

Fabrizio Di Marzio

INTRODUZIONE AL CONCORDATO PREVENTIVO

1. – Sulla natura giuridica del concordato preventivo.....	1
2. Sulle teoriche contrattualistiche.....	2
3. Concordato e accordi di ristrutturazione dei debiti. Il concordato come procedura concorsuale deliberativa.	4
4. Segue: La deliberazione concordataria. -	5
5. Sistema della responsabilità patrimoniale e trattamento dei creditori.	6
6. Sull’offerta di pagamento al creditore garantito.	8
7. Autonomia negoziale e trattamento dei creditori chirografari.	13
8. Sulla scelta di trattare in modo differenziato i creditori chirografari e sull’onere di formare classi	14
9. Deliberazione a maggioranza e comunanza dell’interesse.	18
10. Deliberazione concordataria e statuto dell’imprenditore commerciale.	21
11. Deliberazione abusiva e tutela del credito.	22
12. Abuso della deliberazione. Insussistenza di un interesse pubblico al controllo della convenienza del concordato per i creditori.	24

1. – Sulla natura giuridica del concordato preventivo. – Una introduzione allo studio del concordato preventivo deve avviarsi dal dibattuto problema sulla natura giuridica. Nonostante un diffuso convincimento in dottrina sulla inutilità pratica della questione - convincimento evidentemente presente anche in molta letteratura recente, infatti disinteressata al tema – come si dimostrerà in queste pagine l’operazione dogmatica è rilevante non solo per la appropriata definizione teorica dell’oggetto di studio ma anche, e conseguentemente, per la sistemazione dei problemi esegetici e applicativi posti dal diritto positivo riformato.

Nella dottrina sedimentatasi in materia possono dirsi prevalenti le teoriche sulla natura negoziale dei concordati (non solo preventivo ma anche fallimentare). Esse descrivono queste procedure come contratti, o per lo meno individuano l’essenza del fenomeno concordatario in un contratto stipulato tra debitore e (massa dei) creditori. Queste posizioni svalutano drasticamente il dato obbiettivo e condizionante della struttura procedurale del concordato, e occultano la modalità decisoria di schietta conformazione procedurale prevista dalla legge: che è non il consenso contrattuale ma la deliberazione a maggioranza.

Proprio del contratto è il potere di costituire, modificare, cedere o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale fatti salvi i limiti di liceità e validità dell’accordo. In particolare, il credito dedotto nel contratto può essere rinegoziato senza limitazione alcuna e senza che alcuna limitazione sia posta dalla garanzia che l’assiste. La stessa parità di trattamento dei creditori non ha rilevanza nel contratto sulla crisi d’impresa, che ogni creditore può concludere a specifiche condizioni. Non accade lo stesso nel concordato dove la proposta, per quanto ampiamente libera nei contenuti, deve soddisfare precise condizioni di ammissibilità concernenti, soprattutto, il trattamento da riservare ai creditori. Queste condizioni di ammissibilità contribuiscono alla presentazione di questo istituto nell’ordinamento privatistico, dove si qualifica come *procedura concorsuale*.

In sintesi, la lampante differenza tra contratto e concordato è nel fatto che mentre il primo è determinato dal consenso, e dalla decisione di ciascun creditore esclusivamente sul proprio credito, invece il secondo è determinato dalla deliberazione a maggioranza, e dalla decisione della maggioranza su tutti i crediti concorsuali. All’amplissima libertà conformativa del consenso si contrappone la contenuta libertà conformativa della deliberazione maggioritaria, a cui per la regola generale del concorso stabilita nell’art. 2741 c.c. sono sottratti sia il credito garantito che il trattamento incondizionatamente differenziato dei crediti chirografari. Ecco allora la necessità di definire precisamente la natura giuridica del concordato, e perciò anche di tracciare una netta linea di separazione tra concordato e contratto: necessità teorica ma per di più pratica considerando che anche

in passato nella prassi «si è cercato in ogni modo e in ogni tempo di forzare il testo normativo» proprio articolando fantasiosamente il trattamento riservato ai creditori concordatari ⁽¹⁾.

2. Sulle teoriche contrattualistiche. - Le tesi contrattualistiche sono tanto risalenti quanto diffuse. Tratto comune delle versioni più accreditate è nella concezione del concordato giudiziale (preventivo o fallimentare) come accordo tra debitore e massa dei creditori. Per richiamare una celebre sintesi: «Le maggioranze dei creditori [...] rappresentano la collettività dei creditori e ne esprimono legalmente la volontà. È questa la volontà di tutti i creditori, aderenti, dissenzienti, assenti ed anche ignoti. Non è però la sola volontà dei creditori – la quale si accorda con quella del debitore, accettandone le proposte – che costituisce di per sé il concordato. Proposte e adesione formano il contratto giudiziale che richiede, per essere perfetto, un terzo elemento costitutivo: la omologazione del tribunale» ⁽²⁾.

Per questo modo di vedere: *in primo luogo*, i creditori concorsuali sarebbero compresi in un insieme, che acquisisce autonomia attraverso la entificazione della collettività che vi si raccoglie in un vero e proprio nuovo soggetto giuridico: «l'ente massa» ⁽³⁾; *in secondo luogo*, il soggetto così formato, concettualmente autonomo dalle singole partecipazioni concorrenti a formarlo, esprimerebbe il complessivo *consenso* (o dissenso) al concordato ⁽⁴⁾; *in terzo luogo*, la formazione del consenso sarebbe tributaria della struttura del soggetto artificiale a cui è ricondotto: per realizzarsi attraverso la deliberazione a maggioranza; *in quarto luogo*, l'omologazione del tribunale soccorrerebbe al consenso, costituendo condizione legale di efficacia dell'accordo raggiunto.

Il maggior profilo di criticità delle teoriche contrattualistiche è dato dalla differenza 'ontologica' che corre tra contratto e concordato: mentre proprio del contratto è il consenso, invece nel concordato alcuni dissentono (i creditori, appunto, dissenzienti) e altri restano estranei (i creditori concorsuali ma non concorrenti perché assenti); e tuttavia per diritto positivo il concordato obbliga tutti. Le più antiche concezioni ritenevano di spiegare la vincolatività del contratto di concordato per i creditori dissenzienti e assenti ricostruendo la volontà di costoro come presunta (gli assenti presunti come consenzienti) oppure come costretta (dalla prevalente volontà della maggioranza) o utilizzando lo schema della rappresentanza legale (della minoranza da parte della maggioranza) o infine la figura del contratto processuale (in cui l'omologazione del tribunale supplisce alla mancanza del consenso di tutti i creditori) ⁽⁵⁾. Una acuta ricostruzione, criticando le vecchie teoriche, dedusse la natura contrattuale del concordato dal vincolo comunitario (di carattere pignoratizio) che avrebbe avvinto i creditori concorsuali per effetto del provvedimento di apertura della procedura, costituendoli in una collettività deliberante a maggioranza ed esprimente, in tal modo, un complessivo consenso alla proposta del debitore, vincolante anche per dissenzienti e assenti ⁽⁶⁾. Mentre si confermò l'insufficienza dei ragionamenti più risalenti sulla volontà dei creditori non aderenti, e contraddittorie le tesi della rappresentanza legale e del contratto giudiziale ⁽⁷⁾, pure si dimostrò insussistente il preteso accomunante diritto di pegno ⁽⁸⁾. Decisivi erano poi due rilievi. Con il *primo*, si obiettava che l'obbligatorietà del concordato non discendeva dall'intesa tra debitore e creditori, ma dal provvedimento di omologazione del tribunale; il quale si fondava per di più su di un penetrante

⁽¹⁾ Citazione da BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Comm. Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, diretto da Bricola-Galgano-Santini – art. 160-186, Bologna-Roma, 1979, 138.

⁽²⁾ BOLAFFIO, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932, 114. Nella dottrina classica cfr. anche G. BONELLI, *Del fallimento*, III, Milano, 1923², 21 ss. Per la letteratura formatasi sulla legge del 1942 cfr. AZZOLINA, *IL fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961², 1043 ss.; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, 553 ss.

⁽³⁾ Questa l'espressione di G. BONELLI, *Del fallimento*, III, cit., 21 ss.

⁽⁴⁾ Cfr., per es., VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Torino, 1905², 360, che definisce il concordato preventivo un «accordo fra la massa dei creditori e il debitore insolvente»

⁽⁵⁾ Per una sintesi cfr. A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, 94 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. A. ROCCO, *Il concordato*, cit., 158 ss.; 167.

⁽⁷⁾ Cfr. A. ROCCO, *Il concordato*, cit., 96 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. lo studio di CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1946², 21 ss.; 134 ss.

controllo di merito ⁽⁹⁾. E, per fornire l'effettiva misura di tale controllo, si sottolineava che nemmeno una approvazione unanime avrebbe determinato una sicura omologazione essendo sempre in potere del tribunale di respingere la proposta, e dunque di decidere autonomamente sulla stessa ⁽¹⁰⁾. Con il *secondo* rilievo si obiettava che avverso il concordato non erano esperibili le normali azioni di invalidità e di risoluzione contrattuale, essendo limitata la tutela alle reazioni, preventive e successive, contro il provvedimento di omologazione ⁽¹¹⁾.

La riforma ha notevolmente ampliato gli spazi di autonomia negoziale nel concordato. Non solo ha sottratto la domanda a ogni precedente vincolo di tipicità ⁽¹²⁾; ma ha per di più pesantemente conformato il controllo giurisdizionale: *nel metodo*, eliminando le iniziative di ufficio e prestando ossequio al principio dispositivo; *nel merito*, con la soppressione del giudizio di 'meritevolezza' del debitore, con il rafforzamento del principio maggioritario (attraverso l'abrogazione della regola sulla maggioranza per teste e stabilendo nuove regole sulla maggioranza per somme, che si richiede come non qualificata ma assoluta) e con il rafforzamento del potere di approvazione della maggioranza (attraverso la tendenziale inibizione di ogni vaglio sulla convenienza della proposta).

Queste profonde modificazioni all'insegna della 'privatizzazione' delle procedure di insolvenza hanno consolidato una diffusa convinzione sulla natura contrattuale del concordato dopo la riforma, portando al definitivo accantonamento delle tradizionali e sempre criticate visioni processualistiche e al ridimensionamento delle visioni miste (ossia contaminate da elementi sia contrattuali che processuali) ⁽¹³⁾. Queste tesi, che potrebbero identificarsi come 'neocontrattualistiche', non argomentano ulteriormente sulla natura contrattuale del concordato ma assumono gli argomenti classici e li corroborano con il rilievo della intervenuta 'privatizzazione' dei processi di concordato ⁽¹⁴⁾. Il ragionamento si svolge sulla preliminare constatazione che 'privatizzazione' è termine che indica (piuttosto che la degiurisdizionalizzazione delle procedure) il nuovo importante ruolo assegnato ai creditori. Se così è, «il lemma 'contrattualizzazione' appare più felice perchè vuole attestare la centralità del ruolo dei terzi e dei creditori come protagonisti dei concordati» ⁽¹⁵⁾.

Le modificazioni intervenute nella legge consentono di superare argomenti critici prima decisivi, come la presenza del vaglio giurisdizionale annichilente l'autonomia decisoria dei creditori. Non è però su di esse che può fondarsi un sufficiente argomento sulla natura contrattuale del concordato. Il recuperato ruolo di terzietà del giudice e il contenimento del suo intervento non sollecitato dalle parti aiutano a sostenere l'integrale recupero del concordato all'area del diritto dei privati, al riparo da ogni contaminazione pubblicistica, che apparirebbe assolutamente distonica con i principi e le regole del mercato concorrenziale. L'ampliamento dei poteri determinativi dei soggetti privati (del potere di proposta del debitore e del potere di approvazione dei creditori) corrobora questa

⁽⁹⁾ Si sosteneva, diffusamente, che «ridurre la concezione del concordato preventivo a mezzo convenzionale sostitutivo dell'esecuzione [...] è un perdere di vista l'essenza reale dell'istituto: gli elementi convenzionali che vi si possono rinvenire sono del tutto insufficienti e trascurabili, per qualificare la natura giuridica dell'istituto, di fronte all'emergenza di concordati che prescindono del tutto dalla deliberazione dei creditori; di fronte all'assorbente controllo di merito deferito al tribunale, con potestà di eliminare e annichilire la volontà delle parti» (PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, 2212; sulla stessa linea, cfr. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, II, Napoli, 1974, 996 ss. e BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 138, il quale pure convenne sulla «l'assoluta trascurabilità degli elementi negoziali»).

⁽¹⁰⁾ Cfr. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 418 ss., che ricorda come la tesi sia dovuta ad ASCARELLI, *Sulla natura dell'attività del giudice nell'omologazione del concordato*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, II, 231.

⁽¹¹⁾ Cfr. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 137.

⁽¹²⁾ In dottrina si è pertanto scritto della 'detipizzazione' della proposta di concordato' (cfr. GUERRERA, *Le soluzioni concordatarie*, in ABRIANI e altri, *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 134).

⁽¹³⁾ Per una esaustiva sintesi critica cfr. la pagina, ancora attuale, di BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in *Trattato Galgano*, Padova, 1997, 104 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr., tra i molti, GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007, 206.

⁽¹⁵⁾ M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 83, che richiama il pensiero di MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, cit., 135 e anche di AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fallimento*, 2007, 1273.

conclusione. Ma né l'uno né l'altro profilo del diritto positivo potrebbero avvalorare l'idea della natura contrattuale del concordato, non essendo il contratto *l'unico ed esclusivo* strumento per l'esercizio dell'autonomia privata in generale e negoziale in particolare.

3. Concordato e accordi di ristrutturazione dei debiti. Il concordato come procedura concorsuale deliberativa. – L'idea della natura contrattuale del concordato induce al paragone tra concordato e accordi di ristrutturazione, essendo questi ultimi contratti tra debitore e maggioranza dei creditori (per ammontare dei crediti) assoggettati alla omologazione del tribunale ⁽¹⁶⁾. Il paragone evidenzia una preliminare differenza di struttura e, conseguentemente, di effetti: mentre gli accordi di ristrutturazione consistono in contratti tra debitore e ciascun creditore (secondo il modello storico del concordato individuale e amichevole) lasciando intatta la posizione dei creditori estranei all'intesa, invece il concordato non è costituito da accordi ma si forma su deliberazioni maggioritarie; non coinvolge esclusivamente gli aderenti, ma tutti i creditori concorsuali. L'istituto degli accordi di ristrutturazione, concretizzando nel diritto positivo la figura dei contratti sulla crisi d'impresa omologabili dal tribunale, dimostra l'astratta plausibilità del contratto omologabile dal tribunale e della omologazione quale *condicio iuris* di efficacia dell'accordo. Sembrerebbe pertanto offrire un decisivo argomento per superare ogni perplessità sulla costruzione della omologazione quale condizione di obbligatorietà ed efficacia dell'accordo di concordato. Tuttavia, nonostante il vaglio del tribunale (di legalità in assenza di opposizioni e di merito in caso contrario), ossia nonostante una ingerenza giudiziaria perfettamente assimilabile a quella che si realizza nei concordati, gli accordi di ristrutturazione restano veri e propri contratti e, se omologati, producono oltre ai consueti effetti contrattuali l'ulteriore ordine di effetti stabilito dall'art. 67, comma 3, lett. e) l.f. Non accade lo stesso per il concordato, che prima della omologazione non produce effetti di sorta. Significativamente, a differenza di quanto accade per il concordato, l'accordo è impugnabile secondo le ordinarie azioni di invalidità e di risoluzione, senza che l'oggetto di impugnativa debba confinarsi nel decreto di omologazione del tribunale, assoggettato alla opposizione preventiva degli interessati ma non anche alla impugnativa successiva in caso di invalidità dell'accordo o di inadempimento dello stesso da parte del debitore o di altri obbligati. La vistosa eterogeneità tra contratti omologabili e concordati offre un argomento decisivo per combattere la tesi sulla natura contrattuale anche di questi ultimi: diversamente che nel passato, il contratto sulla crisi d'impresa assoggettabile a omologazione è oggi provvisto di una apposita disciplina che lo differenzia dalle figure di concordato, e rende perciò ancora meno plausibile che nel passato la spiegazione anche di queste ultime – che costituiscono procedure concorsuali - come contratti sulla crisi d'impresa.

Il paragone tra accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati conferma la linea di separazione tra accordi e procedure concorsuali. Il carattere procedurale del concordato - sul quale non appare necessario spendere molte parole, data l'evidenza della disciplina legale che organizza i concordati secondo precise fasi procedurali - non è però servito alla soluzione del problema della natura giuridica; la compresenza di elementi negoziali e processuali è parsa concettualmente non sintetizzabile, dimostrandosi insufficienti e «sterili» i «virtuosismi dialettici per conciliare momento negoziale e momento processuale» ⁽¹⁷⁾; dal che la diffusa preferenza per quella varietà di soluzioni classificate come teoriche miste che tuttavia, proprio per aver rinunciato a ogni sintesi, hanno raggiunto risultati meramente descrittivi ⁽¹⁸⁾.

