

Dipartimento di Giurisprudenza

Chiara Loddo

Tesi di laurea

**IL DIRITTO DI VOTO NEL CONCORDATO
FALLIMENTARE NELL'AMBITO DELLE
SOCIETÀ CORRELATE ALLA PROPONENTE**

RELATORE: *Prof. Antonio Nuzzo*

CORRELATORE: *Prof. Gian Domenico Mosco*

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

Ottobre 2019

SOMMARIO

INTRODUZIONE..... 4

CAPITOLO I: IL FALLIMENTO E LE ALTRE PROCEDURE CONCORDATARIE: STUDIO DELLE PROBLEMATICHE ITALIANE E DEI DIVERSI APPROCCI RISOLUTIVI.	7
1.1 La crisi economica dell'impresa.....	7
1.2 La struttura originaria della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n. 267)	15
1.3 Segnali della carenza del sistema normativo relativo alla crisi d'impresa.....	21
1.4 I progetti di riforma con le due Commissioni Trevisanato.....	29
1.5 L'innovazione del D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 in materia di fallimento e i nuovi istituti introdotti con la l. 27 gennaio 2012, n. 3.....	33
1.6 Il nuovo codice della Crisi e dell'Insolvenza (D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)	39
CAPITOLO II: CONCORDATO FALLIMENTARE: IL CONFLITTO DI INTERESSI NEL CETO CREDITARIO	43
2.1 La disciplina della proposizione del fallimento	43
2.2 Le diverse modalità di chiusura del fallimento: Concordato fallimentare o ripartizione dell'attivo fino ad esaurimento.....	50
2.3 Il reclamo: opposizione all'omologazione	59
2.4 L'articolo 124 comma 1: termini da osservare per evitare intenti dilatori da parte del fallito. 63	
2.5 (<i>segue</i>) I "correlati al fallito": dubbi sulla possibilità di interpretazione estensiva.....	67
2.6 La massa dei creditori non vanta un interesse collettivo: il leading case e il precedente orientamento.....	72
2.7 Il principio del voto di maggioranza come colonna portante del concordato.	76
2.8 La configurabilità del conflitto di interessi.	80
2.9 La divisione in classi del ceto creditorio.	86
2.10 Intervento del Tribunale e concezione privatistica della divisione in classi.	92
2.11 Parallelismi e differenze tra il trattamento del conflitto di interessi nel voto societario e nel concordato fallimentare.	97
CAPITOLO III: IL NUOVO ORIENTAMENTO DELLA CORTE DI CASSAZIONE (Sentenza 28 maggio 2018, n. 17186)	103
3.1 I fatti.....	103
3.2 I motivi delle parti.	106
3.3 La questione di diritto.	108
3.4 La soluzione della Corte di Cassazione.....	111
3.5 La portata della Sentenza in Italia e un breve excursus sul trattamento della questione negli Stati Uniti e negli altri Stati europei.....	115
3.5.1. Gli Stati Uniti.	116
3.5.2. Il Regno Unito.....	118
3.5.3 La Germania.....	121

3.5.4. La Francia.....	123
3.6 Il rapporto tra il nuovo orientamento della Cassazione e il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza.	123
CONCLUSIONI	126
BIBLIOGRAFIA	132
SITOGRAFIA	141
GIURISPRUDENZA	141

INTRODUZIONE

In un contesto quale quello della Legge fallimentare continuamente riesaminata e novellata, aggiornata e resa più o meno pronta a fronteggiare le epoche storiche e le problematiche economiche e sociali che vengono a mano a mano emergendo nella vita della Repubblica, i motivi di aggiustamento e le critiche da rivolgere ai nuovi testi promulgati sembrano avere una fonte inesauribile. Con un'Italia che ormai da anni si è aperta a nuovi mercati, si è aperto anche alla comparazione della legge interna con quella di altri ordinamenti nella prospettiva di trovare soluzioni migliori a problematiche comuni.

Nel sistema sovranazionale dell'Unione Europea si cerca invece una spinta di armonizzazione capace di trattare le crisi delle imprese anche quando queste, data la loro estensione e i loro interessi e le loro proprietà diffuse sul territorio, coinvolgono più Stati. Dalla lettura del “Piano d'azione imprenditorialità 2020” nella Raccomandazione 2014/135/UE, emerge come anche a livello europeo si osservi un tessuto imprenditoriale costituito in gran parte da Piccole e Medie Imprese che soffrono un contesto non adeguato in relazione ai sistemi di istruzione che non sono in grado di fornire una preparazione imprenditoriale adatta alla guida e al superamento delle difficoltà che si incontrano nella vita dell'impresa, in relazione all'accesso ai finanziamenti, ai trasferimenti delle imprese e non ultimo il timore delle sanzioni punitive in caso di fallimento spesso accompagnate da provvedimenti amministrativi altrettanto onerosi. L'Europa prende quindi consapevolezza della problematica del fallimento quale metodo non ottimale di risoluzione di una crisi e si muove fissando obiettivi che assicurino agli imprenditori una consulenza efficace in grado di evitare di andare incontro a situazioni di insolvenza e dissesti finanziari o quanto meno in grado di indirizzare la piccola o media impresa alla ristrutturazione e al rilancio della sua attività qualora incorresse in tali situazioni di difficoltà.

La Raccomandazione ha avuto seguito nell'evoluzione legislativa italiana che si è sviluppata sostituendo la centralità dell'istituto del fallimento, per altro rinominato recentemente con l'ultima modifica del 2019 alla legge fallimentare in *liquidazione giudiziale*, con altri metodi meno deleteri sia a livello economico che a livello sociale - eliminando con la scelta del nuovo nome anche lo stigma sociale che accompagnava il fallito fin dalla nascita di questa soluzione alla crisi di impresa.

Intervengono, quando si parla di crisi di impresa, non solo questioni tecniche e giuridiche ma anche questioni di tipo sociale ed economico che devono trovare un'attenzione particolare da parte del legislatore considerato il ruolo preponderante che l'impresa svolge all'interno della nostra società nella creazione di una cultura dell'innovazione, della ricerca e nuove opportunità che implicano lavoro e sviluppo.

Attraverso la comparazione con le leggi di altri Stati e le conseguenti riscritture cui è andato incontro il R.D. 267/1942, -che era per lo più improntato alla tutela del creditore e all'epurazione del mercato dalle imprese "malate" che davano segno di debolezza e potenziale contagio- il ruolo preponderante del Tribunale tipico della normativa italiana rimarcava è andato sempre più sbiadendosi per lasciare spazio ad un approccio più marcatamente privatistico alla crisi dell'impresa. Il Giudice viene riposizionato al margine delle procedure quale garante da adire nei casi di conflitti irrisolti o di abusi di diritto ovvero di mero vaglio del rispetto formale delle procedure prescritte. A questo punto la problematica cui si è andati incontro, e non ancora del tutto risolta, risiede nella protezione da fornire alle minoranze che partecipano agli accordi tra privati, dal momento che il declassamento della posizione del Tribunale quale strumento per il controllo e per la protezione di tali soggetti viene meno.

I sistemi finora approvati non sono ancora ritenuti del tutto efficaci, tuttavia in una delle modalità previste per la chiusura del fallimento, segnatamente (il concordato fallimentare), la previsione di un raggruppamento in classi dei creditori in una reinterpretazione del principio della *par condicio creditorum* che rappresenta una colonna portante nel nostro ordinamento e a cui si ispira l'idea delle procedure concorsuali, è visto come presidio di un migliore trattamento dei creditori e delle minoranze. Si assicura infatti un trattamento uguale all'interno di ciascuna classe formata e la possibilità di

trattamenti diversi tra classi diverse rendendo la composizione della crisi più elastica e più soddisfacente. È però reale la possibilità di incorrere in una differenziazione del rischio da parte dei creditori forti così da sfruttare a proprio vantaggio il metodo di classamento aggirando il fine ultimo per cui questo era stato pensato.

