delle procedure concorsuali – si osserva – non sarebbe completa se, a fronte dell'ampliamento dei poteri di autonomia attribuiti ai creditori, al fallito e ai terzi, non spogliasse il giudice di penetranti poteri di sindacato sul contenuto economico del concordato e non lo relegasse al ruolo di mero controllore del rispetto

delle formalità della procedura. Il concordato, quale atto di autonomia, ripugnerebbe qualsiasi ingerenza del giudice che esulasse dalla verifica delle formalità richieste dalla legge e dal rispetto della regolarità della procedura.

Una simile interpretazione della norma che configura il potere di sindacato del giudice in sede di omologazione (art. 129 L.F.) trascura, però, di considerare che la qualificazione del concordato alla stregua di atto d'autonomia privata, lungi dall'escludere il controllo dell'autorità giudiziaria, lo implica. E sotto molteplici profili, che vanno dal controllo sulle condizioni soggettive dei contraenti, al contenuto dell'atto, al legittimo esercizio del potere di autonomia.

Sembra infatti evidente che la natura negoziale del concordato fallimentare determina, come conseguenza, l'applicazione dell'intera disciplina degli atti di autonomia privata. Attiene infatti all'essenza del sistema che l'autonomia privata è riconosciuta e tutelata solo se sono rispettati i limiti a essa imposti dalla legge.

Solo in questo caso l'atto in cui si esprime il potere di autonomia è riconosciuto dall'ordinamento che si vincola a collegare a quell'atto effetti giuridici corrispondenti all'intento dichiarato dalle parti.

In questo complessivo contesto diviene a mio avviso evidente l'equivoco logico che si annida nell'equivalenza *autonomia-libertà incondizionata*, la quale, a sua volta, evoca l'assenza di controllo, ed è possibile riempire di concreto significato la formula, semanticamente neutra, dell'art. 129 L.F., che affida al Tribunale il compito di controllare "la regolarità della procedura e l'esito della votazione."

In questa prospettiva il controllo sulla *regolarità della procedura e l'esito del voto* individua infatti il controllo giudiziale della sussistenza delle precondizioni di validità dell'atto, della sua immunità da vizi invalidanti e, *last but not least*, la verifica che il potere di autonomia sia stato, in concreto, esercitato dal suo titolare in modo non confliggente con il sistema di valori su cui si fonda il nostro ordinamento.

In questo senso si è affermato che il giudice chiamato a omologare la proposta di concordato può negarla ove essa si riveli, in concreto, diretta ad attribuire al proponente o a taluno dei creditori *utilità ulteriori* e in contrasto con le finalità per le quali lo strumento è stato concepito dal legislatore.

Il divieto di abuso del diritto determina l'inammissibilità di domande di concordato che – pur non presentando violazioni di precise disposizioni recate nella legge fallimentare – tuttavia comportino, in concreto, il vantaggio preferenziale di un creditore a danno della restante massa²¹⁵ o un ingiustificato svantaggio del fallito. L'inidoneità dell'atto a farsi regola (giuridicamente vincolante) del rapporto si fonda sul principio che l'ordinamento non può ammettere che uno strumento concesso al privato per soddisfare un determinato interesse valutato come *meritevole di tutela* sia piegato al fine di conseguire un vantaggio *riprovato* dallo stesso ordinamento e quindi, in ultima analisi, illecito.

Questa ricostruzione dei poteri del giudice in sede di omologazione, testimonia una significativa evoluzione del sistema volta a favorire una prospettiva *rimediale* al fondo della quale non si fatica a scorgere l'idea di una diversa ripartizione di competenze tra potere legislativo e giurisdizione, che riserva al legislatore la selezione degli interessi meritevoli di protezione giuridica, lasciando al giudice la individuazione del rimedio più idoneo a dare tutela effettiva agli interessi in gioco.

Di fronte a questa evoluzione, che indubbiamente è in corso, il compito della dottrina sembra quello di garantire la coerenza dell'insieme evitando che il perseguimento del massimo di giustizia sostanziale nel singolo caso si risolva in arbitrarietà e incontrollabilità della decisione²¹⁶.

²¹⁵ È il caso della sent. 3274 del 2011. I giudici trattano *ex professo* dell'applicabilità del principio del divieto di abuso del diritto anche all'ambito concordatario salvo, poi, ritenerlo non applicabile al caso di specie.

²¹⁶ Cfr. NUZZO, *Autonomia e controlli nel tempo della complessità*, in *Tutela dei diritti e sistema ordinamentale*, Napoli 2011.