Invece, il tentativo di superare anacronistici schematismi senza cedere a scetticismo ricostruttivo è stato coltivato dietro l'autorevole spunto che, se il concordato mira al soddisfacimento dei creditori - manifestando così una finalità esecutiva - nondimeno consta di un accordo tra

⁽¹⁶⁾ Infatti, nella dottrina neocontrattualistica si ritiene di poter iscrivere i concordati «nel palinsesto degli accordi rivolti a gestire la crisi d'impresa» M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., 71.

⁽¹⁷⁾ BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 139.

⁽¹⁸⁾ Cfr. il severo giudizio di BONSIGNORI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1992, 274 sulla «soluzione meramente verbale» a cui approdano tali teoriche. L'ultimo esaustivo censimento di questa letteratura è in M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., 120 s.

proponente e creditori, e dunque ripete una natura negoziale ⁽¹⁹⁾. Su questo abbrivio, contestando la necessità della costruzione di una categoria dogmatica assimilabile a quelle, sostanziali o processuali, compiutamente disciplinate nell'ordinamento e a cui fare riferimento per eventuali interpretazioni analogiche volte a colmare lacune, il concordato preventivo è stato presentato come *procedura concorsuale* ⁽²⁰⁾.

Questa conclusione non si mostra pienamente soddisfacente, arrestandosi a un livello di genericità tale da non consentire guadagni ulteriori alla eliminazione degli equivoci indotti dalle teoriche sulla natura contrattuale del concordato. Per porre nel giusto risalto il profilo negoziale del concordato, si può partire proprio dal carattere indiscusso dato dalla *proceduralità*. Accanto a tale carattere, qualificato nei termini della *concorsualità*, vi è – e va considerato – il carattere della *negozialità*. Non sembra in effetti dubitabile che il concordato possa definirsi procedura concorsuale negoziale; in tal modo distinguendosi dal fallimento, che è procedura concorsuale non negoziale ⁽²¹⁾.

Ciò posto, e per uscire dal vago, occorre definire più esattamente questo altrimenti sfuggente carattere della negozialità. Può ipotizzarsi che il concordato sia una *procedura concorsuale deliberativa*. Per il vaglio dell'ipotesi e per l'elaborazione della tesi occorre verificare se il carattere procedurale del concordato – incompatibile con il paradigma contrattuale – sia invece compatibile con il paradigma deliberativo.

4. Segue: La deliberazione concordataria. - La mancanza di una disciplina generale sulla deliberazione e l'assenza di una soddisfacente ricostruzione teorica di pari ampiezza; la presenza di una disciplina generale sul contratto e la storica elaborazione di una teoria di pari ampiezza hanno determinato, nella poderosa elaborazione induttiva del 'negozio giuridico', concezioni della deliberazione assai prossime alle concezioni sul contratto e sugli atti unilaterali. L'ambito teorico generale fu costituito dalla teoria sulla combinazione di atti, in cui si giustapposero contratti e atti unilaterali, atti complessi e atti collegiali e collettivi ⁽²²⁾. Il momento «non meramente individualistico» dell'esperienza giuridica, proprio della collettività (degli atti collettivi) e della collegialità (degli atti collegiali), e invece estraneo all'atto complesso e anche al contratto, restò sacrificato nel processo di riduzione teorica delle figure; con ciò pure rimase occultata l'essenziale peculiarità dell'esperienza giuridica della collettività e della collegialità, e pregiudicata l'autonoma ricostruzione teorica della deliberazione quale modalità esplicativa degli atti collettivi e collegiali. Così una autorevole dottrina ricostruisce una importante vicenda concettuale. E tanto al precipuo fine di segnalare come la partecipazione di una pluralità di agenti ai contratti e agli atti complessi da un lato e agli atti collettivi e agli atti collegiali dall'altro, «si atteggi in modo profondamente differente». Mentre nel contratto e nell'atto complesso la pluralità di agenti partecipa «in posizione di reciproca indipendenza ed autonomia», «nella collettività e collegialità invece esiste costantemente un principio organizzativo della pluralità di agenti, principio organizzativo proprio dettato in funzione della produzione dell'azione» ⁽²³⁾. Detto principio organizzativo – finalizzato alla produzione dell'azione collettiva e collegiale – si esplica, più in dettaglio, nella disciplina di funzionamento della procedura (per l'appunto) di deliberazione e nel principio di maggioranza quale (usuale) criterio di selezione

⁽¹⁹⁾ Così SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 367 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 146 ss.

⁽²¹⁾ La stessa insistenza della dottrina a proporre le tesi sulla natura contrattuale dimostrano quanto sia diffusa e radicata tale convinzione, peraltro difficilmente confutabile atteso che nella votazione i creditori concorsuali approvando o respingendo la proposta esercitano un atto dispositivo del credito.

⁽²²⁾ Cfr. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, rist., Milano, 1993, 2 ss. che, in limpida sintesi, constata: «Se infatti atto è comportamento umano giuridicamente rilevante non può [...] evitarsi di riconoscere che tanto nel contratto, che nei c.d. atti complessi, collettivi e collegiali alla pluralità di soggetti corrisponde una pluralità di atti. Con ciò, automaticamente, i fenomeni, tanto numerosi, e tanto, già a prima vista, disparati [...] che vengono in genere inquadrati in queste categorie dommatiche, si trovano tutti collocati su di un identico piano logico-sistematico, quello appunto della teoria della combinazione di atti» (26).

⁽²³⁾ Cfr. P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari*, cit., 12 ss.; 41 ss., testo e note.

della decisione⁽²⁴⁾. Mentre collegialità e collettività definiscono «l'entità organizzata», «la figura di produzione dell'azione», invece la deliberazione definisce «il piano dell'attività»⁽²⁵⁾. Come è opportuno precisare, «per azione collettiva o collegiale [...] si intende] l'azione tipica del gruppo organizzato, in cui i partecipanti cioè sono in qualche modo legati in ordine all'azione»⁽²⁶⁾. L'attività è organizzata secondo regole di azione, ossia procedurali; attraverso tali regole si esplica il fenomeno deliberativo.

Per l'acclarata natura procedurale il fenomeno deliberativo, quale modalità di produzione dell'azione tipica del gruppo organizzato, si mostra concettualmente compatibile con il concordato: che consiste appunto in procedura. L'assunto trova conferma nel diritto positivo, dove lo schema essenziale dei concordati si articola nelle fasi di: *i*) giudizio di ammissibilità della proposta⁽²⁷⁾; *ii*) deliberazione dei creditori⁽²⁸⁾; *iii*) giudizio di omologazione⁽²⁹⁾; *iv*) risoluzione e annullamento del concordato⁽³⁰⁾. In questo senso può comprendersi l'affermazione secondo cui «l'accordo» tra proponente e creditori concorsuali costituisce «atto del procedimento»⁽³¹⁾.

Che poi non si tratti di accordo, ma di deliberazione, conferma e rafforza la realtà del fenomeno quale atto del procedimento. E, per di più, quale fase apicale intorno alla quale è organizzato l'intero procedimento, che si fa comprendere come procedimento deliberativo: non soltanto la fase di discussione della proposta e votazione ma anche la fase precedente (di ammissione) e le fasi successive (di omologazione, risoluzione e annullamento) appaiono strettamente funzionali alla deliberazione dei creditori, la quale costituisce la fase centrale e concettualmente determinante della procedura. Le verifiche di ammissibilità della domanda; la disciplina del voto; le regole sulla omologazione del concordato e i rimedi della risoluzione e dell'annullamento sono passaggi evidentemente funzionali alla deliberazione: per meglio dire, *costitutivi della procedura deliberativa*.

Merita di essere ancora una volta sottolineato che i concordati, per essere procedure concorsuali deliberative (ossia procedure di deliberazione), non possono essere ricostruiti come contratti. La procedura concorsuale deliberativa costituisce la possibilità della decisione a maggioranza e apre larghe prospettive alla proposta che non incontri il consenso di tutti i creditori, e che dunque non possa contribuire a un contratto; tuttavia, proprio la mancanza del consenso di tutti rende necessaria la procedura culminante nella deliberazione, e impone invalicabili limiti all'esercizio di autonomia del proponente.

5. Sistema della responsabilità patrimoniale e trattamento dei creditori. - Poiché oggetto della deliberazione è la domanda di concordato, la definizione dello spazio di autonomia negoziale nella elaborazione della domanda, e dunque la precisazione dei limiti a cui è soggetta l'offerta ai creditori, aiuta pure la piena comprensione della deliberazione quale adesione a maggioranza a una proposta non contrattabile.

Oltre a preliminari condizioni di trasparenza, la domanda deve soddisfare a determinati requisiti concernenti il trattamento dei creditori. Mentre le condizioni di trasparenza non rappresentano una peculiarità del concordato, apprezzandosi previsioni anche in tema di accordi, assoggettabili o meno a omologazione, diversamente le regole sul trattamento dei creditori sono specifiche del concordato (fondandosi gli accordi sul consenso). È perciò su queste ultime, piuttosto che sulle prime, che deve indirizzarsi la trattazione.

Nell'indagine occorre distinguere tra creditori prelatizi e creditori chirografari, poiché in generale la legge sottopone gli uni e gli altri a trattamenti differenti. La differenza di trattamento tra

⁽²⁴⁾ Che, peraltro, potrebbe dipendere anche dalla unanimità, non implicando la deliberazione il criterio della maggioranza: cfr. P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari*, cit., 48 ss., testo e nota 131.

⁽²⁵⁾ Cfr. sempre P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari*, cit., 41 ss., testo e note.

⁽²⁶⁾ Cfr. P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari*, cit. 47, nota 126.

⁽²⁷⁾ Cfr. artt. 125 e 160-166 l.f.

⁽²⁸⁾ Cfr. artt. 125-128 e 174-178 l.f.

⁽²⁹⁾ Cfr. artt. 129-133 e 179-182; 183-184 l.f.

⁽³⁰⁾ Cfr. artt. 137-138 e 186 l.f.

⁽³¹⁾ Cfr. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 321 s.

creditori garantiti e creditori chirografari è stabilita in maniera netta (e storicamente consolidata): mentre i secondi possono approvare o meno il concordato deliberando a maggioranza, invece i primi sono esclusi dal voto nei limiti in cui sono garantiti e non rinunciano alla causa di prelazione.

La ragione per cui soltanto i creditori chirografari sono ammessi al voto sul concordato non è dichiarata nel diritto della crisi d'impresa, ed è a esso estrinseca, rinvenendosi nel diritto privato generale che nel primo è presupposto. Secondo le regole della responsabilità patrimoniale, il debitore risponde delle obbligazioni assunte con tutti i suoi beni, presenti e futuri (art. 2740 c.c.); i creditori hanno eguale diritto di soddisfarsi su tali beni, fatte salve le cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.). Per la seconda regola, che qui interessa, tutti i creditori possono soddisfarsi sul patrimonio del debitore, ma a differenti condizioni: giacché i creditori forniti di cause di prelazione non solo concorrono con tutti gli altri creditori sul patrimonio del debitore, ma hanno per di più diritto di soddisfarsi sui beni che costituiscono oggetto della causa di prelazione con preferenza sugli altri creditori, che rispetto ai primi restano subordinati. Come evidenziò la dottrina più autorevole, il diritto reale di garanzia dà luogo sulla cosa gravata «a una responsabilità qualitativamente diversa dall'ordinaria e più intensa»⁽³²⁾; i creditori prelatizi, in quanto portatori di «forme di garanzia qualificata del diritto di credito»⁽³³⁾, sono titolari di un potere di azione esecutiva più penetrante di quello degli altri creditori⁽³⁴⁾. Nel fallimento è stabilita la regola per cui i creditori garantiti fanno valere il loro diritto di prelazione sul prezzo dei beni vincolati (art. 54, comma 1, l.f.). Per conseguenza, la capienza del bene oggetto di garanzia esclude l'interesse del creditore garantito a concorrere con gli altri creditori sui beni restanti del debitore (soddisfacendosi il creditore prelatizio, entro i limiti della prelazione, in assoluta solitudine). Nell'ambito delle procedure concorsuali il soddisfacimento del creditore prelatizio sul bene oggetto della garanzia si realizza al di fuori del concorso in cui si agitano gli altri creditori. Perciò l'esistenza della causa di prelazione su parte del patrimonio del debitore sottrae *interesse* al concorso su quel determinato patrimonio, e dunque alla procedura in cui tale concorso è disciplinato: fallimento o concordato. Come annotò la dottrina classica, «La legge considera [...] il credito garantito, di fronte alla deliberazione pel concordato, come se non facesse parte del passivo, e il suo portatore come se fosse fuori dalla massa»⁽³⁵⁾. Lo svolgimento della procedura di concordato e le scelte gestorie in essa assunte, poiché non incidono sul pagamento del credito, che rimane assicurato dalla liquidazione dei beni oggetto di garanzia, sono abbastanza irrilevanti per l'interesse del creditore. Anche l'esito della procedura è alquanto indifferente per il creditore prelatizio: infatti il soddisfacimento del suo credito - anziché riconnettersi (né esclusivamente e nemmeno primariamente) alla positiva esecuzione del piano concordatario - dipende dalla esitazione del bene oggetto di garanzia⁽³⁶⁾.

Una implicazione del ragionamento è che i creditori garantiti di cui si tratta siano non tutti i creditori garantiti ma esclusivamente i creditori che vantino una garanzia *sul patrimonio del debitore*: giacché la garanzia sul bene del terzo non intacca «*la eguaglianza di trattamento dei creditori sulla sostanza del debitore comune*»⁽³⁷⁾: ossia, le condizioni di realizzazione della responsabilità sul

⁽³²⁾RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1949, 13.

⁽³³⁾NICOLÒ, *Sub art. 2741 c.c.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna – Roma, 1955, 22; RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 15.

⁽³⁴⁾Cfr. anche GORLA, *Le garanzie reali delle obbligazioni*, Milano, 1935, 136 ss. Nell'ultima dottrina, cfr. A. PATTI, *I privilegi*, in *Trattato Cicu – Messineo – Mengoni - Schlesinger*, Milano, 2003, 13.

⁽³⁵⁾G. BONELLI, *Del fallimento*, III, cit., 81. A. ROCCO, *Il concordato*, cit., 126 affermò, più seccamente, che i creditori garantiti «non fanno parte, come tali, della massa». In giurisprudenza, cfr. l'insegnamento di Corte Cost. 28 dicembre 1980, n. 202, in *Foro it.*, 1981, I, 326.

⁽³⁶⁾Non si vuole sostenere che i creditori garantiti non siano creditori concorrenti; tale qualità è infatti stabilita dalla legge (cfr. art. 52 l.f.). Preme invece evidenziare che i creditori garantiti sono sottratti al *concorso paritario* con gli altri creditori, condividendo con quelli esclusivamente l'ambito procedurale della esecuzione collettiva.

⁽³⁷⁾BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., 126 s., che aggiunge: «così come non l'altera la fideiussione, la quale dà al creditore, che se ne premuni, una maggiore sicurezza di integrale pagamento»; v. anche A. ROCCO, *Il concordato*, cit., 429 ss.; G. BONELLI, *Del fallimento*, III, cit., 79 s. (in tema di concordato fallimentare) e 512 (in tema di concordato preventivo). Soprattutto nella letteratura successiva, tale assunto è stato posto - ma infondatamente - in discussione (v. § 76).

patrimonio del debitore; infatti in simili evenienze «non si ha mai un *creditore ipotecario* [o comunque garantito] *di fronte al fallimento* [o, nel concordato preventivo, rispetto al patrimonio del debitore]»⁽³⁸⁾.

Ai fini sistematici può dunque affermarsi che poiché il concordato è una procedura concorsuale esso - a differenza di quanto accade per il contratto, ampiamente soggetto alla volontà delle parti - risponde alle *regole generali sul concorso dei creditori* sul patrimonio del comune debitore. La nettezza del nesso sistematico tra principi e regole della responsabilità patrimoniale e trattamento dei creditori nelle procedure sulla crisi d'impresa è stato posto in evidenza anche in studi recenti, affermandosi che «il *presupposto* delle relative discipline è [...] rappresentato da una *disfunzione della garanzia patrimoniale dell'impresa* e il loro oggetto dal patrimonio dell'impresa in crisi, in quanto appunto *strumento di garanzia* dei creditori»⁽³⁹⁾. Nondimeno, anche la dottrina più attenta è solita prescindere da tale legame e dalle sue manifeste implicazioni: con l'inevitabile rischio di avanzare proposte ricostruttive che, siccome elaborate nella limitata prospettiva offerta dalla legge dedicata, riescono illineari e incompatibili con il sistema⁽⁴⁰⁾. Come si vedrà nei §§ successivi, proprio questo rischio si è realizzato nella prassi in formazione, annoverandosi numerosi i provvedimenti giudiziari e i lavori dottrinali in cui si sostiene, variamente, una ampia (e anche incondizionata) libertà di offerta ai creditori garantiti: con ciò trascurando (e in pratica cancellando) la differenza essenziale e insopprimibile tra credito garantito e credito chirografario.