Un altro problema preso in esame ed oggetto di discussione nella ricerca di un sistema capace di far fronte alla crisi di impresa in modo efficiente ed efficace risiede nella individuazione dei conflitti di interessi tra i partecipanti e l'interesse comune che permette l'attuazione corretta del principio di maggioranza su cui si basano i meccanismi di approvazione degli accordi negoziali tra le parti.

L'opzione di un approccio privatistico nel campo della composizione della crisi d'impresa è da giudicarsi tuttavia in modo positivo perché in grado di tagliare sui tempi lunghi degli *iter* nei Tribunali e perché capace così di salvaguardare meglio quanto distribuibile tra i creditori, consentendo quindi un esito più soddisfacente rispetto a quello che si avrebbe se si desse seguito alle procedure tradizionali.

Le riforme, le critiche della dottrina, la giurisprudenza e i confronti con le altre metodologie adottate altrove prenderanno parte al perfezionamento del nuovo meccanismo di conclusione della crisi d'impresa.

CAPITOLO I: IL FALLIMENTO E LE ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI: STUDIO DELLE PROBLEMATICHE ITALIANE E DEI DIVERSI APPROCCI RISOLUTIVI.

SOMMARIO: - **1.** *La crisi economica dell'impresa* - **2.** *La struttura originaria della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267)* - **3.** *Segnali della carenza del sistema normativo relativo alla crisi d'impresa* - **4.** *I progetti di riforma con le due Commissioni Trevisanato* - **5.** *L'innovazione del D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 in materia di fallimento e i nuovi istituti introdotti con la l. 27 gennaio 2012, n. 3* - **6.** *Il nuovo codice della Crisi e dell'Insolvenza (D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*

1.1 La crisi economica dell'impresa

Nel sistema italiano non esiste una norma di legge che definisca il concetto di impresa, nonostante non si disconosca il ruolo portante che essa ricopre nelle varie branche del diritto. Questa nozione deve essere dedotta dalle definizioni rese agli articoli 2082 e 2085 del c.c. che si occupano rispettivamente dell'imprenditore e dell'azienda. Si può quindi sostenere che l'impresa sia l'attività economica diretta alla produzione o allo scambio di beni o di servizi che un soggetto, l'imprenditore, esercita professionalmente mediante un complesso di beni organizzati in funzione di tale attività. Gli articoli in parola godono di un'ampia elasticità interpretativa che ha permesso loro di adattarsi ai cambiamenti socio-economici che si sono succeduti dagli anni '40, di incardinarsi come norme fondamentali nel diritto commerciale, di far sviluppare altri modelli di impresa quale ad esempio quella agricola, capaci di risolvere i problemi insoluti dal modello del 2082 e di adattare la nozione di imprenditore ai contesti di applicazione: nell'ambito del diritto della concorrenza ad esempio la nozione di impresa è estremamente flessibile e ampia¹.

Da un punto di vista Costituzionale gli articoli 41, 42 considerano l'attività imprenditoriale una libertà relativa del privato. In un contesto di economia di mercato quale quello a cui la maggior parte dei Paesi del mondo ha aderito, ciascuno è infatti libero di svolgere attività di impresa coi propri mezzi in un contesto di competizione economica con gli altri soggetti che operano sul mercato tenendo presente l'idea di portare

¹ G. TERRANOVA, "L'impresa nel sistema del diritto commerciale", *Rivista di Diritto commerciale e marittimo*, I, 2004, pp. 1 ss.

avanti un'attività che ha tra le sue finalità ultime il benessere collettivo della società oltre che il tornaconto personale. Lo Stato quindi, in questi limiti, interviene nel panorama delle attività di impresa, regolandone alcuni aspetti seppure senza aspirare alla proprietà dei mezzi di produzione, caratteristica tipica di un modello di economia dirigista.

Seguendo un approccio sistemico e più marcatamente economico della definizione di impresa, c'è chi² colloca l'azienda in un ambiente in cui coopera e si confronta con altre imprese, cioè in un microambiente facendola contemporaneamente muovere all'interno del più ampio spazio del sistema economico generale. A seconda della capacità di influenzare e di essere influenzata dal retroterra in cui si trova, l'azienda determina il proprio grado di apertura³. Questa caratteristica implica l'eventualità di riflettere le circostanze che si verificano nell'arco di vita dell'impresa sulle altre imprese che fanno parte della sua catena di relazioni ma anche sui soggetti portatori di interessi nel contesto dell'impresa, i così detti *stakeholders*. In particolare, si può evidenziare come gli *stakeholders* si trovino spesso in una situazione di conflitto tra loro dovuta ad una natura non omogenea dei loro interessi.

Quanto è appena stato detto è ben osservabile in una particolare situazione che può manifestarsi durante lo svolgimento dell'attività di impresa: lo stato di crisi. Anche in questo caso, il legislatore non offre alcun tipo di limite netto al significato di crisi economica dell'impresa rendendo possibile la riconduzione allo stato di "crisi" di situazioni anche molto diverse che hanno in comune il tratto di versare in una difficoltà, in un dissesto patrimoniale che coinvolge un numero più o meno ampio di creditori che non riusciranno a ricevere una parte o il tutto di quanto loro dovuto. Per porre rimedio al danno che potenzialmente i creditori subiranno a causa della crisi dell'impresa, non sono sufficienti⁴ né pienamente adeguati i soli strumenti di tutela individuale sui beni del

² Tra questi spicca il nome dell'economista e aziendalista GINO ZAPPA.

³ FIORI, TISCINI, "Economia aziendale", Egea Edizioni, 2014, p. 23.

⁴ L'utilizzo delle azioni esecutive individuali da parte dei creditori è ritenuto sufficiente in caso di crisi dell'imprenditore commerciale piccolo o dell'imprenditore agricolo.

debitore, ma sono necessari degli istituti capaci di estendere la loro protezione oltre che agli interessi individuali anche a quelli collettivi coinvolti⁵.

A tale fine sono state introdotte nell'ordinamento italiano con il regio decreto 267/1942, la legge 95/1979 e il decreto-legge 347/2003, sei procedure concorsuali per l'imprenditore non piccolo; e tre ulteriori procedure, destinate alla composizione della crisi del debitore diverso dall'imprenditore commerciale non piccolo, sono state disciplinate con la legge 27 gennaio 2012, n. 3. Le procedure in parola prendono il nome di procedure concorsuali per la loro caratteristica di assicurare la partecipazione a tutti i creditori coinvolti. Il carattere universale, che accomuna in generale le procedure concorsuali e che sta alla base del più remoto istituto del fallimento, trova il suo fondamento nell'articolo 2740 del Codice civile che enuncia il principio della responsabilità patrimoniale secondo cui l'intero patrimonio del debitore, composto dei beni già presenti e di quelli che vi entreranno in un momento successivo all'assunzione dell'obbligazione, è utilizzato per il soddisfacimento coatto dei creditori. Si parla pertanto di garanzia patrimoniale generica contrapposta a quella specifica che si basa invece su titoli particolari come pegno o ipoteca, titoli che individuano beni specifici nel patrimonio del debitore.