In questo quadro va collocata l'emersione e il progressivo utilizzo ad opera della Corte di Cassazione dello strumento dell'abuso del diritto, che permette un controllo *funzionale* degli atti di esercizio del potere di autonomia, come limite all'autonomia dei privati nel caso in cui quel potere sia in concreto esercitato per ottenere utilità diverse e incompatibili con quelle in relazione al quale il potere è attribuito alle parti, operando così come norma di chiusura del sistema chiamata a operare in presenza di vuoti di tutela, anche laddove la condotta sia formalmente congruente allo *schema* di condotta descritto dalla fattispecie attributiva del potere, colmando così non *lacune di disciplina*, ma *lacune di tutela*.²¹⁷

La giurisprudenza più recente in materia di concordato fallimentare, sembra conformarsi a questa impostazione, con ciò tentando di reagire alla rottura del binomio principio maggioritario-eterotutela²¹⁸ che, in mancanza di correzione finisce col privare di

²¹⁷ Si è visto, più *sopra*, come l'approccio rimediale serva, in buona sostanza, a "prospettare forme di tutela che, sul piano sostanziale, sono destinate a riempire il vuoto che sussiste tra i diritti e le azioni, raccordandosi a "bisogni di tutela" che insorgono al momento della violazione e che sovente non sono predicati a livello delle disposizioni normative primarie". Così DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi, Europa e diritto privato*, 2005, 2.

²¹⁸ Si rimanda al cap. II § 6 per la trattazione delle cause che hanno ingenerato il vuoto di tutela di cui si parla. Sotto l'imperio della vecchia disciplina, il concordato era idoneo a dispiegare i suoi effetti nei confronti di tutti i creditori anteriori alla dichiarazione di fallimento sulla base di una decisione presa a maggioranza *solo e proprio* perché la convenienza *in generale* del concordato era assicurata dal controllo del giudice. Ora che, dei termini del binomio principio maggioritario - eterotutela, (indefettibile presupposto della deroga al principio dell'unanimità) è stato eliminato uno dei due termini (l'eterotutela) e reso più pervasivo l'altro (principio maggioritario, divenuto semplificato), si che non solo si svela *de-legittimata* la deroga al principio cardine dell'autonomia privata, per cui nessuno può essere vincolato da una determinazione di volontà cui non abbia consentito, ma si palesa altresì l'esigenza di fornire i necessari presidi di tutela per i creditori di minoranza, non più tutelati né dal giudice, né dai meccanismi che tradizionalmente presiedono ai gruppi retti dal principio maggioritario (diritti di partecipazione, diritti di impugnazione delle delibere invalide e assunte in conflitto di interessi) che rendono possibile l'autotutela nei gruppi di diritto privato. Il nocciolo del problema, insomma, sta proprio nell'anomalia della deroga ai principi dell'autonomia privata. Il problema dell'abuso si pone allorché il creditore di maggioranza possa, con una propria determinazione di volontà, arrecare un pregiudizio alla controparte.

protezione interessi pure meritevoli di tutela. In questo senso, essa non merita le accuse d'incertezza e/o confusione mosse da una parte della dottrina²¹⁹.

Un'analisi più attenta consente infatti di rilevare che l'uso giurisprudenziale dello strumento "abuso del diritto" non si risolve nella creazione di un *nuovo* criterio di valutazione della condotta, ma assolve alla diversa funzione di costituire indizio di un conflitto tra il risultato dell'atto in concreto posto in essere dalle parti e un interesse giuridicamente protetto, prevalente su quello che l'atto tende a realizzare²²⁰.

Il procedimento logico sotteso all'applicazione della regola di divieto dell'abuso del diritto si articola nei seguenti momenti: a) l'interprete sussume la condotta nella fattispecie attributiva di un potere riconosciuto dall'ordinamento; b) s'avvede che la funzione concreta dell'atto "non va d'accordo con la sua forma",²²¹ c) opera una valutazione comparativa tra l'intensità della tutela che l'ordinamento accorda all'interesse perseguito con la clausola considerata e quella

Il problema non si porrebbe laddove per soggiacere a un eventuale trattamento deteriore fosse necessaria l'approvazione di ciascun contraente (oppure se ciascuno potesse opporsi all'omologazione). Sarebbe ristabilita la regola per cui ciascuno può contrattare, anche a condizioni per sé sfavorevoli, ove il proprio consenso si sia regolarmente formato ed espresso.