6. Sull'offerta di pagamento al creditore garantito. - Nel diritto tradizionale, l'esistenza della garanzia sul patrimonio del debitore e la esclusione dal voto del creditore garantito sono bilanciati dal diritto di quest'ultimo al pagamento integrale, ossia all'adempimento esatto della obbligazione. L'art. 3, comma 3, l. 21 maggio 1903, sul concordato preventivo, dichiara l'inammissibilità della domanda in cui non siano previste serie garanzie per il pagamento dei creditori chirografari nella misura minima del quaranta per cento, senza nulla aggiungere sul pagamento dei creditori garantiti. Detto pagamento deve però essere integrale: infatti - sulla scorta di quanto stabilito nel codice di commercio in ordine al concordato fallimentare (cfr. art. 834) - i creditori garantiti restano esclusi dal voto salvo rinuncia (cfr. art. 14 l. cit.). Su questa linea, nella versione del 1942, la legge fallimentare dispone, espressamente, soltanto sul trattamento dei creditori chirografari, implicitamente prevedendo come obbligatoria la soddisfazione integrale dei creditori prelatizi, infatti sottratti al voto salvo rinuncia (art. 160, comma 2; 177, comma 2, l.f.).

L'integrale ed esatta soddisfazione è dato talmente pacifico da non richiedere esplicitazione. Esso è implicato nel concetto stesso, e nella funzione, del diritto di garanzia: riassumibili nella idoneità al soddisfacimento del credito «coi soli propri mezzi» e «indipendentemente dai mezzi intrinseci» del diritto di credito stesso⁽⁴¹⁾. Esso è inoltre chiaramente desumibile dalla regole ricorrente secondo cui il creditore prelatizio non ha diritto al voto se non rinuncia alla garanzia. Questa regola stabilisce il rapporto tra diritto di prelazione e diritto di voto in termini di alternatività e non cumulabilità: l'attribuzione dell'uno *esclude* l'attribuzione dell'altro. L'esclusione del diritto di voto implica la *non conformabilità* dell'obbligazione nella domanda di concordato. Dunque, il creditore garantito gode di un credito sottratto alla proposta di concordato (non conformabile in essa) ma anche incapace di incidere su quella (sottratta all'approvazione anche del creditore garantito). Per la diversa opinione dovrebbe ammettersi l'inammissibile: e cioè che sul credito garantito possano decidere sia il proponente che i creditori chirografari - l'uno nella proposta, gli altri con il voto - ma non anche il creditore garantito medesimo, a cui non è attribuito dalla legge il diritto di voto.

⁽³⁸⁾ G. BONELLI, *Del fallimento*, III, cit., 80.

⁽³⁹⁾ G. FERRI JR., *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, in ABRIANI e altri, *Diritto fallimentare*, cit., 31.

⁽⁴⁰⁾ Cfr., tra i molti contributi, gli approfonditi lavori di STANGHELLINI, *Art. 124 l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2006, 1947 ss.; CENSONI, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 20 ss.

⁽⁴¹⁾ Così RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 13, che porta l'esempio del creditore ipotecario che fa vendere la cosa ipotecata già alienata a terzi in ragione delle sole facoltà proprie del diritto reale di garanzia.

Al creditore garantito è nondimeno riconosciuto espressamente il diritto di rinunciare in tutto o in parte alla garanzia, acquisendo così il diritto di voto. Il potere di rinuncia si spiega riflettendo che il vantaggio connesso alla titolarità della garanzia si consuma sul terreno della escussione, e si apprezza concretamente con riguardo al risultato della esecuzione (conversione di un bene in denaro). Pertanto tra titolarità della garanzia, esclusione al voto e diritto al pagamento integrale corre una falsa implicazione; la vera implicazione è tra titolarità della garanzia, esclusione dal voto e diritto al pagamento preferenziale *nei limiti del risultato della esecuzione*. Per questa implicazione – che non sfuggiva alla dottrina classica ⁽⁴²⁾ - il creditore garantito, escluso dalla deliberazione, può rinunciare alla garanzia per parteciparvi; infatti, nei limiti in cui il valore dell'oggetto della garanzia non raggiunge il valore nominale del credito, l'adempimento resta affidato alla esecuzione della promessa concordataria, sulla quale quel creditore ha interesse a esprimersi ⁽⁴³⁾.

Nel solco della tradizione, la legge riformata ha confermato l'esclusione dal voto per i creditori prelatizi che non rinunciano alla garanzia (artt. 127, comma 2 e 177, comma 2, l.f.). Ha perciò ribadito che i crediti garantiti non sono conformabili nella proposta concordataria, e dunque che ai creditori garantiti deve essere offerto l'esatto adempimento dell'obbligazione. Prima con l'intervento organico del 2006 (che ha inciso sul concordato fallimentare) e poi con l'intervento correttivo (che ha inciso sul concordato prebventivo) è stata pure introdotta una importante innovazione la quale, mentre incide profondamente sul trattamento dei creditori prelatizi, non pregiudica la posizione di vantaggio concretamente assicurata dalla titolarità della garanzia. È stabilito che la proposta di concordato può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca non vengono soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione (cfr. artt. 124, comma 3, e 160, comma 2, l.f.). Tali creditori sono considerati chirografari per la parte residua del credito (cfr. artt. 127, comma 4 e 177, comma 3, l.f.) ⁽⁴⁴⁾.

La differenza tradizionale tra fallimento e altre procedure concorsuali è nel realizzare il primo la liquidazione dei beni del debitore e nell'evitare le seconde quella liquidazione: in ragione di nessuna liquidazione o di una liquidazione concordataria che consegua livelli di soddisfacimento dei creditori equiparabili. In particolare, il creditore garantito può rinunciare, in tutto o in parte, alla garanzia; ma se non vi rinuncia essa vale nel concordato come nel fallimento. Poiché nel concordato può non realizzarsi una liquidazione (o può addivenirsi a forme di liquidazione diverse da quella fallimentare), essenziale preoccupazione del legislatore è che il creditore garantito non consegua un soddisfacimento di misura inferiore rispetto a quello conseguibile in sede (di liquidazione) fallimentare. È tuttavia concesso al proponente di contenere l'offerta nei limiti di realizzo della garanzia: così da ricondurre a realtà il vantaggio del creditore garantito rispetto agli altri creditori. È pertanto previsto che la soddisfazione prospettata non possa essere inferiore al valore di mercato dei beni oggetto di garanzia. Questo valore è accertato con apposita stima dell'esperto. Il procedimento consente di prefigurare il risultato della liquidazione fallimentare. In tal modo, quella concreta liquidazione è sostituita nel risultato da una liquidazione *virtuale*.

Queste disposizioni, facendo eccezione alle regole generali, autorizzano una proposta di concordato con pagamento parziale dei crediti garantiti. La misura dell'adempimento *non è tuttavia liberamente disponibile* dall'offerente: vale infatti il limite imperativamente stabilito del valore di realizzo del bene su cui grava la garanzia. In caso di fallimento il creditore prelatizio sarebbe stato avvantaggiato proprio nei limiti di tale valore; cosicché sempre negli stessi limiti può

⁽⁴²⁾ Cfr. G. BONELLI, *Del fallimento*, III, cit., 446.

⁽⁴³⁾ Cfr., in generale, A. ROCCO, *Il concordato*, cit., 432; e poi G. BONELLI, *Del fallimento*, III, cit., 81, che spiega la regola della rinuncia come autotutela del creditore contro la «poca sicurezza» della garanzia.

⁽⁴⁴⁾ Il problema della incapienza della garanzia era noto alla dottrina classica: cfr. ancora A. ROCCO, *Il concordato*, cit., 428. La soluzione oggi vigente era stata anche anticipata, interpretativamente, da alcuni autori: cfr. G. BONELLI, *Del fallimento*, III, cit., 446; 556, testo e nota 1^{bis}; e, nella dottrina successiva, CALCIOLI, *Trattamento dei creditori con privilegio nel concordato preventivo e fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1958, I, 175; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1966², 521; INZITARI, *Il soddisfacimento dei creditori con prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 383 ss. Tali opinioni sono rimaste tuttavia isolate per la mancanza di una sufficiente giustificazione alla luce delle legislazioni storicamente vigenti.

avvantaggiarsene nei concordati. La regola sopravvenuta svela definitivamente il vizio logico insito nella falsa implicazione tra titolarità della garanzia, esclusione al voto e diritto al pagamento integrale. Il diritto tradizionale si preoccupava soltanto dell'interesse del creditore garantito, il quale poteva rinunciare alla garanzia giudicata incapiente per partecipare alla decisione sul concordato. Il diritto riformato si preoccupa anche dell'interesse degli altri creditori, i quali sono destinatari della liquidazione patrimoniale esclusi i proventi della liquidazione del bene garantito. Il creditore garantito ha pertanto diritto al pagamento preferenziale per il valore nominale del credito (come già risultava dalle regole tradizionali) ma pur sempre nei limiti della capienza reale della garanzia (come risulta dalle nuove regole): per la parte restante del credito la sua posizione rispetto al patrimonio del debitore in nulla si distingue da quella dei creditori chirografari. *Da un lato* l'innovazione legislativa scongiura l'ingiustificato vantaggio competitivo che può discendere dall'aprioristico pagamento del credito al valore nominale, il quale vantaggio si concretizza nel caso di incapacienza del bene oggetto di garanzia con l'attribuzione coattiva al creditore garantito di somme invece da ritenersi liberamente disponibili nella offerta a tutti i creditori. In tal modo viene eliminata una irragionevole asimmetria tra concordati e fallimento, la quale sarebbe stata ancora meno accettabile dopo la soppressione della soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari decisa con la riforma ⁽⁴⁵⁾. *Dall'altro lato* le nuove regole, pur ampliando la libertà del proponente, salvaguardano integralmente le concrete possibilità di soddisfacimento del creditore garantito. Nella decisione del proponente di offrire ai creditori garantiti il pagamento nei limiti del valore di realizzo non può dunque ravvisarsi nessuna reale compressione del diritto di garanzia e del credito a cui esso accede ⁽⁴⁶⁾.

I creditori garantiti sono equiparati ai creditori chirografari - essi sì destinatari di una domanda liberamente articolabile - *soltanto* per la parte di credito non offerta in pagamento perché eccedente il valore di mercato dell'oggetto della garanzia. In tali limiti, sono fatti destinatari di una proposta che impone sacrifici e costituisce una *promessa* (dipendendo la soddisfazione del creditore dall'adempimento del concordato e dalla capienza delle garanzie del concordato ma non dalla vendita forzata del bene incapiente) e si presta conseguentemente a essere approvata o respinta in ragione della fiducia che i creditori destinatari della stessa vorranno nutrire (fiducia dipendente anche dalle specifiche garanzie che eventualmente assistono l'adempimento del concordato) ⁽⁴⁷⁾.

La legge stabilisce che i creditori garantiti fanno valere il loro diritto di prelazione sul *prezzo* dei beni vincolati, ed hanno diritto di essere soddisfatti in misura non inferiore al presumibile valore di *realizzo* (cfr. artt. 54, comma 1; 124, comma 3 e 160, comma 2, l.f.). Per la prima disposizione, riferita al prezzo del bene, tali creditori devono essere pagati in denaro. Anche per la seconda disposizione tali creditori hanno diritto al pagamento in denaro. Proprio il denaro costituisce il risultato della conversione del bene nella esecuzione forzata, il c.d. realizzo. Poiché la legge non dispone nessuna stima sul bene in cui il bene oggetto di esecuzione si 'convertirebbe' per scelta del debitore, deve convenirsi che oggetto della offerta ai creditori garantiti debba essere il pagamento in denaro: quale unico 'bene' risultato della conversione, non necessitante di ulteriore conversione e insensibile alla stima. La precisazione è importante: non soltanto perché non sembra sufficientemente acquisita in dottrina, ma anche perché esplicita un altro limite alla organizzazione della proposta

⁽⁴⁵⁾ Proprio sulla considerazione di tale indebito vantaggio si articola la tesi di BONSIGNORI, *Concordato*, in *Comm. Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, diretto da Bricola-Galgano-Santini - art. 118-145, Bologna-Roma, 1977, 251 s., secondo cui i creditori garantiti sarebbero esclusi dal voto non perché privi di interesse, bensì perché portatori di un interesse aprioristico alla soddisfazione concordataria (ossia, per le vecchie regole: immediata e integrale) anziché fallimentare.

⁽⁴⁶⁾ Come si osserva in generale, il valore *reale* del credito può non coincidere con il valore *nominale*; poiché esso dipende dalla capienza patrimoniale del debitore, sarà pari al valore nominale solo in caso di capienza e non anche in caso di incapacienza: cfr. G. FERRI JR., *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, cit., 33.

⁽⁴⁷⁾ Si risolve così anche un altro dilemma affiorante nella recente dottrina: se siano ammessi al voto i creditori chirografari a cui è offerto l'esatto adempimento. Anche chi sostiene la tesi affermativa ritenendola imposta dalla legge la denuncia come ampiamente discutibile *de iure condendo* (cfr., per es., STANGHELLINI, *Art. 124 l.f.*, cit., 1981). In realtà, la risposta positiva - non solo imposta dalla legge settoriale, ma anche lineare con il sistema - discende dal rilievo che tale esatto adempimento è oggetto esclusivamente dell'offerta concordataria, e non è supportato da nessuna garanzia esterna alla stessa.

concordataria. Qualsiasi forma di soddisfazione del credito diversa da quella originariamente stabilita nella fonte della obbligazione implica una modificazione di tali condizioni originarie, la quale modificazione non può essere imposta a creditori non votanti.

Né la lettera della legge porta ragione alla tesi contraria. È ben vero che gli artt. 124, comma 2 e 160, comma 1, l.f. facultizzano il proponente a offrire una soddisfazione dei crediti «attraverso qualsiasi forma»; ma questa locuzione deve essere correttamente intesa e appresa nel contesto in cui insiste: giacché ben lungi dal risolvere il problema interpretativo in effetti nemmeno lo sfiora. La questione, infatti, non è: *cosa* il debitore possa proporre ai creditori; ma è: *a quali* creditori il proponente possa rivolgersi. In altri termini, non è dubitabile che i creditori destinatari della proposta siano destinatari di una offerta ‘detipizzata’ e come tale liberamente articolabile; ma la questione in esame, preliminarmente, è se *anche* i creditori garantiti rientrino tra i possibili destinatari di una siffatta proposta (e nelle pagine precedenti si è accertato che essi restano estranei, perché insensibili, alla promessa concordataria). Dunque, la soluzione del problema interpretativo si pone non a valle, ma a monte delle regole ricordate, la cui applicazione presuppone la soluzione del problema. Perciò tali regole - pur richiamate a fondamento delle tesi sulla libera offerta ai creditori garantiti - sono logicamente inutilizzabili per la soluzione di quello ⁽⁴⁸⁾.