Il creditore quindi ha la possibilità di scegliere tra due diverse tipologie di tutela in caso di inadempimento nei suoi confronti: l'azione individuale contro il debitore e l'accesso alle procedure concorsuali. La scelta dell'utilizzo di una tutela concorsuale viene inquadrata come la scelta di una tutela collettiva del credito che comporta per un verso il blocco delle azioni individuali e dall'altro la possibilità di monetizzare l'avviamento della azienda escludendo sempre la necessità di una soddisfazione dei creditori che segua un ordine cronologico, al contrario di quanto la normale applicazione delle norme di diritto comune porterebbe a fare. La differenza dei due possibili metodi azionabili è rilevabile in relazione alla loro natura: se nel fallimento e nelle procedure alternative il carattere dell'azione è officioso tanto da rendere il debitore un soggetto passivo che «*subisce la*

⁵ G. F. CAMPOBASSO, "Diritto commerciale 3. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali", UTET Giuridica, 2014, p. 335.

procedura»⁶ che si conclude solo con un provvedimento giurisdizionale, l'azione individuale lascia ancora spazio alla possibilità di un ruolo attivo dell'obbligato. Un ulteriore distinguo può essere rilevato a livello procedurale poiché il fallimento e le altre procedure concorsuali si attecchiscono a giurisdizione volontaria⁷ e non contenziosa come nel caso delle azioni esperite individualmente⁸. Nel ricorrere ad un potere terzo, quello dello Stato nella persona del Giudice, bisogna tener di conto che mentre un semplice conflitto per inadempimento riguarda un conflitto tra privati, nel caso di insolvenza dell'impresa il Giudice non è chiamato a risolvere la singola disputa sorta, bensì a giudicare sulla capacità del modello operativo adottato di produrre sufficiente reddito al fine di soddisfare i propri creditori⁹. Perché la scelta possa effettivamente ricadere sull'utilizzo delle procedure concorsuali, e in particolare su quelle considerate storicamente come le procedure normali da adottarsi in situazioni di difficoltà dell'imprenditore è necessario che si manifesti il presupposto oggettivo della sussistenza dello stato di insolvenza del debitore e che non si tratti di soggetti non fallibili quali gli enti pubblici e i piccoli imprenditori.

L'articolo 160 l. fall. nel disciplinare i presupposti per l'ammissione al concordato preventivo impone un distinguo tra stato di crisi e stato di insolvenza contrapponendosi al dettato dell'art. 2221 c.c. in cui l'unico requisito richiesto è invece l'insolvenza.

Il rapporto che intercorre tra il concetto di crisi e quello di insolvenza deve essere indagato più a fondo dal momento che le due nozioni potrebbero indurre ad una valutazione errata sul loro contenuto e a primo acchito essere scambiate. Innanzi tutto, la crisi configura un'idea più estesa di quella dell'insolvenza ancorché non sia impossibile trovarsi in stato di insolvenza senza che alcun segnale di crisi si sia manifestato. Stabilire quali siano i

⁶ F. FERRARA, *Il fallimento*, Giuffrè, 1966, p. 45 "Il debitore subisce la procedura, i creditori ne sono i beneficiari: essi assistono agli atti [...] hanno bensì dei poteri di sorveglianza e di controllo e di reclamo [...] ma questi contegni non sono posti a difesa dell'interesse individuale bensì a difesa del soddisfacimento di tutti i creditori, a cui è destinata la procedura".

⁷ F. CARNELUTTI, "Natura del processo di fallimento", *Rivista di diritto processuale civile*, I, 1937, p. 213, altri autori hanno sviluppato tale teoria. Si ricordano F. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*, CEDAM, 1953, pp. 208 ss., N. PICARDI, *La dichiarazione di fallimento. Dal procedimento al processo.*, Giuffrè, 1974.

⁸ M. FABIANI, "Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento", *Giur. Comm.*, I, 1996, pp. 82 ss.

⁹ B. LIBONATI, "Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa", *Giurisprudenza Commerciale*, II, 2001, p. 330.

confini della crisi d'impresa è ancora complesso e l'eccessiva nebulosità lasciata intorno al concetto in analisi potrebbe comportare il mancato raggiungimento del fine ultimo delle procedure concorsuali: la protezione dei diritti dei creditori. Secondo la dottrina si configura stato di crisi quando l'imprenditore, nonostante sia ancora in grado di far fronte ai propri debiti, sta incontrando difficoltà¹⁰. Gli indicatori della crisi non sono univoci e semplici da individuare: una perdita di esercizio rilevata in bilancio non può essere considerata immediatamente come sintomo di crisi ma deve piuttosto essere interpretata come un avviso ai soci di intervenire per sanare la perdita ancora recuperabile. Alcuni sostengono inoltre che per poter parlare di crisi sia necessario trovarsi nel corso di un'attività imprenditoriale¹¹. Nell'opinione di alcuni¹² la crisi può essere individuata in termini percentuali valutando la possibilità della stessa di convergere in una situazione di insolvenza oppure nel risanamento. Gioca un ruolo importante nella definizione di insolvenza la capacità di reperire credito, purché questo non sia volto al semplice soddisfacimento momentaneo del creditore, ma a permettere la continuazione dell'attività imprenditoriale. Quindi perdere il credito ma essere ancora in grado di soddisfare i propri creditori tramite le liquidità è da considerarsi indicativo di uno stato di crisi¹³.

La crisi deve essere distinta non solo dall'insolvenza, ma anche dalla temporanea difficoltà: quest'ultima si configura quando al momento attuale l'imprenditore non può soddisfare i propri creditori ma potrà farlo in un futuro non lontano, laddove la crisi consiste nella situazione opposta di attuale capacità di pagamento ma di impossibilità prossima che potrebbe condurre l'imprenditore allo stato di insolvenza. Questo approccio è simile a quello utilizzato nell'ordinamento tedesco all'art. 18 *Insolvenzordnung*, in cui il "rischio di insolvenza" è tradotto letteralmente con "incombente incapacità di adempiere" (*Drohende zahlungsunfähigkeit*)¹⁴.

¹⁰ G. BOZZA, "Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato", *il Fallimento*, 2005, p. 954

¹¹ Trib. Pescara 20 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2006, p. 56.

¹² In tal senso si veda DE FERRA.

¹³ S. PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, 2005 p. 37; nello stesso senso L. STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007, p. 125.

¹⁴ N. ROCCO DI TORREPADULA, "La crisi dell'imprenditore", *Giurisprudenza commerciale*, I, 2009, pp. 231 e ss.

L'insolvenza rappresenta il presupposto oggettivo per l'applicazione di taluni istituti contenuti nella l. fall. ma rappresenta allo stesso tempo anche la "patologia" da cui è afflitta l'impresa. Tale nuovo concetto introdotto dal R.D. 267/1942 ha diviso la dottrina in due orientamenti: l'uno che sostiene che l'immissione del concetto di insolvenza nell'ordinamento sia stato indice di modernità e di cambiamento rispetto al passato, l'altro che vede l'insolvenza come caratteristica da attribuire al comportamento dell'imprenditore e non alle sue condizioni economiche¹⁵. L'insolvenza deriva da meccanismi complessi che vanno osservati tenendo conto che è possibile che l'impresa sia influenzata da fattori non da essa controllabili e che, allo stesso tempo, si trova ad operare su un mercato in regime di concorrenza in cui le imprese competono dando vita a vincitori e vinti. Questo aspetto introdotto nelle teorie patrimonialistiche sull'insolvenza¹⁶, spiega come un imprenditore che veda attaccato il suo patrimonio da fattori esterni che non riescono tuttavia a contagiare il suo credito non possano condurre alla dichiarazione di insolvenza dello stesso senza che siano effettuate ulteriori analisi¹⁷.

La differenza di approccio seguito dai giuristi e dagli aziendalisti nella qualificazione dell'insolvenza è marcata: mentre i primi ritengono irrilevante il fatto che l'insolvenza, una volta che si sia manifestata, possa essere superata, gli aziendalisti concentrano la loro attenzione sul motivo che ha condotto a tale manifestazione, che può essere riscontrato in un mutamento della domanda sul mercato, la conclusione del ciclo di vita del prodotto e via discorrendo, per cercare di correggere l'andamento negativo dell'impresa¹⁸.