²¹⁹È infatti, fortemente controversa la identificazione dei poteri del giudice in sede di omologazione, sia *ex officio*, sia con riguardo ai motivi deducibili in via di opposizione alla omologazione; manca un indirizzo chiaro in tema di classamento dei creditori; la disciplina sull'invalidità delle delibere assembleari assunte con il voto determinante del socio in conflitto d'interessi, benché più volte evocata a bilanciamento del principio di maggioranza (di somme) per l'approvazione del concordato, non risulta in concreto mai utilizzata; l'abuso del diritto (quasi tralatiziamente) evocato come principio normativo utile per la soluzione del caso concreto, in verità cede, nelle motivazioni delle diverse sentenze, il passo all'applicazione, di volta in volta, di precise disposizioni di legge (ora la contrarietà alla disciplina della *par condicio creditorum*; ora alle regole di buona fede).

²²⁰ NUZZO, *op. loc. ult. cit.*

²²¹ Ci serviamo della sintesi di GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, IANUS, 2009, 1, per indicare come l'abusività della condotta sia da ricostruire in una prospettiva teleologica, funzionale, nei termini cioè di deviazione delle utilità concretamente perseguite mediante l'atto di esercizio rispetto a quelle che il legislatore ha inteso accordare al titolare.

della tutela accordata all'interesse che quella clausola pregiudica, negando la produzione di effetti corrispondenti all'abuso.

Ciò corrisponde alla competenza del Giudice al quale spetta, secondo i principi, di valutare l'atto di autonomia accertando l'esistenza in concreto delle sue condizioni di validità, della sua meritevolezza, e che esso sia frutto di un *corretto esercizio del potere di autonomia*; che cioè il potere sia esercitato nell'osservanza dei principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, tra cui figura il dovere di servirsi del potere di autonomia per finalità non incompatibili con la funzione normativamente affidata all'atto oggetto di valutazione.

Il giudice, dunque, nel decidere dell'idoneità del concordato fallimentare a farsi regola del rapporto tra la massa dei creditori e il debitore, dovrà valutare non soltanto i presupposti di validità inerenti alle condizioni soggettive dei contraenti, la conformità dell'atto al modello normativo, ma anche spingersi a verificare che la concreta funzione di *quel* concordato non si ponga in contrasto con lo scopo per il quale lo strumento è attribuito ai privati.

Bibliografia

L. Abete, *Commento all'art. 28*, in *Nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006, I.

S. Ambrosini, *Concordato preventivo: profili generali e limiti del controllo giudiziale*, in *IlCaso.it*, 53/2007.

S. Ambrosini, *Il concordato fallimentare*, in *Il fallimento. Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. XI, Milano 2009.

R. Bellè, *Concordato fallimentare e controlli in sede di omologazione*, *Fallimento*, 2009, 7.

M. Bernardi, *Il ruolo del Tribunale e del Giudice delegato alla luce della recente riforma della legge fallimentare*, in *IlCaso.it*, II, 50/2007.

M. Bernardi, *Il concordato fallimentare: principi ispiratori e rinnovato ruolo degli organi della procedura a seguito dei recenti interventi riformatori*, in *IlCaso.it*, II, 117/2008.

E. Bertacchini, *Clausole generali e autonomia negoziale nella crisi d'impresa*, *Contratto e impresa*, n.3, 2011.

E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960.

P. Bosticco, *Il "nuovo corso" del concordato fallimentare*, *Fallimento*, 2007, 7.

G. Bozza, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, *Fallimento*, 2009, 424.

V. Calderini, *Omologazione di atti societari soggetti a iscrizione e poteri di controllo del Registro delle Imprese*, *diritto e Giurisprudenza*, 2005, 1.

P. Catalozzi, *Il "classamento obbligatorio" nei concordati*, *Fallimento*, 2010, 7.

A. Cataudella, *La giustizia del contratto*, *Rassegna di diritto civile*, 2008, II, 625.

A. Cavalaglio, *Sub Art. 129. Giudizio di omologazione* *Commento in Il nuovo diritto fallimentare II*, 2015, diretto da A. Jorio- M. Fabiani Bologna 2010.