Potrebbe supporre che ai creditori prelatizi possa essere offerta una soddisfazione diversa dal pagamento per come pattuito previa loro ammissione al voto ⁽⁴⁹⁾. Benché una simile soluzione appaia suggestiva e anche soddisfacente a una opinione diffusa in dottrina e in giurisprudenza, deve osservarsi che: il diritto di voto è attribuito dalla legge a determinati creditori, i chirografari e i garantiti nei limiti in cui rinunciano alla garanzia o sono destinati a soddisfarsi su beni incipienti; esso è liberamente esercitabile dal creditore che ne ha la titolarità; esso, quale prerogativa legalmente riconosciuta al creditore, *non è disponibile dal debitore*. Detto altrimenti: mentre, come prevede la legge, il diritto di voto si acquista rinunciando alla causa di prelazione invece non può essere coattivamente attribuito dal proponente al creditore garantito attraverso la conformazione unilaterale delle originarie condizioni adempimento della obbligazione. La diversa opinione sarebbe inconciliabile con la oggettiva funzione della garanzia, che ne resterebbe svuotata, dipendendo l’effettiva operatività della garanzia – e dunque il suo riconoscimento – non dalla legge e nemmeno dal consenso degli interessati bensì dalla proposta di concordato. Quest’ultima può essere confezionata dall’obbligato (che magari stipulò la garanzia) oppure dal terzo proponente il concordato fallimentare. Nel primo caso si avrebbe che l’obbligato può conformare unilateralmente la garanzia che grava sul suo patrimonio: il che è in contraddizione con la posizione di soggezione all’esecuzione coattiva del credito propria di tale artefice. Nel secondo caso si avrebbe che il terzo, altrettanto illogicamente, potrebbe disporre della garanzia che la legge o il contratto hanno costituito a vantaggio del credito altrui. L’idea che il creditore garantito possa subire un trattamento peggiore rispetto a quello previsto da norme di legge purché gli sia riconosciuto il diritto di voto combina incongruamente due elementi eterogenei: i limiti di autonomia negoziale nella organizzazione della domanda da un lato e il diritto di voto dall’altro. Per questa idea sarebbe possibile travalicare quei limiti purché al creditore garantito sia attribuito dal proponente il diritto di voto. Un simile ragionamento rende il creditore garantito un involontario destinatario della domanda di concordato, mentre scopo oggettivo della garanzia è di sottrarre il credito alla conformazione derivante da tale domanda (come esemplarmente dimostra la regola classica che esclude dal voto il creditore garantito, da pagarsi per intero).

In breve, per l’opinione criticata il proponente avrebbe potestà di trasformare il creditore sottratto al concordato in uno dei creditori invece destinatari del concordato. Il che non è poco,

⁽⁴⁸⁾ Sulla tesi criticata cfr., per es., STANGHELLINI, *Art. 124 l.f.*, cit., 1980; C. FERRI, *Classi di creditori e poteri del giudice nel giudizio di omologazione del “nuovo” concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 561.

⁽⁴⁹⁾ Per questo diffuso avviso cfr., esemplarmente (e pur nella varietà di posizioni), STANGHELLINI, *Art. 124 l.f.*, cit., 1980; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato Cottino*, Padova, 2008, 113 ss.; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 354; CENSONI, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, cit., 38 s.

significando che il proponente avrebbe addirittura potestà di trattare il creditore garantito come se non fosse tale, e dunque di trasformare il creditore garantito in creditore chirografario: sovvertendo, perché artefice del concordato, l'intero sistema della responsabilità patrimoniale.

Anche ragionando sulla natura delle norme interessate, si comprende che se la legge prevede, imperativamente, che al creditore garantito non possa essere offerto un trattamento inferiore a quello corrispondente al valore di mercato dell'oggetto della garanzia (cfr. art. 169, comma 2, l.f.), l'offerta difforme dalla prescrizione legale è violativa della stessa, e come tale inammissibile. Quella offerta contraria alla legge nemmeno può assurgere a legalità attribuendosi al creditore garantito un improbabile diritto di voto. In tal modo, infatti, anziché sanare l'illegalità, ci si limiterebbe a violare altra e diversa norma: quella secondo cui il creditore garantito non ha diritto di voto nei limiti del valore di realizzo della garanzia (cfr. art. 177, comma 2, l.f.).

In definitiva, quel che conta riflettere è: a) se il potere conformativo della obbligazione discende dalla approvazione a maggioranza della proposta concordataria, esso non può logicamente esercitarsi su obbligazioni sottratte al voto; b) e ciò neppure ammettendo i creditori (in tali rapporti obbligatori) al voto: giacché la sottrazione al voto implica anche, per converso, salvaguardia dagli esiti dello stesso; e dunque la protezione dal potere conformativo della obbligazione esercitabile attraverso la domanda di concordato e la sua approvazione a maggioranza.

Per completezza occorre domandarsi se sia ammissibile una proposta di concordato che, pur prevedendo il soddisfacimento integrale o comunque nei limiti del valore di realizzo del credito garantito attraverso il pagamento in denaro, offra tale pagamento come non immediato ma *dilazionato*. La vecchia dottrina e la giurisprudenza risalente non dubitavano che il pagamento ai creditori garantiti dovesse avvenire, al più tardi, al passaggio in giudicato del decreto di omologazione del concordato ⁽⁵⁰⁾. La dottrina e la giurisprudenza recenti risultano variamente orientate, ma prevalentemente favorevoli alla opposta e meno rigorosa soluzione sulla ammissibilità di una proposta di pagamento con dilazione ⁽⁵¹⁾.

Tanto le vecchie e minoritarie opinioni quanto le nuove sul pagamento dilazionato adducono argomenti prevalentemente orientati o alla postulata conformità di simili offerte a un ritenuto (ma non specificato) interesse della massa dei crediti chirografari; oppure alla mancanza di indicazioni contrarie nella legge fallimentare o infine (e teleologicamente) a un generico favore verso il concordato. Chi riassunse il panorama dottrinario segnalò la superficialità di tali assunti, carenti peraltro di «qualunque addentellato normativo» ⁽⁵²⁾. Eppure è risalente la notazione di valore sistematico secondo cui la dilazione di pagamento costituisce una limitazione del credito, la quale non può essere imposta al creditore garantito, che come tale è escluso dal voto ⁽⁵³⁾. Non a caso, del resto, certa dottrina e certa giurisprudenza si mostrano consapevoli del problema e precisano: l'offerta dilazionata ai creditori garantiti impone il computo degli interessi (cfr. art. 54, comma 1, l.f.) e l'attribuzione del diritto di voto ⁽⁵⁴⁾. Quest'ultima condizione di ammissibilità, che apparentemente

⁽⁵⁰⁾ Cfr., per riferimenti, PROVINCIALI, *Trattato*, IV, cit., 2230 e nota 21, che qualifica l'assunto sostanzialmente come pacifico, contraddetto da opinioni isolate. Per la giurisprudenza amena risalente cfr. la sintesi di Cass. 26 novembre 1992, n. 12632, in *Fallimento*, 1993, 707: «l'ammissione dell'imprenditore al concordato preventivo postula l'integrale pagamento dei crediti privilegiati immediatamente dopo l'omologazione del concordato, sia perché l'art. 160 della l. fall. - nel condizionare la proposta di concordato al pagamento, entro sei mesi, dei crediti chirografari, e, in caso di dilazione maggiore, alla prestazione di garanzie anche per il pagamento degli interessi - implicitamente presuppone l'immediato pagamento dei crediti privilegiati, sia perché solo l'obbligo dell'immediata soddisfazione di tali crediti giustifica l'esclusione dei creditori privilegiati dal voto per l'approvazione del concordato e la necessità per partecipare ad esso, della loro rinuncia alla prelazione»

⁽⁵¹⁾ Cfr. ancora le notazioni di STANGHELLINI, *Art. 124 l.f.*, cit., 1980; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., 113, nota 17; C. FERRI, *Classi di creditori e poteri del giudice*, cit., 261; CENSONI, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, cit., 39; PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in *Trattato Fauceglia-Panzani*, Torino, 2009, 1421.

⁽⁵²⁾ BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 56.

⁽⁵³⁾ Cfr. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 57.

⁽⁵⁴⁾ Così, con diffusa motivazione, Trib. Catania 27 luglio 2007, in *Giur. comm.*, 2008, II, 677 ss. Quest'ultima condizione di ammissibilità è tuttavia in antinomia con il già illustrato e fondamentale contenuto del diritto di garanzia costituito dalla salvaguardia dal voto.

riconcilierrebbe la tesi sulla dilazionabilità con il sistema, è in realtà antinomica con il già illustrato e fondamentale contenuto del diritto di garanzia, il quale è costituito proprio dalla esclusione, che è anche salvaguardia, dal voto ⁽⁵⁵⁾. Deve prendersi atto che la dilazione - che determina un finanziamento indiretto della controparte - non è conseguibile che per due vie: il contratto (attraverso cui si realizza la rinegoziazione dell'obbligazione originaria) o la deliberazione di concordato (attraverso cui si approva la proposta). Quest'ultima presuppone la partecipazione al voto del creditore; ma si è visto che il creditore garantito è sottratto al voto, e neppure può esservi ricondotto per volontà del proponente. La salvezza dal voto protegge il creditore garantito dall'inconveniente dell'offerta dilazionata, che rivolta a lui si mostra inammissibile ⁽⁵⁶⁾.

7. Autonomia negoziale e trattamento dei creditori chirografari. - Quali destinatari della promessa concordataria, i creditori chirografari sono ammessi al voto. Al *diritto* di voto riconosciuto ai creditori chirografari corrisponde un ampio spazio determinativo della proposta concordataria. Se per *principio generale* deve essere assicurata la parità di trattamento di tutti i creditori chirografari, per *regola generale*, il proponente è libero di articolare l'offerta sia sotto il profilo della percentuale di soddisfazione sia sotto il profilo dei mezzi e delle modalità soddisfattive.

Sotto quest'ultimo profilo la riforma ha realizzato importanti innovazioni. Per tradizione, condizione di ammissibilità della domanda di concordato preventivo era l'offerta corrispondente almeno a una percentuale minima, fissata dalla legge e pari al quaranta per cento dell'ammontare del credito ⁽⁵⁷⁾. La dottrina classica annotava che la percentuale legale minima di soddisfacimento prevista per il concordato preventivo «restringe di molto la libertà della contrattazione fra debitore e creditori» ⁽⁵⁸⁾. Nel diritto in vigore, a tali creditori può essere offerta soddisfazione a prescindere da una soglia minima prefissata di valore; inoltre, l'adempimento non deve realizzarsi necessariamente attraverso il pagamento di una somma di denaro (anche rinveniente dalla liquidazione di tutti i beni del debitore, ceduti in concordato) potendo offrirsi soddisfazione con qualsiasi mezzo ⁽⁵⁹⁾; il potenziamento della autonomia negoziale nel concordato riformato si realizza anche nella eliminazione della percentuale minima di soddisfacimento e si amplia nel riconoscimento di una piena libertà negoziale al proponente nella determinazione di mezzi e modalità di adempimento.

Dal punto di vista strettamente tecnico ⁽⁶⁰⁾, il fondamento delle regole sulla parità di *diritti* (art. 2741 c.c.) e dunque di *trattamento* (artt. 124 e 160 l.f.) dei creditori chirografari è nella *valutazione legislativa* sulla uguaglianza in cui tali creditori, in quanto tutti creditori di uno stesso debitore, si trovano a essere rispetto al patrimonio di quello. Poiché ciascun creditore può agire esecutivamente, è possibile che più creditori agiscano esecutivamente sullo stesso bene; i rapporti che vengono così a instaurarsi sono disciplinati secondo il principio del concorso in proporzione all'entità del diritto fatto valere (fatte salve le cause di prelazione) ⁽⁶¹⁾. La valenza del principio è essenzialmente *organizzativa*, in quanto tramite di esso si fissa la condizione residuale a cui tutti i creditori sono condotti a meno che non appaiano meritevoli di un trattamento più favorevole: in

⁽⁵⁵⁾ Invece, nei sistemi in cui è legalmente ammessa la conformazione del credito garantito con attribuzione al creditore del diritto di voto, la previsione abbraccia anche l'offerta di pagamento dilazionato (cfr. § 223, (2), *InsO*).

⁽⁵⁶⁾ Può non essere inutile annotare come la tesi qui difesa - e ancorata al rilievo sistematico della garanzia reale per i limiti che impone alla deliberazione concordataria - trova conferma, *a contrario*, nella eccezionale e discussa previsione in materia di IVA: da corrispondersi secondo il valore nominale ma anche attraverso un pagamento dilazionato oggetto di proposta nella transazione fiscale (cfr. art. 182 *ter*, comma 1, l.f.).

⁽⁵⁷⁾ Cfr. artt. 3, n. 3, l. 24 maggio 1903, n. 197; 23 l. 10 luglio 1930, n. 995; 160, comma 2, l.f. versione 1942.

⁽⁵⁸⁾ G. BONELLI, *Del fallimento*, III, cit., 444.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. artt. 124, comma 2, lett. c), e 160 l.f.

⁽⁶⁰⁾ E prescindendo, pertanto, da giustificazioni più radicali sul fondamento del principio della *par condicio creditorum*, eccessive per una indagine di diritto positivo, come tale non implicante esigenze ricostruttive di teoria generale (ma per notizie cfr. P.G. JAEGER, « *Par condicio creditorum* », in *Giur. comm.*, 1984, I, 88 ss.).

⁽⁶¹⁾ Cfr. NICOLÒ, *Sub art. 2741 c.c.*, cit., 17 s.

assenza di una regola sulla preferenza, vale la parità di trattamento, quale (contenuto di una) regola di chiusura ⁽⁶²⁾.

L'uguaglianza dei creditori è concetto *relazionale*: è predicabile non assolutamente, ma solo dietro precisi criteri. Il sistema della responsabilità patrimoniale, da cui discende la condizione di uguaglianza in cui stanno i creditori, stabilisce la relazione che corre tra i creditori rispetto al patrimonio del debitore secondo l'unico parametro dell'oggetto della garanzia di adempimento: sono da considerarsi uguali, e aventi diritto a un uguale trattamento, tutti i creditori che non godano di una causa di prelazione. I creditori chirografari possono essere profondamente diversi tra di loro, sia per posizione giuridica che per interessi economici: non sono certamente equiparabili il creditore da contratto e il creditore da fatto illecito; il piccolo fornitore e la banca finanziatrice. Ciò che però esclusivamente conta è la *natura chirografaria del credito*: costituendo tale natura condizione necessaria ma anche sufficiente, nel sistema della responsabilità patrimoniale, a rendere operativa il principio di uguaglianza. La natura chirografaria del credito definisce la posizione del creditore rispetto al patrimonio del debitore con riguardo al diritto di soddisfacimento: si dicono chirografari tutti i crediti che non godono di cause di prelazione nel soddisfacimento e che per questa caratteristica negativa si lasciano accomunare in un unico insieme. Come nel diritto privato generale tutti i creditori hanno eguale posizione rispetto al patrimonio del debitore e perciò vantano un eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore fatte salve le cause legittime di prelazione, così nel diritto concorsuale tutti i creditori non prelatizi hanno diritto allo stesso trattamento e alla stessa offerta nella domanda concordataria.

Nel diritto concorsuale tradizionale il principio di parità si estrinseca in una regola assoluta: il trattamento dei creditori chirografari è considerato un unico trattamento, valido per tutti i creditori chirografari (cfr. artt. 124, comma 1 e 160, comma 2, l.f. versione 1942). Con la riforma la regola permane ma perde la sua assolutezza, subendo una vistosa attenuazione per una facoltà riconosciuta al proponente il concordato: egli può suddividere i creditori in classi e offrire trattamenti differenziati fra appartenenti a classi diverse ⁽⁶³⁾. In tal modo, la regola diviene *derogabile* dall'autonomia privata, che risulta proporzionalmente rafforzata nei concordati.

8. Sulla scelta di trattare in modo differenziato i creditori chirografari e sull'onere di formare classi. – Per opinione diffusa la formazione delle classi costituisce facoltà del proponente, e realizza un profilo del più ampio potere di autonomia riservatogli nella definizione del piano concordatario; il proponente che sceglie di formare classi può derogare alla regola generale della parità di trattamento ⁽⁶⁴⁾. Il testo legale favorisce questa interpretazione in due proposizioni, ordinate secondo la stessa sequenza sia nella disciplina del concordato fallimentare sia in quella del concordato preventivo. *Per la prima*, il proponente può raggruppare i creditori in classi a composizione omogenea; *per la seconda* il proponente può offrire trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse ⁽⁶⁵⁾. Ciascuna di queste proposizioni attribuisce una facoltà al proponente: di formare classi e di prevedere trattamenti differenziati per i creditori appartenenti a classi diverse. Dalla premessa che il proponente può offrire trattamenti differenziati solo se ha provveduto alla formazione

⁽⁶²⁾ L'essenza organizzativa del principio di parità (richiamato anche nella manualistica: cfr. A. NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 42) si apprezza riflettendo che esso vale come alternativa al principio della priorità cronologica nell'esecuzione, che costituirebbe l'altra possibile soluzione al problema del concorso (cfr. ROPPO, *la responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato Rescigno*, XIX, Torino, 1985, 406; v. anche COLESANTI, *Mito e realtà della «par condicio»*, in *Fallimento*, 1984, 32 ss.).

⁽⁶³⁾ Come è noto, la possibilità di articolare la domanda in classi (già ipotizzata da certa dottrina nel vigore delle vecchie regole: cfr., per es., SACCHI, *Gli obbligazionisti nel concordato della società*, Milano, 1981, 14 ss.), introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 4 l. n. 39/2004, è mutuata da altri sistemi, quali lo statunitense e il tedesco. Una efficace analisi di diritto comparato si deve a SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 566 ss.