Avendo chiaro questo punto, è possibile che poi l'imprenditore mantenga una condotta attiva nella decisione delle strategie da seguire e degli investimenti da fare e se in questo contesto egli risulti insolvente dovrà essere necessariamente sottoposto alle norme di diritto comune¹⁹. Inoltre, mentre la crisi può anche rimanere occultata agli occhi dei terzi, la Legge Fallimentare, all'art. 5 prescrive per l'insolvenza che essa «*si manifest[i] con*

¹⁵ G. TERRANOVA, "Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento", *Giur. Comm.*, I, 1996, pp. 82 ss.

¹⁶ La paternità di tali teorie è attribuita a G. BONELLI

¹⁷ G. BONELLI, "Del fallimento", in *Commentario al Codice del commercio*, terza edizione V. ANDRIOLI (a cura di), Vallardi editore, 1938, p. 5.

¹⁸ A. AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Liguori, 1979, p. 15.ss

¹⁹ B. LIBONATI, op. cit., p. 331.

inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.»

Quando l'art. 5 fu introdotto nel nostro ordinamento, venne accolto in modo positivo sia perché spostava il connotato della disciplina in parola da una situazione immobile di cessazione dei pagamenti ad una situazione dinamica; sia perché si apriva la possibilità di avere il fallimento solo qualora questo fosse stato espressamente dichiarato e quindi indipendentemente dal fatto che sussistessero o meno tutti i tasselli richiesti per la sua esistenza, portando così una notevole innovazione rispetto all'art. 683 del Codice del Commercio previgente che poneva l'accento sulla cessazione materiale dei pagamenti²⁰.

Col passare degli anni sorsero però, in relazione all'art. 5 l. fall., alcuni dubbi interpretativi. Innanzi tutto, si osservò che l'articolo poteva essere spezzato in due enunciati. Il primo di questi sembrava rappresentare il fulcro della norma fino a che però in dottrina non si svolsero le dovute considerazioni evidenziando come «*manifestarsi*» andasse interpretato come l'esistenza di una pluralità di indizi, che gli «*inadempimenti*» fossero prove lasciate alla libera valutazione del Giudice e non effettivi elementi costitutivi dell'insolvenza, e che i “fatti esteriori” non fossero fatti tipizzati, arrivando così a concludere che la prima parte dell'enunciato non faceva altro che sottolineare come l'insolvenza fosse, con un'espressione notoria²¹, «*l'incapacità di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni*»²².

A questo punto il problema si spostò sulla seconda parte dell'enunciato normativo, in particolare su cosa si intendesse con «*non essere più in grado di*» e sul significato dell'espressione «*regolarmente*». Rispetto alla prima, si accolse l'interpretazione di cui il vecchio Codice del Commercio si faceva portatore ossia che un soggetto «*non è più in grado*» quando da parte sua si ha «*la cessazione dei pagamenti*» dovuti. Con riguardo alla seconda invece, il problema riguardava la durata dell'intervallo di tempo da considerare affinché si potesse dire di versare in stato di insolvenza, in altre parole, oltre quale termine

²⁰ S. SATTA, “Diritto fallimentare”, II ed. ampliata da R. VACCARELLA e F.P. LUISO, CEDAM, 1990, p. 43

²¹ La dottrina è concorde sul punto, per tutti P. PAJARDI, “Manuale di diritto fallimentare”, Giuffrè, 1986, pp. 93-94

²² G. TERRANOVA, “Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento”, *Giur. Comm.*, I, 1996, p. 92.

il creditore avrebbe potuto richiedere una tutela giurisdizionale per ottenere il soddisfacimento. L'interpretazione preponderante fa riferimento alla capacità del debitore di far fronte al flusso di obbligazioni da egli sottoscritto, prendendo in considerazione quindi un periodo di tempo della vita della società che si può pensare in termini geometrici come una linea, rimbalzando l'opposta interpretazione che vedrebbe lo stato di insolvenza sorgere anche con l'incapacità di estinguere un solo debito contratto facendo riferimento all' "esattezza" di cui all'art. 1218 c.c. e alla "normalità" del mezzo usato per adempiere secondo l'art. 67 co.1, n 2) l. fall che si esplicherebbe in un momento temporale che possiamo invece pensare, mantenendo il parallelo geometrico, come condensato in un punto di quella linea della vita dell'impresa²³. Tuttavia, c'è ancora incertezza nella definizione di pagamento regolare: secondo alcuni, ad esempio, la regolarità cessa di esistere già dal momento in cui si cominci a procurarsi risorse in modo fraudolento al fine di far fronte ai propri debiti mentre altri sostengono che siccome la capacità di adempimento del flusso delle obbligazioni deve essere analizzata guardando al futuro comportamento del debitore, la previsione del termine "regolare" secondo quanto richiede la norma è strettamente collegato con la quantità e la qualità delle informazioni di cui si dispone.²⁴

L'indagine da svolgersi per appurare la sussistenza di crisi o di insolvenza può portare a due diversi epiloghi: il rilievo di un avvenuto risanamento della stessa ovvero la necessità di dichiarare lo stato di insolvenza. È necessario, come già osservato poco sopra, non farsi trarre in inganno dagli elementi indicatori dello stato ricercato: si potrebbe essere portati a credere che l'essere soggetti a procedure esecutive sia un avviso univoco dello stato di crisi ma dal momento che queste procedure non implicano necessariamente un dissesto patrimoniale devono essere valutate tenendo conto degli altri elementi presi in considerazione nel contesto; all'opposto, qualora dall'analisi emergesse un dissesto finanziario, bisognerebbe valutare la sua possibilità di protrarsi nel tempo e di farsi portatore di quegli «*inadempimenti*». di cui all'art. 5 l. fall., che fanno ritenere un imprenditore non più in grado di far fronte alle proprie scadenze e ritenere pertanto la

²³ G. TERRANOVA, "Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacienza patrimoniale", *Dir. Fall.*, I, 2006, pp. 562-564; così ROCCO DI TORREPADULA, "La crisi dell'imprenditore", *Giur. Comm.*, I, 2009, p. 225.

²⁴ Il maggiore esponente della prima tesi è G. BONELLI, della seconda G. TERRANOVA; Id. p. 565

società osservata insolvente²⁵. D'altra parte, come anticipato, se il dissesto non trovasse una riconferma nel tempo allora si potrebbe affermare che lo stato di crisi sia stato superato²⁶.

1.2 La struttura originaria della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n. 267)

Il 1942 è l'anno di promulgazione del Codice civile ancora vigente al giorno d'oggi all'interno del quale confluirono la carta del lavoro e la disciplina commerciale che, fino ad allora trovavano spazio in un codice a sé stante che espressamente dichiarava all'art. 1 che le norme commerciali, laddove in contrasto con quelle di diritto comune, avrebbero dovuto prevalere su queste ultime, così come la tradizione d'oltralpe aveva tramandato. Si passò dunque da un sistema incentrato sulla proprietà e sull'atto del commercio ad uno fondato sul contratto e l'impresa, mutando quindi l'approccio in senso decisamente dinamico e valorizzando l'autonomia negoziale e l'iniziativa economica. Le reazioni alla confluenza delle, fino ad allora ben distinte branche del diritto civile, in un unico codice furono diverse e possono essere tendenzialmente raccolte in quattro diversi orientamenti: *i)* coloro che ritenevano l'accorpamento inaccettabile; *ii)* coloro che vedevano di buon occhio la modernizzazione, che si collocano pertanto in posizione diametralmente opposta rispetto al precedente orientamento; *iii)* coloro che cercarono di trovare spazio alla coscienza sociale quale nuova fonte del diritto in grado di influenzare la qualificazione della fattispecie ma non la disciplina legale dei rapporti²⁷; ed infine *iv)* l'orientamento, che si è affermato con maggiore forza²⁸, che vede con favore l'accorpamento della disciplina commerciale nel Codice civile ma che continua a riconoscere una indipendenza scientifica al diritto commerciale²⁹. Nonostante questa riorganizzazione e modernizzazione delle norme che regolano i rapporti civili, si rese ancora necessario non far rientrare all'interno del nuovo progetto la legge fallimentare. Col R.D. 267/1942 si promulgò quindi una legge autonoma in materia di crisi d'impresa

²⁵ L. GUATRI, "Crisi e risanamento dell'impresa", Giuffrè, 1986, p. 12.