G. Coscioni, *Ruolo del giudice delegato nella "riforma della riforma"*, *Fallimento e crisi d'impresa*, 2008, 3.

- F. D'Alessandro, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.* 2006, 7-8, 329.
- F. D'Alessandro, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, *Giur. comm.* 2001, 4.
- G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto (Nota a Cass. 18 settembre 2009, n.20106)*, *I contratti*, 2010, 1.
- G. D'Attore, *Il conflitto di interessi fra creditori nei concordati*, *Giurisprudenza commerciale*, 2010, 3, 392.
- M. De Benetti, *Accordo omologato e vizi del consenso*, *Studium iuris*, 2005, 4.
- V. De Sensi, *La concorsualità nella gestione delle crisi di impresa*, Luiss University Press, 2009.
- L. De Simone, *La suddivisione dei creditori in classi*, in *Il Caso.it*, II, 170/2009.
- A. Di Majo, *Il linguaggio dei rimedi, Europa e diritto privato*, 2005, 2.
- A. Di Majo, *L'interesse del fallito e i diritti fondamentali*, *il Corriere giuridico* 2011, 2.
- M. Dossetti, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, *Giurisprudenza Italiana*, 1969, I, p. 1573.
- C. Esposito, *Omologazione del concordato: verifica della regolarità*, *Fallimento*, 2009, 7.
- M. Fabiani, *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*, in *Fallimento*, 2008, 1.
- M. Fabiani, *Eccessi di protezione degli interessi del fallito e mancata attenzione ai principi riformatori della riforma fallimentare*, *Il foro italiano*, 2010.
- M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009.
- M. Fabiani, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, *Fallimento*, 2008, 9.
- D. Finardi, *La ripartizione dei poteri degli organi del concordato fallimentare dopo la riforma*, *Fallimento*, 2010, 8.

- E. Fregonara, *Il nuovo concordato fallimentare*, *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2007, 13.
- M. Gaballo, *Il nuovo concordato preventivo, le novità della riforma e prime applicazioni giurisprudenziali*, in *IlCaso.it*, II, 43/2006.
- F. Galgano, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000 pp.189-205.
- F. Galgano, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Padova, 2004.
- F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, Padova.
- A. Galimberti, *Non è abuso la par condicio violata*, *Il Sole 24 Ore Online*.
- D. Galletti, *Classi obbligatorie? No, grazie!*, *Giurisprudenza commerciale*, 2010, 2, 343.
- A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.* 2010, 2, 354.
- A. Gentili, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*.
- S. Giani, *Il giudizio di omologazione*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi, Bologna, 2008.
- F. Guerrera, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2006, 5, 527.
- N. Irti, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, *Riv. dir. civ.* 1999, 13.
- N.Irti, *Diritto senza verità*, Bari, 2011.
- G. Laurini, *Il sistema del controllo di legalità sugli atti societari. Una riforma urgente*, *Rivista delle società*, 2000.
- G. Lo Cascio, *Organi del fallimento e controllo giurisdizionale*, *Fallimento*, 2008, 4.
- G. Lo Cascio, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, *Fallimento* 2008, 9.
- G. Lo Cascio, *Insolvenza Alitalia: nuova versione dell'amministrazione straordinaria* in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 2008, 10.

- G. Lo Cascio, *Il concordato fallimentare: aspetti attuali e prospettive future*, *Fallimento*, 2011, 4.
- G. Lo Cascio, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, *Fallimento*, 2010, 4.
- F. Macario, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione, (Nota a Cass. 18 settembre 2009, n.20106)*, in *Il Corriere giuridico*, 2009, 12.
- C. Maria, *Perché ricorrere alle clausole generali quando è sufficiente l'applicazione della norma positiva?* *Fallimento*, 2009, 4, 458.
- D. Messinetti, *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia giuridica*, II, p.1.
- G. Minutoli, *Quale futuro per il giudice delegato (la riforma del diritto fallimentare tra pretese di efficienza ed emarginazione della giurisdizione)*, *Fallimento*, 2005, 12.
- G. Minutoli, *La riforma della legge fallimentare e il nuovo ruolo della giurisdizione*, *Diritto fallimentare*, 2006, I, 834.
- G. Minutoli, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, in *Fallimento*, 2008, 2.
- G. Minutoli, *L'autonomia privata nella crisi di impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, *Fallimento*, 2008, 9.
- G. Minutoli, *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente "classamento" dei creditori: il punto nelle prassi e in dottrina*, *Fallimento*, 2010, 1.
- M.Morici, *Proposta concordataria di un terzo e tutela degli interessi del fallito*, *Giur. Merito*, 2010, 3, 744.
- U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, *Riv. Trim. Proc. Civ.* 1958.
- G. Negri, *Appunti per uno studio sull'abuso del diritto*, *Jus*, 2009, 1.
- A. Nigro; D.Vattermoli, *Diritto delle crisi delle imprese*, Bologna, 2009.
- N. Nisivoccia, *I poteri dell'autorità giudiziaria nel nuovo concordato fallimentare*, in *Giur. Comm.* 2008, 3, 715.
- N. Nisivoccia, *Sull'abuso del diritto in ambito concordatario, e su altre questioni*, *Fallimento*, 2011, 4.