⁽⁶⁴⁾ Cfr., per tutti, STANGHELLINI, *Art. 124 l.f.*, cit., 1965 ss.; BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, 424 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. artt. 124, comma 2, lett. a), b) e 160, comma 1, lett. c), d) l.f.

di classi discende che mentre egli è sempre libero di formare classi, invece non è affatto libero di offrire trattamenti differenziati, potendo effettuare tale offerta solo a creditori già suddivisi in classi. Dal punto di vista della logica formale tra le due facoltà si pone una gerarchia: mentre la seconda (offrire trattamenti differenziati) presuppone la prima (formare classi); invece la prima non presuppone la seconda: giacché potrebbero formarsi classi senza prevedere anche trattamenti differenziati. Per questa lettura – confortata dalla struttura della legge, che annuncia la facoltà di formare classi e fa seguire la facoltà del trattamento differenziato - il nucleo della scelta del proponente non è se offrire o meno trattamenti differenziati ma è se formare o meno classi.

Se tuttavia si concentra il discorso sulla facoltà di offrire trattamenti differenziati ai creditori deve constatarsi come la legge da un lato legittimi il proponente a offrire un trattamento differenziato ai creditori, ma dall'altro stabilisca sia la necessità di formare classi sia la necessità che le classi siano formate nel rispetto della omogeneità giuridica ed economica infraclasse. Il testo legale infelicemente composto, esponendo l'implicazione tra formazione delle classi e offerta di trattamento differenziato, rischia di adombrare la più rilevante e inversa implicazione tra trattamento differenziato e formazione delle classi. Invece, per cogliere appieno il significato e l'estensione dell'autonomia negoziale riconosciuta al proponente va considerato che la formazione delle classi non è sempre libera, perché si *impone* a chi voglia offrire trattamenti differenziati ai creditori chirografari. Sotto questa prospettiva la scelta del proponente si appunta non tanto sulla formazione delle classi quanto sul trattamento dei creditori: mentre il trattamento eguale non impone la suddivisione in classi, invece il trattamento diseguale impone la formazione delle classi.

Secondo l'opinione diffusa in dottrina alla libertà di formare classi segue la libertà di offrire trattamenti differenziati. Per la seconda lettura, qui proposta, la libertà di offrire trattamenti differenziati presuppone la formazione di classi omogenee di creditori. A prima vista, entrambe le interpretazioni sono sostenibili, ma la prima è maggiormente corrispondente alla logica formale; a rifletterci è invece effettivamente sensata e ragionevolmente sostenibile soltanto la seconda interpretazione. Sebbene il trattamento differenziato dei creditori suddivisi in classi costituisca mera *facoltà* per il proponente non solo nel senso primario che egli può scegliere se avvalersi o meno di questa libertà ma anche nel senso secondario che egli pur avendo la possibilità di offrire un trattamento differenziato (per aver suddiviso i creditori in classi) non deve necessariamente profittarne, tuttavia il trattamento differenziato rappresenta *l'unica finalità per la previsione di classi dal punto di vista del proponente*. Il prevedere classi senza differenziare il trattamento per i creditori sarebbe scelta irrazionale per il proponente: che, così decidendo, senza assicurarsi vantaggi di sorta (in particolare, senza realizzare una migliore articolazione della proposta) renderebbe più difficile sia il raggiungimento delle maggioranze (aggiungendosi quella delle classi) sia l'omologazione del concordato (aprendosi possibilità ulteriori di opposizione). Deve pertanto concludersi che il proponente può ragionevolmente formare classi all'unico scopo di trattare diversamente i creditori. Se così è, allora il significato della legge non è quello emergente dalla superficiale lettura ipotizzata per prima, secondo cui il proponente è libero di formare classi e, se lo fa, è anche libero di offrire trattamenti differenziati; ma è quello emergente dalla diversa lettura qui proposta. Tale significato può essere così espresso: «il proponente può offrire trattamenti differenziati ai creditori, ma se vuole farlo *deve* formare classi omogenee».

La formazione delle classi è il limite imposto dalla legge alla scelta di autonomia negoziale del trattamento differenziato (che può realizzarsi solo tra creditori appartenenti a classi diverse); ed è infine il metodo imposto dalla legge per il trattamento differenziato (che si realizza attraverso la divisione dei creditori in classi omogenee). L'offerta differenziata esprime una *facoltà*; la formazione delle classi costituisce un comportamento necessitato del proponente per il soddisfacimento del suo interesse all'offerta differenziata: ossia, un *onere*.

Prestare attenzione all'onere di formare classi omogenee di creditori al fine di realizzare una diversificazione dell'offerta tra classi aiuta a comprendere adeguatamente la portata della deroga al principio della *par condicio* che la scelta del trattamento differenziato comporta. I criteri di formazione delle classi a tal punto necessarie devono assicurare la omogeneità di posizione giuridica

e di interessi economici: devono cioè permettere la ricomposizione del ceto creditorio chirografario secondo criteri di *accentuata omogeneità*. Questi criteri di omogeneità prescindono in se stessi dall'unico profilo rilevante per il sistema della responsabilità patrimoniale: la natura chirografaria del credito ⁽⁶⁶⁾. Il proponente che intenda offrire condizioni differenziate ai creditori chirografari deve prevederne il raggruppamento in classi omogenee affinché rispetto alla natura chirografaria del credito - qualità puramente *negativa*, utile a escludere soltanto la natura prelatizia del credito - emerga una ulteriore omogeneità giuridica e una omogeneità di interessi economici. Tali qualità determinate da caratteristiche *positive* (la natura volontaria o involontaria della causa del credito, il riferimento dello stesso a finanziatori professionali, a fornitori, a professionisti ecc.) giustificano la deroga alla parità di trattamento di tutti i creditori (semplicemente in quanto chirografari) in onore di una più intensa parità di trattamento di creditori racchiusi in gruppi omogenei sotto il profilo giuridico ed economico (classe delle banche; classe dei fornitori; classe dei creditori fiscali, previdenziali e assistenziali ecc.) ⁽⁶⁷⁾. In definitiva, ciò che essenzialmente conta per la legge è che i creditori chirografari siano trattati egualmente. Se pertanto essi sono trattati egualmente, se è cioè rispettato il principio della *par condicio*, la domanda rispetta per definizione anche la regola legale. Invece, gli ulteriori criteri di omogeneità devono essere soddisfatti soltanto nella eventualità che il proponente voglia offrire trattamenti differenziati. Ciò significa che se il proponente non intende derogare al principio di parità, non deve fornire alcuna argomentazione giustificativa, avendo deciso di offrire a creditori chirografari il trattamento eguale a cui, secondo il codice civile, hanno diritto. Se invece intende derogare, deve rispettare le condizioni della deroga, e ha l'onere di giustificare la sua scelta, infatti sottoposta al controllo del tribunale, tenuto alla verifica sulla corretta formazione delle classi (cfr. artt. 125, comma 3 e 163, comma 1, l.f.).

Per un avviso riscontrabile sia in dottrina sia nella giurisprudenza di merito, in caso di disomogeneità giuridica ed economica tra i creditori destinatari dell'offerta la formazione delle classi non sarebbe oggetto di una facoltà del proponente ma di un suo obbligo. La versione maggiormente persuasiva della tesi si appunta sul rilievo che la deliberazione a maggioranza si legittima nella sua vincolatività nei confronti di assenti e dissenzienti per corrispondere all'interesse comune dei creditori concorsuali; pertanto, ove i creditori ricoprono posizioni disomogenee, non sarebbe predicabile un interesse comune; cosicché la deliberazione potrebbe legittimarsi soltanto frazionando in classi omogenee la disomogenea massa dei creditori ⁽⁶⁸⁾. Come si vedrà nelle pagine successive, la tesi si fonda su una concezione, pur diffusa, di comunanza dell'interesse che tuttavia prescinde completamente dal sistema della responsabilità patrimoniale, invece unicamente rilevante in materia. Ma non è solo per questa ragione, invero secondaria, che la tesi appare infondata bensì per più radicali ragioni: già esposte ma di seguito ulteriormente sviluppate.

Per il discorso già avviato, le disomogeneità di posizione giuridica (per cause diverse dalla natura prelatizia o meno del credito) e di interessi economici rinvenibili nel ceto creditorio acquistano rilevanza *soltanto* nella ipotesi in cui il proponente voglia offrire un trattamento differenziato ai creditori e debba conseguentemente procedere alla formazione delle classi. Perciò tali disomogeneità, mentre possono costituire *occasione* per il raggruppamento dei creditori in classi – nel senso che, essendo elevate a criterio di raggruppamento dei creditori, ne permettono la suddivisione in classi a cui riservare trattamenti differenziati – invece non costituiscono certamente *ragione* perché il proponente non semplicemente possa, ma addirittura debba, procedere alla formazione delle classi. Si è illustrato come la formazione della classi non sia oggetto di una scelta autonoma, ma costituisca un onere per il proponente che voglia offrire trattamenti differenziati. La principale implicazione è

⁽⁶⁶⁾ Il quale costituisce peraltro – e come anche si dice appresso - il *presupposto* imprescindibile per la corretta formazione delle classi, da cui sono esclusi i creditori garantiti.

⁽⁶⁷⁾ Come scrive G. FERRI JR., *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, cit., 68 la formazione delle classi per l'offerta di trattamenti differenziati «lungi dall'attenuare la rilevanza dell'esigenza di parità di trattamento, finisce, a ben vedere, per realizzarla in termini ancor più incisivi ed in una forma particolarmente sofisticata».

⁽⁶⁸⁾ Cfr. FABIANI, *Brevi osservazioni sulla omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fallimento*, 2009, 437 ss. In giurisprudenza, cfr. Trib. Monza, 27 novembre 2009, in www.ilcaso.it, doc. n. 1948/2010.

che la formazione delle classi non può essere considerata separatamente dalla scelta del trattamento differenziato. Questa implicazione è disattesa dalla tesi sulla formazione obbligatoria delle classi. Tanto nel sistema legale quanto nella tesi criticata la formazione delle classi costituisce conseguenza di una premessa. Tuttavia, mentre nel sistema legale la premessa è data dalla scelta del trattamento differenziato, invece nella tesi criticata la premessa è costituita dalla disomogeneità dei creditori, ossia da una condizione fattuale riscontrabile nel caso concreto e necessaria per procedere alla costituzione delle classi nella finalità della omogeneità infraclassa (che deve essere assicurata dal criterio prescelto di volta in volta per il raggruppamento). La tesi sulla formazione obbligatoria delle classi si fonda pertanto su di una lettura manipolativa del testo legale per la quale la condizione opposta a quella da realizzarsi con il criterio di composizione delle classi (ossia la disomogeneità interclasse rispetto alla omogeneità infraclassa) diventa la ragione della formazione delle classi, non facoltativa ma obbligatoria. Peraltro, anche a prescindere dal rilievo esposto sulla formazione delle classi come oggetto di un onere, e anche considerando la proposizione sulla formazione delle classi isolatamente dall'altra sul trattamento differenziato dei creditori, non appare seriamente discutibile che la formazione delle classi sia onere connesso alla scelta discrezionale del proponente. Il dato testuale è infatti inequivocabile. Nelle disposizioni sulla proposta concordataria è stabilito che il proponente «può prevedere», tra l'altro, anche la suddivisione dei creditori in classi (cfr. artt. 124 e 160 l.f.). Poiché la legge dice «può», non dice né potrebbe opinarsi che dica o voglia dire «deve»: nel linguaggio privatistico 'può' indica la facoltà attribuita al soggetto di diritto e 'deve' la doverosità di un certo comportamento; nel primo caso, la condotta è oggetto di una norma permissiva (che apre uno spazio determinativo all'autonomia privata); nel secondo, di una norma imperativa (che chiude uno spazio determinativo all'autonomia privata). In conclusione se la formazione di classi è oggetto di un onere connesso alla scelta di autonomia del trattamento differenziato allora la formazione delle classi non può essere, al contempo, né oggetto di una autonoma facoltà (come pure ritiene l'opinione maggiormente diffusa) e neppure oggetto di un autonomo obbligo (come sostiene la tesi sulle classi obbligatorie).

Un'ultima importante questione investe la formazione delle classi, ed è se il classamento sia vicenda che possa coinvolgere esclusivamente i creditori chirografari o tutti i creditori, e dunque anche i creditori prelatizi. In realtà, è facile osservare che, poiché la formazione delle classi è oggetto di un onere del proponente rilevante per una proposta sul trattamento differenziato tra creditori, essa non può coinvolgere i creditori prelatizi ai quali non possono offrirsi trattamenti differenziati; rispetto ai quali cioè la scelta del proponente non è libera. Per conclusione, *non sono prospettabili* classi di creditori prelatizi. Può inoltre osservarsi che la suddivisione dei creditori in classi incide sulla deliberazione a maggioranza, introducendo una specifica condizione di approvazione della proposta: in tal caso, infatti, non è sufficiente che essa sia condivisa dai creditori titolari della maggioranza assoluta dei crediti (considerati nell'ammontare complessivo) ma si richiede, inoltre, che tale maggioranza assoluta sia replicata nel maggior numero delle classi in cui sono stati suddivisi i creditori (cfr. artt. 128, comma 1 e 177, comma 1, l.f.). Se da un lato il classamento consente trattamenti differenziati dall'altro, e conseguentemente, implementa l'articolazione delle maggioranze necessarie alla approvazione della proposta calibrando la votazione su ciascun gruppo omogeneo di creditori oggetto di un trattamento eguale. Questo esito disciplinare evidenzia il fondamento della figura: le classi dei creditori sono *classi di voto*; la formazione delle classi è presupposto necessario per il trattamento differenziato, ma l'effetto giuridico della formazione delle classi è nelle specifiche maggioranze richieste per l'approvazione della proposta. La chiara funzionalizzazione delle classi come classi di voto conferma la persuasività della conclusione raggiunta sulla non configurabilità - o per lo meno sulla non utile configurabilità - di classi di creditori prelatizi: che, se previste, sarebbero necessariamente classi non votati (e dunque da sottrarsi al computo delle maggioranze) ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. anche GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 354; BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi*, cit., 426. Certa dottrina esprime invece dubbi sulla soluzione prospettata, non escludendo - o anche affermando - la possibilità di classi di creditori prelatizi (cfr., nella

9. Deliberazione a maggioranza e comunanza dell'interesse. - Secondo la migliore ricostruzione di teoria generale, la deliberazione a maggioranza è una tipica soluzione apprestata dal diritto positivo per disciplinare rapporti giuridici che, pur afferenti a soggetti diversi, si mostrano non separati ma «connessi, concorrenti o dipendenti tra loro»; sicché le vicende dell'un rapporto spiegano di necessità conseguenze dirette sull'altro. Per effetto della deliberazione l'un soggetto, in minoranza, «è trattato come un terzo [rispetto al rapporto] con posizione giuridica subordinata a quella della parte [di tale rapporto] che dispone per lui». La legge «organizza una posizione di competenza collettiva» a decidere dell'interesse che accomuna i partecipanti alla deliberazione; legittimata alla decisione è la maggioranza; la deliberazione così assunta vincola dissenzienti e assenti, perciò posti in posizione subordinata. Oggetto della decisione è l'interesse comune, ossia l'interesse che vale come cifra ricorrente nei singoli e molteplici interessi dei partecipanti, chiusi per questo nesso in una comunione (*Interessengemeinschaft*). Né la deliberazione a maggioranza sarebbe altrimenti legittimabile, ossia legittimabile in quanto assertiva di un interesse individuale e maggioritario sull'altro e minoritario, «giacché, fra interessi individuali, l'uno vale l'altro»⁽⁷⁰⁾.

Nei concordati l'interesse comune rilevante è quello dei creditori concorsuali: è l'interesse che accomuna i creditori in quanto concorsuali. Questo interesse costituisce presupposto necessario per la legittimazione della deliberazione a maggioranza e deve integrare l'obbiettivo realizzato attraverso di essa, nel senso che la deliberazione a maggioranza si legittima per perseguire l'interesse comune dei creditori ammessi al voto. Oggetto della deliberazione è la approvazione o meno di una proposta eguale per tutti. Il criterio di giudizio è dato dalla *convenienza* della proposta rispetto alle alternative concretamente praticabili, e riassumibili nei processi di esecuzione: individuale e fallimentare. Tale convenienza è oggettivamente eguale per tutti i creditori i quali, avendo diritto a essere trattati egualmente, sono trattati allo stesso modo⁽⁷¹⁾. L'interesse comune dei creditori concorsuali è dunque strettamente connesso alle *regole del concorso*: le quali, sotto il profilo funzionale, si giustificano per quell'interesse; che perciò, sotto il profilo strutturale, contribuiscono a configurare.