²⁶ N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p. 222 ss.

²⁷ ASCARELLI è da considerarsi il *leader* di tale orientamento.

²⁸ Gli esponenti di questo orientamento sono ASQUINI e FERRI

²⁹ G. TERRANOVA, "Imprenditore e imprese nelle procedure concorsuali", G. Giappichelli Editore, 2014, p. 16.

avendo riconosciuto nella relazione al Re, che accompagnava la promulgazione del Codice civile, che il fallimento era l'unico istituto attinente all'ambito commerciale non assorbito dalla redazione del Codice civile ma che rappresentava piuttosto un'appendice al Codice di procedura civile. Questa caratteristica risultava differenziare l'ordinamento italiano dagli altri comparabili in Europa a quel tempo ma il Guardasigilli giustificava il disallineamento con la necessità di andare incontro alla peculiarità dell'economia italiana³⁰. Questo distaccato testo normativo era destinato ad essere riformato molteplici volte nel corso degli anni al fine di fornire adeguata protezione agli interessi che venivano via via emergendo col cambiare degli scenari in cui operano gli imprenditori e coloro che si trovano nel settore.

Nel '42 la dottrina si trovò in difficoltà davanti ai due diversi approcci contenuti nel Codice e nel Regio decreto riguardanti le definizioni di impresa quale elemento intorno al quale orbita la disciplina fallimentare: mentre il primo si concentrava infatti sulle componenti di organizzazione, professionalità e economicità dell'attività, la legge fallimentare adottò un criterio autonomo nella definizione della dimensione dell'impresa avallando l'idea che le procedure in essa descritte dovessero essere applicate a chiunque prendesse parte a un'attività di scambio con scopo di lucro andando a sovrapporre la figura dell'imprenditore del 2082 c.c. con quella del commerciante in ossequio alla tradizione³¹.

Nel 1942, la finalità ultima e preminente che il legislatore perseguiva era quella di garantire il soddisfacimento dei creditori e l'espulsione dal mercato delle imprese che mostravano segnali di inadeguatezza o difficoltà per evitare che il loro stato di debolezza potesse, a seconda del grado di apertura che mostravano, riflettersi sulle altre imprese con un effetto a catena. Nonostante nei piani del legislatore si evincesse la predominanza di questa finalità, egli aveva già predisposto delle tecniche alternative al fallimento che per sua natura è la procedura più adatta a sollevare un'impresa dalla possibilità di svolgere la

³⁰ Ministro Guardasigilli GRANDI, Relazione al re per l'approvazione del testo del Codice civile, udienza del 16 marzo 1942-XX.

³¹ G. TERRANOVA, *“Imprenditore e imprese nelle procedure concorsuali”*, G. Giappichelli Editore, 2014, p. X, XI.

sua attività. Lo stampo di tale istituto era essenzialmente punitivo e mirava allo spossessamento totale o parziale dei beni del debitore.

Il regio decreto del 16 marzo 1942, n. 267 prevedeva originariamente per la composizione della crisi d'impresa quattro istituti: il fallimento, il concordato preventivo, l'amministrazione controllata e la liquidazione coatta amministrativa. Queste quattro procedure hanno in comune la finalità di tutelare il creditore in primo luogo e, fatta eccezione per la prima, offrire una protezione, seppure secondaria, anche con riguardo all'impresa³². È pacifico che il fallimento rimaneva, nell'idea di allora, la procedura principe da utilizzarsi visto il contesto storico e la *ratio* che hanno guidato la stesura delle norme e che gli altri istituti rimanessero invece come alternativi a questo in casi particolari, senza però escludere la possibilità che il Tribunale pronunciasse l'apertura del fallimento qualora si fosse rilevata l'inadeguatezza dell'alternativa. Anche i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti al fine dell'utilizzo di uno piuttosto che di un altro istituto sono parzialmente sovrapponibili in quanto si richiedeva la presenza di un imprenditore commerciale sfruttando le norme 2082 e 2083 c.c., che descrivono rispettivamente la nozione di imprenditore e di piccolo imprenditore; e di uno stato di insolvenza a cui potevano essere eventualmente aggiunti ulteriori caratteristiche nelle procedure minori. Ulteriore distinzione deve essere rilevata in relazione all'iniziativa che in alcuni casi ricadeva solo sul debitore, in altri poteva provenire invece anche dalle altre parti del rapporto obbligazionario³³.

Già in epoche molto remote la società che cominciava ad avere a che fare col commercio si rese conto di avere necessità di istituire delle procedure di sanzione e composizione dell'insolvenza dell'imprenditore. Nelle Leggi delle XII Tavole (circa 453 a.C.) si legge: «*Qui non habet in aere, luat in corpore*» cioè «*chi non ha denaro, paghi col corpo*». L'usanza di imprigionare e vendere al mercato il debitore fino ad avere il diritto di ucciderlo se la vendita fosse andata a vuoto per tre tentativi consecutivi perdurò fino all'epoca romana quando con la *lex Poetelia Papiria* (326 a. C.) si introdusse l'esecuzione forzata sui beni del debitore. L'evoluzione del sistema di composizione della crisi

³² G. PELLEGRINO, "La riforma della legge fallimentare", *Dir. Fall.*, II, 2006 p. 335.

³³ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, "Diritto della crisi dell'impresa", Il Mulino, 2014, pp. 42- 43.

dell'imprenditore viene modellata sulle epoche in cui doveva essere applicata ma mantenendo sempre il filo conduttore del riconoscimento in capo all'imprenditore-debitore fallito di un segno distintivo negativo, connesso all'infrazione dei rigidi valori morali prima ancora che imprenditoriali. Nell'individuare il destinatario a cui applicare le procedure, è solo nel 1663 con l'*Ordonnance de commerce* del Ministro delle finanze del Regno di Francia francese Jean-Baptiste Colbert con l'apporto di Jaques Savary mercante e giurista parigino che si è estesa l'applicazione delle norme per la composizione della crisi all'impresa e all'imprenditore, e non solo al commerciante. Fondamentale apporto nella definizione del presupposto soggettivo per l'applicazione degli istituti in analisi è da riconoscersi all'opera "*Dei delitti e delle pene*" di Cesare Beccaria³⁴.

Facendo un salto in avanti nei secoli e giungendo alla vigilia della nascita della Repubblica, il R.D. 267/1942 fa percepire ancora il condizionamento proveniente dal codice del Commercio italiano del 1822 modellato sui codici napoleonici, ma si rivolge all'imprenditore commerciale e quindi anche alle società commerciali, escludendo tuttavia da ciascuna delle procedure gli imprenditori commerciali piccoli (da cui si evince che le società commerciali non possono essere considerate piccoli imprenditori), gli imprenditori agricoli e gli enti pubblici. Il problema che continua a ricorrere è dunque nell'individuazione del requisito soggettivo per la applicazione delle procedure concorsuali. La legge fallimentare nel cercare di individuare coloro che possono essere assoggettati alle norme del testo fa riferimento agli artt. 147 e 148 anche ai soci illimitatamente responsabili e ai loro rapporti con la società di cui costituiscono la compagine. Anche quando l'esistenza di questi soci illimitatamente responsabili dovesse emergere in un momento successivo, essi possono comunque entrare nel procedimento su richiesta del curatore o se il Tribunale lo ritiene necessario³⁵. Stabilire la tipologia di responsabilità in capo al socio è particolarmente complesso in relazione alle società di capitale, per cui bisogna capire se le norme della legge fallimentare si applichino anche ai casi di responsabilità limitata prevista in alcune particolari circostanze indicate agli artt.