- E. Norelli, *Il concordato fallimentare "riformato" e "corretto"*, *Rivista dell'esecuzione forzata* n. 1/2008.
- E. Norelli, *La sistemazione dell'insolvenza attraverso il nuovo concordato fallimentare*, *Esecuzione forzata*, 2006, 2.
- M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.
- M. Nuzzo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Torino, 2005.
- M. Nuzzo, *Limiti dell'autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici*, in *Persona e Mercato*, (a cura di) G. Vettori, Padova, 1996.
- M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*, (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n.20106), *Riv. dir. civ.*, 2010, 2.
- I. Pagni, *Vizi del consenso e annullabilità della separazione consensuale omologata: lo sfuggente rapporto tra autonomia negoziale e controllo giudiziale*, *Famiglia e Diritto*, 2005, 5.
- A. Papa, *I controversi confini del giudizio di omologazione degli atti sociali*, *Diritto e Giurisprudenza*, 1998, 3-4.
- S. Patti, *L'abuso del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., I, 1987, UTET.
- S. Patti (diretta da), *Il diritto*, *enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano 2007.
- P. Perlingeri, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rassegna di diritto civile*, 1999, 4.
- A. M. Perrino, *I limiti del controllo giudiziale tra classamento e voto*, *Fallimento*, 2010, 11.
- G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004, 1
- G. Pino, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso) in Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Giuffrè, Milano, 2006.
- P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, *Riv. dir. civ.* 1965, I.
- P. Rescigno, *Contratto*, E.G. IX Roma 1988.
- P. Rescigno, *Sui principi generali del diritto*, *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1992.

- P. Rescigno, *L'abuso del diritto (Una significativa rimediazione delle Sezioni Unite)* in *Corriere giuridico*, 2008, 6.
- C. Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, *Rassegna critica di diritto privato*, 2010, 2.
- A. Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, *Trattato teorico-pratico*, Torino, 1902.
- V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001.
- V. Roppo, *Diritto privato*, Torino, 2010.
- A. Rossi, *Gli interessi nel comitato dei creditori*, *Fallimento*, 2010, 10.
- M. Rotondi, *L'abuso di diritto*, *Riv. dir. civ.* 1923 marzo-aprile.
- R. Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato e nella amministrazione controllata*, Milano, 1984.
- R. Sacchi, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, *Fallimento*, 2009, 9.
- F. Santoro Passarelli, *Dottrina generale di diritto civile*, Jovene, 1986
- V. Sangiovanni, *Aspetti problematici del giudizio di omologazione del concordato fallimentare*, in *Fallimento*, 2010, 3.
- V. Sangiovanni, *Omologazione del concordato fallimentare e opposizioni*, *Fallimento*, 2011, 5.
- Sanzo, *Il concordato fallimentare*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008.
- G. Schiavon, *Commento agli artt. 40 e 41*, in *Nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna 2006, I.
- M. Sciuto, *Forma pubblica, controllo di legalità e condizioni di iscrivibilità nella costituzione della società di capitali*, *Rivista delle Società*, 2001.
- L. Stanghellini, *Creditori "forti" e governo delle crisi di impresa nelle nuove procedure concorsuali* in *Fallimento*, 2006, 4, 377.
- L. Stanghellini, *Sub. Art.124. Proposta di concordato*. in *Il nuovo diritto fallimentare*, II, 1947, diretto da A. Jorio- M.Fabiani Bologna 2010.

F. Tedeschini, Omologazione, *Enciclopedia giuridica*, 30, 86.

Valensise, Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare dopo il d.lgs.169/2007 in *Il concordato fallimentare*, a cura di Demarchi.

G. Vettori, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008.

G. Vettori, *Regole di validità e regole di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, *Obbligazioni e Contratti*, 2008, 2.

G. Vettori, *L'abuso del diritto*, *Distingue frequenter*, *Obbligazioni e contratti*, marzo 2010.

R. Vitale, *L'abuso del diritto "nega l'omologazione del concordato fallimentare*, www.assonime.it.

M.Vitiello, Sub Art.125. *Esame della proposta e comunicazione ai creditori. Commento in Il nuovo diritto fallimentare*, II, 1993, diretto da A. Jorio- M.Fabiani Bologna 2010.

R. Vivaldi, *Soluzioni stragiudiziali ed intervento del giudice*, *Fallimento*, 2003, 9.