Sotto una prospettiva funzionale, le procedure concorsuali in generale, e le procedura deliberative in particolare si giustificano alla luce dell'interesse comune dei creditori, di immediata percezione sotto la visuale economica, alla razionale gestione della crisi d'impresa⁽⁷²⁾. In generale deve osservarsi che i creditori concorsuali sono portatori dell'interesse comune a che il patrimonio incapiente non solo si conservi ma anche si ottimizzi nel suo valore, in modo da ridurre la differenza tra passivo e attivo⁽⁷³⁾. In particolare il diritto individuale di ogni creditore di procedere all'esecuzione e la realtà del concorso di tutti i creditori sul patrimonio del debitore sono costitutivi dell'interesse a che l'espropriazione e la liquidazione dei beni del debitore siano organizzate in ragione del diritto dei creditori di essere soddisfatti delle proprie pretese, ma anche secondo l'esigenza che tale soddisfazione si realizzi seguendo criteri di ottimizzazione dei risultati della liquidazione⁽⁷⁴⁾.

varietà di posizioni, C. FERRI, *Classi di creditori e poteri del giudice*, cit., 553 s.; STANGHELLINI, *Art. 124 l.f.*, cit., 1979; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., 116; M. FABIANI, *Brevi osservazioni*, cit., 440). Un importante argomento esegetico era costituito dalla disposizione dell'art. 129, comma 8, l.f., per come novellato nel 2006, secondo cui le classi di creditori non ammessi al voto sono considerate favorevoli ai fini del computo della maggioranza delle classi. La regola - distorsiva dei criteri sulla genuina ed effettiva formazione della maggioranza di classi - è stata abrogata con l'intervento 'correttivo', il quale fatto ha corrispondentemente pregiudicato l'opinione sulla possibilità di classi di prelati quali classi di creditori non votanti.

⁽⁷⁰⁾ Citazioni da BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1960) Napoli, 1994, 261 ss.

⁽⁷¹⁾ Coerentemente con la teoria generale del diritto delle obbligazioni, sono irrilevanti i *motivi soggettivi* che spingono ciascun creditore votante ad approvare o a respingere la proposta. Quanto effettivamente conta è la sussistenza di un interesse oggettivo e comune alla deliberazione sulla proposta. La sussistenza di tale interesse esclude infatti la necessità del consenso e legittima la decisione per deliberazione a maggioranza.

⁽⁷²⁾ Cfr. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, 2004, 60 ss.

⁽⁷³⁾ Cfr. G. FERRI JR., *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, cit., 36 s.

⁽⁷⁴⁾ Nella dottrina classica, cfr. VIVANTE, *Trattato*, cit., 345, 355 che ricorda come già nel diritto statutario fosse viva l'esperienza del concordato fallimentare perché «l'interesse sociale di troncatura una liquidazione per lo più ruinosa e

Il diritto al concorso - il diritto di ogni creditore e di tutti i creditori a concorrere sul patrimonio del debitore - fonda l'interesse al governo della crisi e, in definitiva, alla procedura concorsuale. L'interesse alla gestione economicamente ragionevole della crisi è proprio di ogni creditore: giacché nessuno preferirebbe una gestione irrazionale se non per il proprio vantaggio illecito o comunque immeritevole di tutela, e come tale non ostensibile nel discorso giuridico ⁽⁷⁵⁾. Perciò si dice tradizionalmente che quell'interesse è *comune* a tutti i creditori aventi diritto di soddisfarsi e dunque aventi diritto, per organizzazione legale, di partecipare al concorso.

Sotto questo ultimo profilo si conferma che il principio della parità di trattamento non costituisce un 'valore fine', ma un 'valore mezzo': strumentale al valore fine dato dall'interesse comune al governo razionale della crisi d'impresa ⁽⁷⁶⁾. Il che trova conferma nella riflessione sulla diversità di problemi a cui il sistema della responsabilità patrimoniale deve rispondere nella disciplina codicistica e nelle discipline della crisi d'impresa. Poiché, a differenza che nella prima, nelle seconde la finalità conservativa non si esaurisce nella salvaguardia del patrimonio staticamente considerato ma si avvantaggia della gestione produttiva dello stesso, acquistano ragione le complesse procedure concorsuali e le procedure di concordato, nelle quali tutte sono apprestati strumenti per la gestione dell'impresa in crisi, sempre al fine della migliore soddisfazione dei creditori ⁽⁷⁷⁾.

Rende ancor più concreto il discorso il rilievo che la ricchezza dell'impresa consiste nella organizzazione dei fattori produttivi; cosicché la conservazione dell'attività non di rado risulta efficiente alla massima valorizzazione dell'attivo patrimoniale e opportuna proprio nell'interesse dei creditori. Tanto, sia nella prospettiva dello scioglimento della società (cfr. art. 2427 c.c., sull'esercizio provvisorio dell'impresa o di singoli rami in funzione di un migliore realizzo), sia nella prospettiva del fallimento (cfr. artt. 104 e 104 *bis* l.f. sull'esercizio provvisorio e sull'affitto di azienda sempre in funzione di un migliore realizzo). Lo stesso accade nella prospettiva del concordato preventivo, dove tali attività possono costituire oggetto del piano posto a base della domanda e dove l'intero programma può essere indirizzato alla conservazione dell'attività: nell'interesse di tutti quanti si avvantaggiano della prosperità dell'impresa e dunque nel precipuo interesse dei creditori concorsuali ⁽⁷⁸⁾. Appare evidente come la impegnativa decisione per la continuazione dell'impresa in crisi richieda una precisa organizzazione procedurale della scelta e come sia invece pregiudicata dall'iniziativa assunta dal singolo creditore e disarticolata da un più vasto disegno.

L'interesse dei creditori al governo della crisi ha natura strumentale rispetto all'interesse finale e individuale di ciascun creditore alla soddisfazione della pretesa vantata; mentre il primo interesse è comune a tutti i creditori, il secondo interesse è da ciascuno di essi affermato in conflitto con l'interesse di tutti gli altri creditori ⁽⁷⁹⁾. Non per questo l'interesse finale è antinomico all'interesse individuale; lo sarebbe se non sussistessero le discipline del concorso, che raccordando i due tipi di

di rimettere in esercizio un'azienda forse capace di risorgere e di prosperare, vinceva le tendenze individuali a premere sul fallito» e che poi qualifica il fallimento una «complicata azienda liquidatrice».

⁽⁷⁵⁾ Allo stesso modo - e benché possa non essere lontano dal vero che «Il concordato preventivo getta una tavola di salvezza ai creditori, di raro immuni da responsabilità nella catastrofe del loro debitore» (BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., 2 s.) - nessun vantaggio immeritevole di tutela potrebbe servire ad argomentare, all'opposto, l'interesse comune dei creditori al concordato.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. in questo senso, e in limpida sintesi, TERRANOVA, *Le procedure concorsuali. Problemi di una riforma*, cit., 60: «Se non si bloccassero le azioni esecutive individuali e non s'impedisce ai singoli d'intromettersi nella gestione del patrimonio del debitore, non si potrebbe esperire alcun tentativo di salvare l'impresa insolvente, non si potrebbe concludere un concordato e, soprattutto, non si riuscirebbe neppure a liquidare l'attivo con un minimo d'oculatezza». Non distanti osservazioni di P.G. JAEGER, «*Par condicio creditorum*», cit., 99, il quale contesta però la sussistenza di implicazioni tra comune interesse alla efficienza della liquidazione e principio della parità di trattamento.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. G. FERRI JR., *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, cit., 63 ss.

⁽⁷⁸⁾ Insuperata l'enfasi di BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., 2 s.: «Finché il debitore si mantiene alla testa del suo commercio, cautamente vigilato perché non ne abusi, il credito non è interamente perduto; l'avviamento, se non immutato, tuttavia opera; sono vive le relazioni d'affari; i parenti e gli amici naturalmente pieghevoli, se non addirittura solleciti, al soccorso; quindi le condizioni che possono farsi ai creditori, sono indubbiamente migliori di quelle conseguibili dopo la catastrofe».

⁽⁷⁹⁾ Cfr. G. FERRI JR., *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, cit., 37.

interesse assicurano l'interesse comune al concorso: ossia alla gestione razionale dell'impresa in crisi finalizzata alla ripartizione dell'attivo secondo il criterio della soddisfazione proporzionale (fatte salve le cause legittime di prelazione). Sotto una prospettiva strutturale, può dunque affermarsi che l'interesse comune dei creditori concorrenti alla razionale gestione e liquidazione del patrimonio del debitore a vantaggio di tutti i creditori configura essenzialmente il sistema della responsabilità patrimoniale, che rispondendo a quell'interesse economico lo afferma nel mondo del diritto. In tal senso, il principio della *par condicio* determina il sistema disciplinare del concorso. Poiché tutti i creditori non prelatizi hanno eguale diritto di soddisfarsi sul patrimonio del debitore, i creditori votanti sono interessati a far valere tale eguale diritto riconosciuto a ognuno di loro dalla legge; nei concordati sono perciò interessati a una deliberazione che, sempre per legge, è fondata sulla parità di trattamento tra tutti i creditori chirografari o tra tutti i creditori chirografari raggruppati in una classe. Da questo punto visuale, la regola della parità di trattamento è costitutiva anche nel mondo del diritto dell'interesse economico dei creditori deliberanti come *comune*. Ciascun creditore voterà su di una proposta che prevede eguale trattamento per lui e per tutti gli altri creditori chirografari o per lui e tutti gli altri creditori chirografari ricompresi nella stessa classe di voto. La regola dell'eguaglianza assicura il perseguimento dell'interesse comune e dunque la genuinità del voto ⁽⁸⁰⁾.

Un secondo profilo di comunanza dell'interesse è determinato dalla legge speciale, con la regola sulla inibizione delle azioni esecutive individuali in pendenza di una procedura concorsuale (cfr. artt. 51 e 168 l.f. ^[81]). La prescrizione legale della procedura collettiva - la disciplina del concorso - assicura la parità di trattamento non solo in possibilità, e a condizione della attivazione tempestiva di tutti i creditori nelle esecuzioni individuali, ma anche in realtà; inoltre nel vietare iniziative esecutive individuali e nel costituire i creditori in massa, ossia in una 'comunità di perdita', fonda l'interesse comune di tutti i creditori concorsuali a partecipare all'unica procedura a disposizione per la soddisfazione dei loro diritti ⁽⁸²⁾.

Una diversa visione, rimasta minoritaria, contesta la sussistenza di un interesse comune tra i creditori concorsuali opponendo l'irrimediabile individualità di ogni interesse, e il fattore egoistico che spinge ogni creditore alla realizzazione del proprio anche a discapito dell'interesse altrui. Nella versione più elaborata, la tesi è argomentata in ragione delle differenti caratteristiche giuridico-formali dei crediti coinvolti nella procedura, dalla quale diversità discenderebbe una insuperabile eterogeneità di situazioni e di interessi ⁽⁸³⁾.

L'irriducibilità a unità delle variegatissime dimensioni di interesse che caratterizzano le singole posizioni creditorie è un dato indubitabile ma irrilevante. Queste caratteristiche di diversità - che evidenziano una realtà del diritto di credito - potrebbero permanere nella rilevanza giuridica soltanto fuori dalle regole del concorso, ma non anche nell'ambito di tali regole. Nel sistema della responsabilità patrimoniale conta esclusivamente la realizzazione della garanzia patrimoniale, specifica e generica; il sistema si articola pertanto esclusivamente in ordine a questo dualismo e prescindendo da tutte le altre caratteristiche giuridiche ed anche economiche che potrebbero ulteriormente enuclearsi con riguardo al concreto diritto di credito. La regola legale e la regola patrizia sul credito valgono a distribuire le posizioni all'interno dei due insiemi (riconoscendo la legge questo o quel privilegio; costituendo l'autonomia dei privati il pegno o l'ipoteca).

⁽⁸⁰⁾ Cfr. VIVANTE, *Trattato*, cit., 364.

⁽⁸¹⁾ Non sarebbe invece pertinente il richiamo all'art. 182 *bis* l.f., giacché pur disponendosi l'inibizione delle azioni esecutive, non si disciplina una procedura concorsuale ma un accordo omologabile.

⁽⁸²⁾ Sulla concorsualità come mantenimento, nella fase esecutiva, delle reciproche posizioni dei creditori, cfr. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 14. Per la giustificazione della c.d. 'comunità di perdita' in chiave di giustizia sociale, e allo scopo di scongiurare l'approfittamento dei creditori meglio attrezzati sul patrimonio incapiente del debitore, ancora attuale VIVANTE, *Trattato*, cit., 341 s. Questa dottrina è in parte penetrata nella legge, determinata anche da istanze solidaristiche (cfr. le osservazioni di TERRANOVA, *Le procedure concorsuali. Problemi di una riforma*, cit., 54 s. sui rapporti tra parità di trattamento e redistribuzione delle perdite).

⁽⁸³⁾ Cfr. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, spec. 301 ss.; nell'ultima dottrina v. anche la posizione adesiva di LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2010, 385 ss.

In altri termini, se nel sistema della responsabilità patrimoniale l'uguaglianza e la disuguaglianza sono dati, in negativo, dalla titolarità o meno in capo al creditore di cause legittime di prelazione, allora a nulla rilevano le ulteriori differenze giuridiche e meno che mai le differenze economiche. Non a caso tali ulteriori differenze giuridiche ed economiche acquistano importanza in fattispecie derogatorie della regola generale (essenzialmente, il concordato organizzato in classi) nelle quali possono essere utilizzate per discriminare i creditori chirografari in gruppi in cui si accomunano per vantare crediti recanti caratteristiche positive di omogeneità. Cosicché tali specificità, pure esistenti nella realtà, non sono ricompresi tra gli elementi della ricostruzione tipologica operata nella legge; pertanto nemmeno assumono rilevanza nel discorso sulla uguaglianza in cui stanno i creditori rispetto al patrimonio del debitore, e sulla comunanza dell'interesse alla gestione razionale della crisi d'impresa. Senza considerare, infine, che l'interesse alla razionale gestione della crisi d'impresa copre in estensione ogni possibile diversità economica e giuridica riscontrabile nel ceto creditorio chirografario: perché non considera misura oggetto e modalità di soddisfazione del credito ma la massimizzazione della ricchezza d'impresa attraverso la gestione performativa della crisi che l'avvolge; conseguentemente, perché la ricchezza così preservata è distribuita secondo il criterio di proporzionalità tra tutti i creditori o tra tutti i creditori compresi in una classe omogenea.

10. Deliberazione concordataria e statuto dell'imprenditore commerciale. – Secondo un autorevole giudizio proprio nel diritto della crisi d'impresa si rivela chiaramente la speciale disciplina dell'imprenditore commerciale⁽⁸⁴⁾. Riportata alle procedure concorsuali deliberative, l'affermazione acquista sostanza dietro una vecchia pagina sul favore per il concordato che vale la pena di riportare. Poiché attraverso il concordato può salvaguardarsi la ricchezza racchiusa nell'impresa, la regola maggioritaria necessaria al risultato si ritiene ampiamente giustificata sull'argomento che «in ultima analisi ogni azienda alimentata dal credito è obiettivamente un'amministrazione dei capitali altrui: se colui che la dirige è immune da colpe, è logico che i creditori risentano le perdite della sua gestione, come avrebbero goduto i benefici di un lucroso impiego se l'azienda fioriva. Essi, che tentarono probabilmente il debitore colle offerte del credito, devono dividersi le perdite di un'industria in cui posero la loro fiducia»⁽⁸⁵⁾. Per questa tesi chi decide di finanziare un'impresa si sottopone contestualmente alla legge commerciale e quella legge accetta come regola sul funzionamento dell'impresa: e così pure si assoggetta al diritto della crisi, comprensivo delle procedure di concordato.

Mentre nel fallimento l'esecuzione coinvolge l'intero patrimonio del debitore (inventariato e ricostruito) sottraendolo alla sua destinazione produttiva, invece l'alternativa concordataria può conservare facilmente quel patrimonio alla destinazione d'impresa: e perciò realizza più intensamente la disciplina dell'attività commerciale permettendo anche l'apprensione di tale dinamismo sotto la prospettiva, tradizionalmente statica, della responsabilità patrimoniale⁽⁸⁶⁾. In particolare il concordato preventivo, oggi accessibile anche dall'imprenditore non ancora definitivamente insolvente, consente quella proficua ristrutturazione dell'attività sotto il profilo della *organizzazione d'impresa* che fu estranea al diritto concorsuale tradizionale e che si rimproverò mancare anche nella prima legge dedicata alla amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi⁽⁸⁷⁾. La salvaguardia del patrimonio nella destinazione d'impresa è resa possibile dalla decisione strategica sulla gestione della crisi. Il procedimento di concordato è l'ambito in cui le parti si incontrano e i

⁽⁸⁴⁾ ASCARELLI *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962³, 308.