³⁴ T. BAGNULO, "*Storia del fallito che a forza di lettere di credito si è finalmente liberato del berretto verde*", *Filodiritto*, 5 aprile 2019, disponibile su <https://www.filodiritto.com/print/pdf/node/32375>.

³⁵ G. PELLEGRINO, "*La riforma del diritto fallimentare*", *Dir. Fall.*, II, 2006 p. 338.

2362 e 2247 c.c. rubricati rispettivamente “*unico azionista*” che ricadrebbe di per sé in un regime di responsabilità limitata, e “*contratto di società*” che vede invece «*due o più persone*» costituire una società, implicando quindi un vincolo di plurisoggettività³⁶. La legge in esame pertanto si appoggia alle norme del c.c. per stabilire quando le caratteristiche richieste per la fallibilità sono presenti in un tipo sociale.

Con particolare riferimento al fallimento la normativa del 1942 richiedeva che l'imprenditore versasse in stato di insolvenza, con tutte le problematiche interpretative legate all'art. 5 della medesima legge, e che nella procedura fossero coinvolti in un regime di *par condicio* ex 2741 c.c. tutti i creditori. Il concetto di *par condicio creditorum* viene inteso quale applicazione del medesimo trattamento e di situazione dei creditori al momento dell'inizio della procedura, eccezion fatta per le eventuali cause di prelazione e ulteriori particolarità previste espressamente dalla legge. Nonostante le procedure in parola sembrerebbero basarsi, in quanto concorsuali, proprio su questo principio che andrebbe quindi interpretato quale principio generale dell'ordinamento in virtù dei ben conosciuti principi di uguaglianza, giustizia ed equità, diversi autori ne ridimensionano la portata ritenendo che in realtà la norma del 2741 c.c. debba essere letta quale strumento tecnico e meramente di indirizzo³⁷. Dando seguito a questa interpretazione infatti si trova giustificazione a quella che è la divisione in classi dei creditori ammessa nel concordato fallimentare e dal concordato preventivo³⁸.

Con la divisione in classi, prevista per la prima volta nell'ordinamento italiano dalla l. 5 luglio 2004, n. 166 in occasione del caso Parmalat, si raggruppano i creditori in insiemi omogenei in relazione alle caratteristiche dei loro crediti e permettendo un trattamento differenziato tra le varie classi ma paritario al loro interno. Ciascuna classe viene poi

³⁶ La previsione di una costituzione di società con atto unilaterale è stata estesa dapprima col d.lgs. 3 marzo 1993, n. 88, attuativo della direttiva CEE 89/667, alle S.r.l e poi con il D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 alle s.p.a. con una modifica al primo comma dell'articolo 2363 c.c. Ha inoltre aggiunto che la responsabilità illimitata in capo a tali soggetti sorge solo se ci si trova anche in presenza di violazioni di obblighi di pubblicità o di conferimenti.

³⁷ Tra gli autori si ricordano P.G. JAEGER, “*Par condicio creditorum*”, *Giur. Comm.*, 1984, I, pp. 88 e ss., nello stesso senso anche R. NICOLÒ ed E. ROPPO.

³⁸ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *op. cit.*, pp. 43-44.

chiamata ad esprimersi su un piano di riparto, generalmente entro le procedure di natura pattizia³⁹.

Il concordato preventivo, disciplinato agli artt. 160 e ss. della prima legge fallimentare, poteva essere visto come la procedura da utilizzarsi per scansare quella più severa del fallimento: si rimetteva infatti alla volontà dell'imprenditore-debitore la formulazione di un accordo coi creditori, accordo che doveva essere accompagnato però da serie garanzie di pagamento totali per i creditori privilegiati e almeno al 40% per quelli chirografari. Tra i vantaggi che si riportavano con l'attivazione di tale istituto si aveva anche la sospensione della possibilità di proporre azioni individuali nei confronti del debitore a norma dell'articolo 168 comma 1 del R.D. 247/1942 e quindi il carattere legante del piano per la soddisfazione dei creditori. Il progetto doveva essere sottoposto al benessere del Tribunale e ai voti dei creditori che rappresentavano i 2/3 del credito. Nel caso in cui non fosse stato approvato da alcuna di queste parti la procedura avrebbe dovuto convertirsi in fallimento.

In questi contesti di fallimento e concordato il Tribunale svolgeva un compito importante e invasivo quasi a sostituirsi alla classe dei creditori nella difesa dei propri interessi, nonostante la presenza di un organo del comitato dei creditori, che era però di nomina giudiziale e non invece rappresentativo nel senso democratico cui si sarebbe portati a pensare⁴⁰.

Accanto a questa alternativa al fallimento, l'imprenditore in difficoltà poteva scegliere di applicare l'istituto dell'amministrazione controllata, ad oggi abrogata per mezzo dell'art. 147 del d.lgs. n. 5/2006, cioè di svolgere per una durata non superiore ai due anni la propria attività sotto il controllo di commissari esterni essendo sollevato dall'obbligo di pagamento verso i creditori. L'accesso a tale istituto era consentito solo a coloro che rispondevano ai requisiti di meritevolezza richiesti per il concordato preventivo. Allo scadere del termine bisognava analizzare nuovamente la situazione e decidere se il commissionamento era stato effettivamente utile al risanamento dell'impresa, e quindi

³⁹ S. AMBROSINI, "La suddivisione in classi del ceto creditorio", in *Le altre procedure concorsuali*, G. Giappichelli Editore, 2014, p. 203.

⁴⁰ P. VELLA, "Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani", *Crisi di impresa e fallimento*, 31 dicembre 2015, disponibile su www.ilcaso.it.

L'imprenditore poteva tornare ad operare in modo autonomo, ovvero se l'amministrazione controllata non aveva portato benefici si aveva, ancora una volta, l'apertura di un procedimento fallimentare. Proprio per questa caratteristica di mostrarsi come anticamera del fallimento, la procedura in parola è stata fonte di abusi per gli imprenditori già consapevoli della impossibilità di sanare la propria situazione ma che desideravano comunque posticipare l'apertura del fallimento e con questo le problematiche sociali che lo accompagnano⁴¹.

L'ultima procedura presa in esame dal regio decreto del 1942 è la liquidazione coatta amministrativa che viene presentata espressamente come *aut-aut* rispetto al fallimento dall'art. 2 co. 2. L'apertura di tale procedura era rimessa alla richiesta dei creditori o a quella dell'autorità che ha la vigilanza sull'impresa e veniva dichiarato aperto a seguito di una pronuncia di una sentenza. In questo caso l'imprenditore poteva trovarsi già in stato di insolvenza oppure semplicemente presentava delle disfunzionalità nella gestione. Questo istituto si occupava di attività che avevano un certo rilievo per l'interesse nazionale che possono essere ricondotte a quelle cui si riferisce l'art. 43 della Carta costituzionale che discorre di «*preminente interesse nazionale*»⁴² con la finalità di salvaguardare attraverso la liquidazione, non solo la situazione intercorrente tra imprenditore e i suoi creditori ma l'intera economia dello Stato che rischiava di essere contagiata dalla debolezza di quell'impresa⁴³.

1.3 Segnali della carenza del sistema normativo relativo alla crisi d'impresa

I problemi che si sono manifestati in relazione alle procedure concorsuali nel corso degli anni e che sono per altro rimasti costanti nei decenni, sono stati oggetto di analisi e ripensamenti nelle varie legislature che si sono succedute fino ad oggi. Le difficoltà riscontrate possono essere suddivise per comodità fra problematiche tipiche del solo

⁴¹ V. COLUSSI, voce "Amministrazione controllata" in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1988.

⁴² La *ratio* della norma deve essere cercata nel fatto che lo Stato o gli enti locali possono rendere pubbliche le aziende e le attività che per qualche ragione risultano strategiche e di interesse generale. Oggi la tendenza è quella opposta, si è passati cioè da una collettivizzazione ad una privatizzazione al fine di assecondare la produttività.