⁽⁸⁵⁾ VIVANTE, *Trattato*, cit., 362.

⁽⁸⁶⁾ La destinazione all'attività costituisce infatti un criterio imprescindibile per la ricostruzione della responsabilità patrimoniale dell'imprenditore (criterio comunque diverso da quello più tradizionale dato dalla personificazione delle collettività organizzate), che trova puntuale riscontro nella legislazione commerciale recente, come pure dimostra l'istituto del patrimonio destinato (o dedicato) a uno specifico affare: cfr., esaustivamente, SPADA, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 837 ss.; P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, I, 126 ss.; AD. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 67 ss.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1983², 217.

creditori deliberano: assumono cioè una decisione collettiva secondo regole essenziali che pure determinano altri insiemi di soggetti, come i soci nelle società commerciali. Esemplificando drasticamente, potrebbe affermarsi che mentre nella società solvente l'azione è decisa dal capitale di rischio, invece nella società insolvente l'azione può essere decisa dal capitale di debito: come accade nei concordati.

Il nesso profondo che corre tra queste strutture della decisione sull'impresa contribuisce a legittimare la deliberazione maggioritaria nei concordati, rischiando ulteriormente consistenza e senso dell'interesse comune dei creditori votanti.

11. Deliberazione abusiva e tutela del credito. - Poiché la decisione a maggioranza si legittima in quanto volta al perseguimento dell'interesse comune dei creditori (cioè di tutti coloro che ne restano vincolati e non esclusivo della maggioranza stessa), la deliberazione finalizzata a interessi diversi da quello comune, facendo prevalere sull'interesse comune «una coalizione d'interessi individuali»⁽⁸⁸⁾, devia dallo scopo tipico e legittimante - e perciò imperativamente imposto - manifestandosi come 'abusiva'⁽⁸⁹⁾. La possibilità dell'abuso impone la previsione di un controllo; tale controllo, tuttavia, pur necessario per la legittimazione della deliberazione, deve essere accuratamente delimitato a garanzia della effettività della deliberazione stessa. Per diritto razionale, se la deliberazione a maggioranza è espressione di autonomia negoziale, allora un indiscriminato sindacato teso a verificare il perseguimento dell'interesse comune potrebbe vulnerarla alla radice, sostituendo a una decisione autonoma una decisione eteronoma⁽⁹⁰⁾. Il controllo sulla deliberazione può svolgersi su due versanti e appuntarsi, in primo luogo, sul voto quale fattore costitutivo della deliberazione; in secondo luogo, sulla deliberazione stessa autonomamente considerata. Nel primo caso si realizza un controllo che può definirsi 'interno'; nel secondo, un controllo 'esterno'⁽⁹¹⁾. Nel primo caso si esamina l'abuso *nella* deliberazione; nel secondo, l'abuso *della* deliberazione.

Le categorie dell'abuso nella deliberazione sono costituite, essenzialmente, dal conflitto di interessi tra creditore votante e massa dei creditori e dalla mancanza di interesse al voto da parte del creditore votante. L'interesse comune può essere pregiudicato sia dall'interesse singolare e configgente in capo al votante sia dalla mancanza, in quest'ultimo, di un effettivo interesse al voto (e dunque al perseguimento dell'interesse comune). Per tradizione, tali fattispecie sono emblemizzate nelle figure del creditore garantito su beni del debitore e del creditore parente del debitore, costituenti i «due casi in cui il creditore ha una ragione intrinseca di sospetto che lo esclude così dal voto come dal computo delle maggioranze»⁽⁹²⁾.

Il conflitto di interessi, e dunque il caso dell'esercizio del voto in cui il votante antepone l'interesse proprio e contrastante a quello comune costituisce la più importante fattispecie di abuso nella deliberazione⁽⁹³⁾. Esso può reprimersi in ragione del divieto di conflitto di interessi. Questo divieto integra un principio generale costitutivo del paradigma deliberativo, affiorante anche nella disciplina dei concordati, come testimoniano le regole sulla esclusione dal voto: per il caso del debitore individuale, di coniuge, parenti e dei cessionari e aggiudicatari dei crediti di costoro da tempo recente (cfr. artt. 127, comma 5 e 177, ultimo comma l.f.); per le società, la stessa disciplina si applica ai crediti della controllante o della controllata o della società sottoposta a comune controllo (cfr. art.

⁽⁸⁸⁾ BETTI, *Teoria*, cit., 264.

⁽⁸⁹⁾ Sulla deviazione dell'esercizio del diritto dallo scopo tipico assegnato dalla legge cfr. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Padova, 1998, 26 ss.; sul conflitto di interessi (tra rappresentante e rappresentato) quale fattispecie di abuso di potere, cfr. per tutti SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986⁹, 289.

⁽⁹⁰⁾ Pertanto, «il diritto deve tenersi pago di segnare alla competenza degli organi della comunione [di interessi] quei soli limiti che ne impediscano un manifesto abuso [...] controllabile mediante indici tipici, oggettivamente riconoscibili» (BETTI, *Teoria*, cit., 265).

⁽⁹¹⁾ Secondo uno schema classificatorio rinvenibile, per es., in ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civile, la teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*, in ID., *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, 530 ss.

⁽⁹²⁾ G. BONELLI, *Del fallimento*, III, cit., 511.

⁽⁹³⁾ Cfr. BETTI, *Teoria*, cit., 264 s.

127, comma 6, l.f.); sono inoltre esclusi dal voto i crediti trasferiti dopo la dichiarazione di fallimento a soggetti diversi da banche e intermediari finanziari (cfr. art. 127, comma 7, l.f.). Ma rilevano anche le regole repressive del mercato di voto (cfr. artt. 233 e 236, comma 2, n. 4) l.f.). Queste emergenze disciplinari consentono due osservazioni. Innanzitutto, non sembra seriamente revocabile in dubbio che il divieto del conflitto di interessi sia operativo anche nel diritto concorsuale: nelle previsioni espresse quale regola, e in generale quale principio ordinatore⁽⁹⁴⁾. Circa le differenze tra concordato fallimentare e concordato preventivo e in particolare circa il classico problema dell'esclusione dal voto dei cessionari del credito, previsto per il primo ma non per il secondo, anche dopo la riforma resta condivisibile la tesi sulla applicabilità, in via analogica, della disposizione prevista per il concordato fallimentare al concordato preventivo⁽⁹⁵⁾. Allo stesso modo deve concludersi per la norma sulla esclusione dal voto di società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo. La scelta si pone tra interpretazione per analogia e interpretazione per anomalia; mentre tuttavia è evidente la comune matrice dei concordati, quali procedure fondate sulla deliberazione a maggioranza - e dunque determinate entrambe essenzialmente dalla corretta espressione del voto - invece non soccorrono adeguate ragioni per l'interpretazione per anomalia (dovendo fondarsi la stessa sulla peculiarità della previsione in esame, la quale dovrebbe risultare eccezionale e strettamente afferente al concordato fallimentare)⁽⁹⁶⁾. Può poi annotarsi che il principio generale del divieto di conflitto di interessi e l'invalidità della deliberazione determinata da quel conflitto comprovano ulteriormente l'effettività dell'interesse comune dei creditori deliberanti. In tanto è ipotizzabile un conflitto di interessi in quanto è postulabile come comune l'interesse da perseguire con la deliberazione inquinata dall'indebita rilevanza dell'interesse individuale (fino alle fattispecie estreme di mercato del voto realizzato attraverso patti paraconcordatari). In altri termini, poiché il creditore votante non può affermare il proprio interesse su quello oggetto della deliberazione, e poiché la deliberazione non può logicamente riguardare l'interesse altrui (che il votante non potrebbe mai essere tenuto a promuovere), l'interesse con cui si verifica il conflitto non può che essere l'interesse comune di tutti i creditori votanti.

Oltre al conflitto di interessi rileva la mancanza di interesse al voto, che determina l'indifferenza per l'interesse comune e dunque il rischio dell'esercizio emulativo del voto⁽⁹⁷⁾. Come può accadere in alcuni casi emblematici, censiti dalla recente giurisprudenza: e così nell'evenienza del voto nel concordato fallimentare espresso da creditore già soddisfatto per adempimento del terzo, il quale ultimo, tuttavia, non si è surrogato al creditore soddisfatto nello stato passivo⁽⁹⁸⁾. Meno scontata è, sotto il profilo della rilevanza giuridica, l'estensione possibile dell'area ricoperta della mancanza di interesse al voto. È facile avvedersene considerando che non è ricomprensibile in quest'ordine di fattispecie il caso del creditore garantito su patrimonio diverso da quello del debitore (patrimonio del terzo, eventualmente coobbligato: fideiussore, datore di pegno o di ipoteca). La regola desumibile dalla disciplina complessiva è che il rapporto di garanzia esterno al concordato non incide su quello; allo stesso modo, il secondo non produce effetti sul primo⁽⁹⁹⁾. Ai vecchi autori appariva chiaro e indiscutibile che l'esclusione dal voto non potesse riguardare tutti i creditori garantiti, ma

⁽⁹⁴⁾ In generale, cfr. D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti*, in *Scritti di Floriano d'Alessandro*, Milano, 1997, 909 ss.; SACCHI, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, in *Fallimento*, 2009, *Convegno 'Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamenti e mercato delle crisi'*, 32 ss.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 365 ss.

⁽⁹⁶⁾ Per una casistica critica in tema di esclusione dal voto, cfr. la pagina ancora attuale di BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 368 ss.

⁽⁹⁷⁾ Si concretizza, in tal modo, una esemplare manifestazione dell'esercizio abusivo della prerogativa: cfr. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato Sacco, Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, 335 s., che a proposito dell'emulazione scrive di «esempio calzante», «ipotesi prima e centrale».

⁽⁹⁸⁾ Cfr. Trib. Roma, 9 ottobre 2008, in *Fallimento*, 2009, 591.

⁽⁹⁹⁾ Per le garanzie personali vale la regola generale secondo cui il creditore conserva per intero l'azione contro il fideiussore (cfr. gli artt. 135, comma 2 e 184, comma 1, l.f. - e prima l'art. 792 c. comm. 1882). Cfr., nella letteratura classica, G. BONELLI, *Del fallimento*, III, cit., 81 ss.; tra gli scritti recenti, MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato Sacco, I singoli contratti*, Torino, 2009, 639 ss.

esclusivamente i creditori con garanzia reale su beni del debitore. Ciò in quanto la garanzia sul patrimonio o sul bene del terzo non altera la posizione del creditore garantito rispetto al patrimonio del debitore in concordato, la quale in mancanza di una ulteriore garanzia è la posizione di creditore chirografario ⁽¹⁰⁰⁾. Nella letteratura successiva, tale assunto è stato posto in discussione, e nonostante la chiarezza dell'allora vigente art. 177, comma 2, l.f., sulla esclusione dal voto dei creditori garantiti «su beni del debitore» ⁽¹⁰¹⁾, si è proposto di valorizzare l'omissione di tale limitazione nel precedente art. 127, comma 2, l.f.: interpretando quella seconda disposizione come riferita a tutti i creditori garantiti, anche su beni di terzi, e proponendone l'applicazione analogica e integrativa della prima. Si è infatti sostenuto che la motivazione fornita dalla letteratura classica, e recepita nella relazione illustrativa della legge sul concordato preventivo, fosse fallace non venendo in discussione la uguaglianza dei creditori rispetto al patrimonio del debitore ma la genuinità del voto ⁽¹⁰²⁾. Se questa posizione fosse condivisibile nelle premesse, sarebbe ulteriormente corroborata dalla riforma dell'art. 177 l.f., nel quale oggi si discorre semplicemente di garanzia, senza specificare se l'oggetto della stessa debba rinvenirsi nei beni del debitore. Ma le premesse sono infondate: giacché nel concordato si discute sul patrimonio del debitore, e non di terzi; e su come l'insolvenza del debitore, e non dei terzi garanti, possa essere rimediata. In breve: si discute della realizzazione della responsabilità sul patrimonio del debitore e non di altri. Per orientarsi in maniera metodologicamente corretta nella soluzione della questione è essenziale osservare che la disciplina citata è perfettamente coerente con il sistema della responsabilità patrimoniale: il creditore garantito dal terzo o su beni del terzo non è perciò garantito sul patrimonio del debitore, rispetto al quale resta chirografario e dunque assoggettato alla proposta di concordato; quest'ultima, in quanto rivolta al creditore, non involge la posizione del terzo garante ⁽¹⁰³⁾. Ne discendono due conseguenze: la legittimazione e l'interesse del creditore, pur garantito, al voto; la persistenza dell'interesse al voto sulla proposta concordataria anche in presenza di garanzie esterne.

Per concludere sull'abuso nella deliberazione va precisato che sia il conflitto di interessi che la mancanza di interesse possono concretizzarsi proprio *in occasione* della domanda di concordato, per essere il creditore destinatario di una offerta complessiva la quale solo parzialmente è ricompresa nella domanda di concordato, e nella quale offerta si preveda la stipulazione di una garanzia esterna al concordato o un adempimento, totale o parziale, parimenti esterno, oppure ulteriori e diversi vantaggi per il creditore. Tali fattispecie concrete potrebbero essere anche penalmente rilevanti ai sensi degli artt. 233 e 236, comma 2, l.f.; il voto espresso, perché in contrasto con un divieto penale di ordine pubblico, sarebbe da sterilizzarsi al fine del computo delle maggioranze ⁽¹⁰⁴⁾.

12. Abuso della deliberazione. Insussistenza di un interesse pubblico al controllo della convenienza del concordato per i creditori. - Occorre a tal punto dire di un eventuale controllo sull'abuso *della* deliberazione, e dunque della possibilità di una verifica diretta del contenuto della

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. i già citati sul punto A. ROCCO, *Il concordato*, cit., 429; G. BONELLI, *Del fallimento*, III, cit., 512; BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., 126 s. Tuttavia (e come ricorda quest'ultimo) poiché l'art. 834 c.comm., sul concordato fallimentare, si limitava a escludere dal voto i creditori prelatizi senza specificare che la garanzia dovesse insistere su beni del debitore, e poiché si annoveravano anche opinione sulla esclusione dal voto di creditori garantiti su beni di terzi, si stimò opportuno introdurre, nell'art. 14, comma 2, l. 24 maggio 1903, n. 197 sul concordato preventivo il chiarimento che il creditore prelatizio escluso dal voto fosse il creditore garantito su beni del debitore.

⁽¹⁰¹⁾ Precisazione che - derivata dall'art. art. 14, comma 2, l. 24 maggio 1903, n. 197 - induceva i più alla condivisione degli avvisi tradizionali (cfr., per es., PROVINCIALI, *Trattato*, IV, cit., 2296).

⁽¹⁰²⁾ Cfr., tra gli altri, BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 364 s.

⁽¹⁰³⁾ Se poi il terzo garante è assuntore del concordato o anche - nel caso del concordato fallimentare - proponente, la domanda può coinvolgere la sua posizione, ma i creditori interessati restano sempre (e devono essere trattati come) chirografari: rilevando, nel concordato, la responsabilità patrimoniale del debitore e non del terzo (cosicché i creditori prelatizi su beni del terzo possono essere trattati come titolari della garanzia solo nel concordato di quel terzo).

⁽¹⁰⁴⁾ Invece, più discutibile è la rilevanza di altri possibili conflitti di interesse, come nel caso in cui la domanda di concordato preventivo, scongiurando il pericolo di fallimento, esclude il rischio di azioni revocatorie nei confronti di taluni creditori, interessati eppure - per tradizione - votanti. Per la tesi della irrilevanza cfr., condivisibilmente, BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 370.

deliberazione, e della sua corrispondenza all'interesse comune: controllo da effettuarsi a prescindere dall'esercizio abusivo (o espressamente vietato) del voto. Nel diritto concorsuale, la persuasività di questo tipo di controllo non è inficiata dal limite rinvenibile nel diritto societario: se infatti in quest'ultimo è assai discutibile ogni individuazione dell'interesse comune diversa da quella effettuata dagli organi sociali, invece nei concordati rileva l'interesse comune dei creditori ⁽¹⁰⁵⁾ il quale è agevolmente ravvisabile nella generale convenienza, per gli stessi, della soluzione concordataria rispetto alla alternative concretamente praticabili ⁽¹⁰⁶⁾. Storicamente, il diritto dei concordati in generale e del concordato preventivo in particolare conobbe abbondantemente questo tipo di verifica giudiziaria. Nel vecchio testo, l'art. 181, comma 1, l.f. disponeva che il tribunale valutasse non soltanto il raggiungimento delle prescritte maggioranze e la regolarità della procedura, ma anche la convenienza economica del concordato per i creditori. Per questa regola, il beneficio del concordato era accordato non dai creditori ma, in quanto beneficio, dal tribunale; invece la deliberazione a maggioranza costituiva mera condizione legale per l'omologazione. In definitiva, il tribunale, piuttosto che limitarsi a omologare il concordato, ne decideva l'approvazione; e ciò valutando per suo conto la convenienza del concordato per i creditori, ossia la sussistenza nel caso concreto della comunanza dell'interesse al concordato per come approvato dalla maggioranza. Se anche il concordato fosse stato approvato all'unanimità, il tribunale avrebbe comunque potuto giudicarlo non conveniente per i creditori e respingere la proposta ⁽¹⁰⁷⁾. Questo pervasivo sindacato fu positivizzato nell'epoca del corporativismo fascista, ma precedentemente fu a lungo teorizzato in dottrina da coloro che ravvisavano nella omologazione del concordato l'affermazione di un pubblico interesse la cui tutela era da affidarsi al tribunale ⁽¹⁰⁸⁾. Se però si tenta di cogliere tale ineffabile interesse, l'impresa è destinata all'insuccesso.