⁴³ G. BAVETTA, voce "Liquidazione coatta amministrativa" in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, p. 755 ss.

fallimento, delle sole procedure minori o in una macroarea comune che raccoglie i problemi che affliggono l'intero settore della disciplina sulla composizione della crisi d'impresa. Alla procedura principale da utilizzarsi in caso di insolvenza si rimprovera un'incapacità di soddisfazione dei creditori chirografari e un'eccessiva lungaggine nelle fasi da attraversare per portarla a compimento che sortiscono l'ulteriore effetto di portare l'impresa ad essa sottoposta in uno stato così degradato che difficilmente potrà essere rilevata o ricollocata efficacemente sul mercato⁴⁴. Le procedure minori invece sono per lo più tacciate di anacronismo e non sono più riconosciute come validi strumenti in grado di far fronte ai casi cui sono applicati. Tra i problemi comuni si annoverano invece principalmente la mancanza di tempestività nell'attivazione e nella soluzione della crisi dovuta anche alla rigidità degli istituti disciplinati dalla legge⁴⁵.

Alla metà degli anni Settanta, quando l'assetto produttivo italiano aveva pienamente assorbito la spinta economica che si era verificata nel dopoguerra, l'Italia si trovava davanti ad un panorama che l'originario impianto normativo non era più in grado di sostenere⁴⁶. Fino ad allora le problematiche relative alla crisi d'impresa che avevano fatto emergere la rigidità del sistema vigente erano state dissimulate grazie alla possibilità di intervento nell'economia riservata allo Stato: questo infatti, qualora fosse stato necessario avrebbe potuto elargire finanziamenti che avrebbero portato l'impresa decotta e pronta ad uscire dal mercato, secondo la logica seguita dalla legge del '42, a confluire contrariamente nell'ambito "protetto" delle imprese partecipate dallo Stato. Tuttavia, con l'affermarsi delle politiche comunitarie ed in particolare con la scrittura dell'articolo 107 paragrafo 1 TFUE si sancì il divieto di fornire aiuti pubblici volti ad assicurare un vantaggio economico alle imprese in violazione della concorrenza e a protezione quindi dell'idea di mercato comune che sottende il progetto dell'UE. Questa disciplina sovranazionale ha indotto il legislatore italiano a adattarsi al contesto europeo in cui si trova e a dare vita ad una stagione di riforme caratterizzate dalla non omogeneità e dalla

⁴⁴ Nello stesso senso anche R. BARONTINI, "Costi del fallimento e gestione delle crisi nelle procedure concorsuali", in L. CAPRIO, *La gestione delle crisi di impresa in Italia*, 1997, e G. BOCCUZZI, "L'inefficienza delle procedure di gestione delle crisi in Italia", in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, Banca d'Italia, Roma, 1996.

⁴⁵ A. JORIO, "I lineamenti di una nuova...improbabile legge fallimentare", *Giur. comm.*, I, 2005, p. 326.

⁴⁶ B. LIBONATI, "Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa", *Giurisprudenza Commerciale*, II, 2001, p. 328.

frammentarietà: le novelle infatti sono state stese non con l'utilizzo della tecnica della riscrittura totale del testo normativo bensì con la modifica sporadica di articoli appartenenti al corpo di norme già esistenti, facendo emergere nuovi ulteriori problemi e sul piano del coordinamento tra istituti e sul piano temporale di applicazione delle norme⁴⁷. Oltre a adattarsi al contesto Comunitario, riconoscendo l'importanza di un'armonizzazione nel settore della risoluzione della crisi di impresa, nello stesso periodo storico si cominciava a prendere coscienza dell'impatto sociale che la liquidazione e l'eliminazione dal mercato di un'impresa in difficoltà comporta, secondo l'«*ottica darwiniana*»⁴⁸ che aveva fatto da modello fino ad allora, con particolare attenzione rispetto al dato occupazionale in aggiunta all'effetto economico.

L'esigenza di evitare l'epurazione sistematica delle imprese deboli dal mercato ha portato all'utilizzo di due espedienti: la forzatura del dato normativo così da consentire l'alternatività delle procedure e l'introduzione di una disciplina *ad hoc* per lo stato di crisi delle grandi imprese. Riguardo alla prima soluzione l'idea di non dovere necessariamente ricorrere al fallimento fa sì che si cominci ad applicare il concordato preventivo in luogo della procedura che era considerata di normale applicazione in caso di insolvenza facendo leva sul fatto che le due procedure condividono il presupposto applicativo dello stato di insolvenza e portando alla luce come elemento fondamentale non più la reale divisione dei beni volta a soddisfare i creditori quanto piuttosto l'accordo tra coloro che vantavano il credito volto ad evitare di incappare nella procedura del fallimento⁴⁹.

L'accordo tra i creditori diventa quindi sempre più spesso lo strumento utilizzato per evitare l'applicazione del fallimento, trovando un vero e proprio sviluppo nella branca degli accordi stragiudiziali che di per sé sono da ritenersi leciti in quanto espressione di atti di autonomia contrattuale ma che non mancano di critiche forti da parte della giurisprudenza⁵⁰ che li ha invece ritenuti possibili solo qualora l'imprenditore non

⁴⁷ G. TERRANOVA, «*Imprenditori e imprese nelle procedure concorsuali*», G. Giappichelli Editore, 2014, p. XI.

⁴⁸ Seguendo la terminologia proposta da V. NAPOLEONI, «*Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: i chiaroscuri della riforma*», *Nuove leggi civ.*, 1999, p. 107.

⁴⁹ R. VIALE, «*L'uso alternativo del concordato preventivo*», *Giur. Comm.*, I, 1979, p. 231 ss.

⁵⁰ Trib. Ferrara 28 giugno 1980, *Giur. Comm.*, II, 1981, p. 306; Appello Roma 1luglio 1985, *Fallimento*, 1986, p. 971.

versasse in stato di insolvenza poiché in caso contrario, il non richiedere l'apertura del fallimento costituisce colpa grave. A sostegno di questa posizione che sottolinea il carattere pubblicistico che si riconosceva alle procedure concorsuali il Tribunale che si è pronunciato in tal senso riporta il n. 37 della relazione al R.D. 267/1942 in cui si propone la disciplina della cessione dei beni come mezzo per l'eliminazione delle «*forme stragiudiziali di accomodamento*» che sono ritenute «*un disastro per lo stesso debitore*». Tuttavia, l'elusione della *par condicio creditorum*, che è la problematica di punta che viene fatta emergere in relazione a questo metodo di composizione della crisi, e la conseguente procrastinazione dell'apertura del fallimento non rappresentano la peculiarità degli accordi stragiudiziali bensì solo un loro possibile tratto negativo.

Il secondo espediente, che si è dovuto porre in essere per cercare di allinearsi alle esigenze socio-economiche emerse negli anni Settanta, si individua nel d.l. 30 gennaio 1979, n. 26 convertito in legge il 3 aprile 1979, n. 95 e meglio conosciuta come “Legge Prodi”, con cui si è cercato di coniugare l'intervento sulla crisi aziendale e la problematica sociale della disoccupazione. Lo strumento utilizzato a tal fine è denominato amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, una procedura di natura amministrativa in cui, previa dichiarazione dello stato di insolvenza da parte del Tribunale, si assegnava la gestione dell'impresa a dei commissari nominati dall'allora Ministero dell'industria al quale spettava per altro l'atto di impulso. La procedura dedicata alle grandi imprese poteva essere attivata ogni qual volta il titolare omettesse di liquidare la retribuzione ai propri dipendenti, in numero superiore a 300 da oltre un anno, per tre mensilità consecutive e nei casi che rientravano nella descrizione dimensionale quantitativa dell'impresa eseguita facendo riferimento all'ammontare del debito verso istituti di credito e ai parametri rilevabili dalle scritture contabili dell'impresa⁵¹.