L'individuazione di un pubblico interesse in senso proprio, ossia attinente allo Stato persona, sarebbe scarsamente persuasiva anche in tesi. Neppure si mosterebbe convincente la presentazione dell'interesse dei creditori come interesse generale (dello Stato comunità): come dimostra la conflittualità di tale interesse privatistico con gli interessi pubblicistici presidiati dalle procedure concorsuali amministrative ⁽¹⁰⁹⁾. Maggiormente persuasiva potrebbe apparire l'idea di un interesse generale diverso da quello dei creditori e di ordine pubblico. Nel diritto abrogato era persuasivamente argomentabile la sussistenza di un simile interesse sulla scorta del potere di dichiarazione di ufficio del fallimento e sulla costruzione del concordato preventivo come beneficio per il debitore, che pertanto doveva dimostrarsene meritevole. Inoltre la proposta doveva convenire oggettivamente ai creditori: così da legittimare la prevalenza dell'interesse di gruppo (dei creditori concorsuali) sull'interesse generale alla dichiarazione di fallimento ⁽¹¹⁰⁾.

Nel contesto attuale sarebbe davvero difficile sottoscrivere che «La concessione del concordato – così preventivo come fallimentare – rappresenta una elargizione dello Stato [... che] nel suo supremo giudizio, può reputare che risponda all'interesse generale di evitare un fallimento o di

⁽¹⁰⁵⁾ Si trae così ulteriore conferma della gerarchia di interessi rinvenibile nelle procedure concorsuali.

⁽¹⁰⁶⁾ Ma la reale, acutissima, difficoltà di un simile controllo (e dunque l'incontrollabile discrezionalità del giudice) non sfugge alla dottrina più attenta: cfr. i rilievi di GENTILI, *Autonomia assistita*, cit., 358 ss.; v. anche GIANNELLI, *Le soluzioni giudiziarie delle crisi d'impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 151 s.

⁽¹⁰⁷⁾ Insuperata la sintesi di BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 416 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr., per l'autorevolezza, ASCARELLI, *Sulla natura dell'attività del giudice*, cit., 223 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Il tema è trattato nel capitolo successivo, ma v. fin d'ora LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, cit., 19, che a commento della prima legge sulla amministrazione straordinaria annotò: «E non è a dire nemmeno che adesso si discopra un interesse pubblico, a carattere collettivo, la contrapporre all'interesse, privato, dei creditori. La tutela dei creditori, nell'ambito della procedura fallimentare, veniva per vero considerata (seppure con forzature) interesse generale».

⁽¹¹⁰⁾ Cfr., per tutti, BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., 166 ss. Ma v. anche la prudente posizione di BONSIGNORI, *Disposizioni generali*, cit., 47 s.; ID., *Concordato preventivo*, cit., 420, che a distanza di quasi mezzo secolo pur argomentando la compresenza, nelle procedure concorsuali in generale e nel concordato preventivo in particolare, di interessi sia pubblici che privati si preoccupa di puntualizzare che nel concordato il giudizio del tribunale resta focalizzato sulla tutela dei diritti dei creditori.

rimuoverne gli effetti»⁽¹¹¹⁾: non semplicemente perché, come pure si obiettò, «Queste strane affermazioni sembrano ignorare che alla base dell'approvazione del concordato, preventivo o fallimentare, sta il consenso dei creditori»⁽¹¹²⁾; quanto soprattutto perché, in primo luogo, non può dirsi sussistente un interesse di ordine pubblico alla dichiarazione di fallimento, essendo questa condizionata dalla domanda dell'interessato; inoltre perché il concordato non è prospettabile come beneficio per l'imprenditore onesto ma sfortunato, non richiedendosi più il possesso di requisiti soggettivi di meritevolezza⁽¹¹³⁾. Se l'interesse di gruppo non deve confrontarsi con l'interesse generale e può affermarsi in autonomia, allora nessuna razionalità esprimerebbe un generalizzato controllo giudiziale sulla convenienza del concordato. L'esigenza di un controllo generalizzato sarebbe a tal punto sostenibile solo sovrapponendo l'interesse dei creditori all'interesse generale, ossia soltanto interpretando l'interesse dei creditori come (se fosse) interesse generale, la cui realizzazione non può prescindere dal controllo giudiziale. Il che, tuttavia, non è: tale controllo produrrebbe pertanto una mortificazione delle regole del mercato⁽¹¹⁴⁾. Una conferma di queste conclusioni può trarsi dal sistema dei concordati coattivi in generale e dalla disciplina del concordato nella liquidazione coatta amministrativa in special modo: poiché il tribunale, nell'omologare il concordato, deve valutare la sussistenza di un interesse pubblico e la compatibilità di questo con la tutela anche dell'interesse di gruppo dei creditori, questi ultimi non esprimono alcun voto - e dunque non sanciscono la corrispondenza del concordato a quell'interesse - ma possono soltanto opporsi alla omologazione⁽¹¹⁵⁾. In via incidentale, infine, potrebbe anche aggiungersi che, nella prospettiva del diritto privato, il sindacato sulla convenienza sarebbe una assoluta peculiarità del concordato: giacché gli atti di autonomia privata non soffrono mai in altri ambiti il controllo giudiziale di convenienza ma al più, e nei casi previsti, un controllo sull'equilibrio tra le prestazioni.

Benché inconciliabile con i valori del mercato concorrenziale (poiché mortificava l'autonomia negoziale in un rilevante settore del diritto d'impresa) oltre che con il sistema del diritto razionale (poiché svuotava di significato la deliberazione dei creditori) il controllo pubblicistico era ed ancora è stimato non soltanto naturale ma anche necessario a garantire la tenuta costituzionale di un sistema che determinerebbe l'effetto della 'espropriazione del credito'. Con l'enfatica espressione, già usata dalla dottrina classica⁽¹¹⁶⁾, si usa tuttora stigmatizzare atecnicamente la soggezione della minoranza rispetto alla maggioranza⁽¹¹⁷⁾. Allo stesso modo, sopravvenuta la riforma, si dubita diffusamente della costituzionalità di un sistema legale che non solo non impone più il vaglio di convenienza del tribunale in via officiosa, ma nemmeno lo prevede su domanda di parte eccettuato l'unico caso di opposizione all'omologazione presentata da creditore dissenziente appartenente a classe dissenziente⁽¹¹⁸⁾. Si propongono conseguentemente letture 'costituzionalmente orientate', anche elegantemente

⁽¹¹¹⁾ PROVINCIALI, *Trattato*, III, cit., 1783.

⁽¹¹²⁾ AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, cit., 1043, nota 4.

⁽¹¹³⁾ La modificazione legislativa è frutto di una evoluzione dell'atteggiamento culturale, che trascorre dalla premura per la sanzione del soggetto alla valutazione delle concrete possibilità di conservazione dell'attività: cfr. la ricostruzione offerta da PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989.

⁽¹¹⁴⁾ Così SALANITRO, *Riflessioni conclusive*, in GUERRERA e altri, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, 170.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. la ricostruzione di BELVISO, *Tipologia e normativa della liquidazione coatta amministrativa*, Napoli, 1973, 60 ss. e, nella recente giurisprudenza, Cass. 19 settembre 2006, n. 20259, in *Giur. comm.*, 2007; II, 1171; Cass. 18 marzo 2008, n. 7263, in *Fallimento*, 2008, 893; tra le pronunce di merito, cfr. Trib. Ferrara, 3 luglio 2006, in *Giur. comm.*, 2007; II, 1171. L'argomento sarà trattato nel capitolo successivo.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr., per es., VIVANTE, *Trattato*, cit., 362, che stigmatizza chi «ligio agli aforismi del diritto tradizionale, si turba perché la minoranza dei creditori dissenzienti può essere, quasi direi, espropriata dalla maggioranza di una parte del credito»; e poi CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 676, s. per il quale la deliberazione a maggioranza produce «uno strappo alle norme del diritto privato».

⁽¹¹⁷⁾ Cfr., per es., FABIANI, *Brevi osservazioni*, cit., 443.

⁽¹¹⁸⁾ Va ricordato che l'assetto definitivo della materia, dovuta al c.d. decreto correttivo, ha condotto alle conseguenze ultime la regola della maggioranza, modificandola regola sulla verifica di ufficio della convenienza in caso di classe dissenziente (cfr. le formulazioni degli artt. 177, comma 2, l.f. nella formulazione precedente al correttivo e 180, comma 4, l.f. nella formulazione in vigore).

argomentate ma oggettivamente distorsive del pur chiaro dettato normativo. Per una prima, qualsiasi creditore opponente, anche non appartenente a classe dissenziente, potrebbe contestare la convenienza del concordato ⁽¹¹⁹⁾; per una seconda – e come già esposto - in caso di disomogeneità dei crediti la formazione delle classi diverrebbe obbligatoria; per una terza e più cauta lettura sussisterebbe un potere di controllo del tribunale sulla omessa formazione delle classi quando sia constatabile una disomogeneità degli interessi dei creditori ⁽¹²⁰⁾.

Nonostante le diversità di costruzione, queste prospettazioni mirano a favorire il controllo di convenienza a mezzo dell'opposizione del creditore: per la prima tesi, di qualunque creditore; per implicazione della seconda e terza tesi, del creditore dissenziente appartenente alla classe, pure dissenziente, obbligatoriamente formata. Simili ragionamenti disattendono la legge non solo nella versione in vigore, ma anche in quella abrogata. È istruttivo rammentare che nel disporre il giudizio di convenienza la legge non si preoccupò di tutelare la minoranza soccombente, bensì di fissare una autonoma valutazione sulla convenienza a prescindere totalmente dalla valutazione positiva già espressa dai creditori: a maggioranza o anche all'unanimità. Nemmeno va trascurato che i dubbi di costituzionalità per lesione del credito sono assunti alquanto apoditticamente, laddove bisognerebbe chiarire preliminarmente effettività e limiti di tale affermata copertura costituzionale ⁽¹²¹⁾.

Sembra perciò raccomandabile tornare a meditare che la valutazione giudiziale sulla convenienza economica della proposta di concordato è incompatibile con l'approvazione di quella proposta per deliberazione a maggioranza. La convenienza del concordato, da intendersi come convenienza *per i creditori*, e dunque come affermazione dell'interesse comune dei creditori nel concordato, è per sua natura oggetto della deliberazione a maggioranza. Sostenere che la decisione una volta adottata possa essere posta senz'altro in discussione proprio nella sua essenza – e poco importa se tale valutazione della deliberazione avvenga per iniziativa d'ufficio del giudice o su domanda dell'interessato – implica negare l'esercizio di autonomia negoziale insito nella deliberazione; e perciò sconfessare la natura stessa dell'atto deliberativo. Alla valutazione discrezionale della maggioranza si sovrapporrebbe completamente la paternalistica valutazione, egualmente discrezionale, del tribunale; per di più, esercitabile non in casi stabiliti, ma per scelta dello stesso tribunale o per decisione del creditore opponente ⁽¹²²⁾.

Queste osservazioni favoriscono la conclusione che il sistema delineato dalla riforma (cfr. artt. 128, 129, 177 e 180 l.f.) sia perfettamente compatibile con il diritto razionale e anche con la legge fondamentale, che sulla ragionevolezza delle soluzioni normative legittima il sindacato del giudice delle leggi. È previsto che, approvato il concordato secondo le prescritte maggioranze, se non sono presentate opposizioni il tribunale procede alla omologazione verificata la legalità della procedura; se invece sono proposte opposizioni provvede alla istruzione; in caso di concordato con classi e di classe dissenziente, l'opposizione del creditore dissenziente può involgere anche la convenienza del concordato rispetto alle alternative concretamente praticabili. Pertanto, approvato il concordato, qualsiasi interessato può opporsi alla omologazione; in caso di concordato diviso in classi e di classe dissenziente (non qualsiasi interessato ma esclusivamente) il creditore dissenziente appartenente a quella classe è inoltre legittimato alla opposizione sulla convenienza della proposta.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi*, cit., 431 ss.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. SACCHI, *Concordato preventivo*, cit., 33 s.

⁽¹²¹⁾ Per una introduzione alla complessità del problema, cfr. ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, I, 1 ss.

⁽¹²²⁾ Si è ricordato che nel diverso contesto della legge corporativa del 1942 il decisivo controllo rimesso al tribunale sulla convenienza del concordato aveva portato a combattere efficacemente le tesi contrattualistiche (cfr. ancora PROVINCIALI, *Trattato*, IV, cit., 2212; RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, II, cit., 996 ss.; BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., 138). Del tutto altro il diritto statunitense, il richiamo del quale sarebbe dunque fuori luogo. Nella disciplina del *Chapter 11* ogni creditore dissenziente, anche appartenente a classe consenziente, può impugnare il piano. Ciò tuttavia si giustifica sul rilievo che per l'approvazione del piano non si richiede nessuna effettiva maggioranza (ma esclusivamente la maggioranza in almeno una delle classi di creditori): cosicché il potere dei creditori non si esplica nell'approvazione a maggioranza, ma nella contestazione individuale del piano (cfr. l'efficace sintesi di SCIUTO, *La classificazione dei creditori*, cit., 589 s.).

Il sistema disciplinare può sintetizzarsi nelle seguenti proposizioni: a) nel caso di proposta di concordato senza classi, l'approvazione a maggioranza esclude il vaglio sulla convenienza (infatti ritenuta dalla maggioranza); b) nel caso di proposta con classi approvata a maggioranza in ciascuna classe, l'approvazione a maggioranza esclude il vaglio sulla convenienza (infatti ritenuta dalla maggioranza in ciascuna classe); c) nel caso di proposta con classi approvata a maggioranza nella maggioranza delle classi, nelle classi in cui è prevalsa la maggioranza favorevole non si discute sulla convenienza del concordato (infatti ritenuta dalla maggioranza); nelle classi in cui è prevalsa la maggioranza contraria può discutersi, su opposizione del creditore dissenziente, della convenienza (perché la maggioranza non l'ha ritenuta). Il giudizio sulla convenienza è inibito dalla approvazione a maggioranza della proposta. La mancata approvazione a maggioranza all'interno della classe dissenziente (ma appartenente al minor numero delle classi in cui si suddivide il concordato) legittima invece il creditore dissenziente alla opposizione sulla convenienza. Che tale sistema sia congegnato per assicurare da un lato l'effettività della deliberazione a maggioranza e dall'altro la piena tutela del credito è comprovato dalla regolamentazione della opposizione sulla convenienza. Non ogni interessato è legittimato alla opposizione ma unicamente il soggetto che si afferma pregiudicato dalla proposta, ossia il creditore dissenziente. Poiché tale soggetto deve poter difendere il proprio credito ed agisce proprio in difesa dello stesso, è appunto con riguardo a tale credito (e non con riguardo all'interesse comune dei creditori racchiusi nella classe) che il giudizio di opposizione deve svolgersi e le alternative al concordato concretamente praticabili devono essere vagliate dal tribunale. Il che ben si chiarisce riflettendo che la deliberazione a maggioranza, disapprovando la proposta concordataria, non ha conformato nessuno dei rapporti obbligatori correnti tra debitore e creditori, e dunque non ha prodotto l'effetto tipico della approvazione (sempre a maggioranza): ossia la subordinazione giuridica che impone alla minoranza il rispetto della decisione a maggioranza. Il conseguimento delle maggioranze di somma in generale e nel maggior numero delle classi non impedisce dunque l'opposizione del creditore e il controllo del tribunale: quelle maggioranze soddisfano infatti una condizione necessaria, ma non anche sufficiente, alla omologazione del concordato.

In conclusione, il mancato conseguimento della maggioranza anche in una sola classe impedisce la piena operatività della regola maggioritaria; ma questa regola limitativa è per ciò stesso confermativa proprio del principio maggioritario.