La Legge Prodi è stata oggetto di numerose critiche anche di respiro comunitario⁵²: il fatto che con essa si prevedesse la garanzia statale per i debiti contratti nel corso dell'esercizio dell'impresa si scontrava con la disciplina dell'UE relativa al divieto degli aiuti di Stato e si è giunti pertanto ad una pronuncia di condanna della Commissione CE

⁵¹ Art. 1 della l. 95/1979

⁵² Case C-200/97, *Ecotrade v Altiforni e Ferriere di Servola*, I-7907 e Case C-295/97 *Soc. Industrie aeronautiche e meccaniche Piaggio v Dornier Luftfahrt GmbH*, I-3735

del 16 maggio 2000⁵³ con cui si stabilì che il regime della legge italiana 95/1979 era «*illegittimo e incompatibile con il mercato comune*». D'altronde la disciplina del '79 era già nata con un carattere di *provvisorietà* così come sottolinea l'articolo 6-ter della stessa ed era pertanto destinata già in partenza ad essere modificata, non solo a causa dei giudizi negativi dell'Unione Europea ma anche per le spinte provenienti dalla politica interna⁵⁴.

Essa era infatti divenuta la procedura ordinaria, in vece del fallimento, da applicarsi alle imprese che avessero rispettato i limiti dimensionali richiesti. Nel 1999 col d.lgs. 270 viene introdotta la sollecitata riforma dell'istituto della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi che divenne nota col nome di "Prodi-bis" e che andò a modificare il titolo dell'istituto in "amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi". Con questa correzione il focus sulle prerogative per l'applicabilità si spostò dalla sola dimensione dell'impresa alla effettiva possibilità di un suo ritorno *in bonis*, in particolare con riguardo alla modifica delle dimensioni viene ridotto il numero dei dipendenti assunti da 300 a 200 e si attenuò la volontà fortemente orientata al salvataggio di posti di lavoro che aveva caratterizzato la prima Legge Prodi con la previsione di una salvaguardia degli stessi solo «*in quanto possibile*»⁵⁵.

È pacifico tuttavia che il d.lgs. 270/1999 ha rappresentato un momento di effettiva svolta nella disciplina della crisi d'impresa andando a cristallizzare in una disposizione con forza di legge i concetti di "programma di risanamento", di "recupero dell'equilibrio economico" e di "ristrutturazione economica e finanziaria" avendo quindi un occhio di riguardo per la continuazione dell'attività di impresa e per il valore che essa porta alla società, allontanandosi così in maniera sempre più marcata dalla strada della liquidazione e espulsione dal mercato che aveva caratterizzato storicamente le leggi in materia⁵⁶.

Intorno ai primi anni del nuovo millennio si verificarono in Italia una serie di gravi crisi finanziarie in "grandissime" imprese tra cui si ricordano Cirio e Parmalat. In quelle

⁵³ In GUCE L 079, 29

⁵⁴ M. SANDULLI, "La crisi dell'impresa il fallimento e le altre procedure concorsuali", G. Giappichelli Editore, 2009, p. 219.

⁵⁵ A. JORIO, "Luci ed ombre della nuova Prodi", *Giurisprudenza Commerciale*, I, 1999, p. 5 ss.; A. JORIO, "Nuove regole per le crisi di impresa", *Il Fallimento*, 2000, p. 993 ss.

⁵⁶ R. ROSSI, "L'amministrazione straordinaria tra Prodi-bis, decreto Marzano e Legge 18 febbraio 2004, n. 39", *Diritto Fallimentare*, I, 2004, pp. 634 ss.

occasioni gli strumenti forniti dalla Legge Prodi-*bis* risultarono poco efficaci nella risoluzione dei problemi sollevati da tali situazioni in cui il numero di lavoratori coinvolti e la portata dei debiti contratti dalle società implicate erano di gran lunga superiori a quelli trattabili con il d. lgs 270/1999 che, sebbene si prestò alla risoluzione del caso Cirio, non fu ritenuto sufficientemente adeguato al caso del gruppo di Collecchio che rappresentava una delle più grandi attività nel campo agro-alimentare italiano. La risposta del legislatore fu quella di dare vita ad una ulteriore stagione di riforme d'urgenza costruite, secondo una corrente della dottrina, appositamente sulla dimensione delle imprese colpite di volta in volta dal dissesto finanziario, con l'obiettivo di ristrutturare le imprese in un tempo quanto più breve possibile e cercando di conservare il valore, spesso cospicuo, dell'avviamento delle stesse. Ancora una volta quindi, nonostante le dichiarazioni in senso opposto dell'allora Ministro delle attività produttive⁵⁷, il legislatore italiano posto davanti ad una situazione di impellenza disegnò un nuovo istituto che è andato sotto il nome di Decreto Marzano riprendendo il nome del ministro proponente⁵⁸ che ha permesso nel caso Parmalat la sostituzione di un nuovo board di manager alla guida di un'impresa ormai decotta attraverso l'uso della decretazione d'urgenza. Il decreto è andato poi a ridefinire le soglie per l'accesso alla procedura di amministrazione straordinaria che in questi casi viene individuata come "speciale" per differenziarla dalla prima contenuta nella legge Prodi-*bis*.

Il decreto Marzano si colloca sullo stesso filo rosso tracciato dalla legge 270/1999 con la peculiarità di confermare in modo più esplicito l'attenzione agli interessi dei creditori e alla gamma di interessi che emergono dalla rottura di un equilibrio che la crisi di un'impresa a maggior ragione se di grandissime dimensioni, porta con sé. Parte della dottrina fa presente che il modello previsto dal decreto 347/2003 aveva in sé buone idee e strumenti adeguati alle situazioni in cui era chiamato ad intervenire ma che la conversione in legge avvenuta il 18 febbraio 2004 con la legge n. 39, intervenendo sul riequilibrio dei poteri amministrativi e giurisdizionali, aveva messo in secondo piano quei caratteri di sveltezza, dato che si accedeva direttamente alla procedura usando i documenti

⁵⁷ Intervista al Ministro delle attività produttive On. A. Marzano, quotidiano *Il sole 24 ore*, 27 dicembre 2003, p. 2.

⁵⁸ D.l. 23 dicembre 2003, n. 347.

forniti dall'imprenditore e saltando la fase dibattimentale presente nella Prodi-*bis*, di funzionalità e di incisività nella protezione dei nuovi valori individuati nell'impresa, dando spazio a interessi di natura politica e perdendo di vista le finalità della riforma⁵⁹.

Non mancarono, e furono dure, le critiche anche in riferimento a tale riforma accusata di voler spostare il centro di risoluzione della crisi dal Giudice, che ormai occupava una posizione retrocessa a garante degli interessi sottesi, al privato rappresentato dai creditori e dalle banche. Si contestava inoltre di aver mancato la realizzazione degli obiettivi che il Decreto si era prefissato. Il caso Parmalat, che aveva dato l'input alla nuova normativa, inoltre risultava essere particolarmente delicato per il fatto che il gruppo si estendeva anche al di fuori dei confini nazionali andando pertanto a coinvolgere la disciplina sovranazionale e in particolare il regolamento 2000/1346 sull'insolvenza dettato dall'Unione Europea, che dimostrò l'incompletezza e le lacune lasciate su questa materia rivelandosi incapace di trattare i casi di dissesti finanziari che colpivano imprese delocalizzate in più Stati Membri⁶⁰. L'UE continua a modificare quella disciplina e a renderla quanto più possibile vicina alla realtà utilizzando anche strumenti diversi rispetto a quello del regolamento direttamente applicabile negli ordinamenti di ciascuno Stato parte dell'Unione, da ultimo si ricorda la recentissima pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L172 del 26 giugno della Direttiva 2019/1023, in materia di ristrutturazione, esdebitazione ed insolvenza, innovativa nel cercare di fornire strumenti che incrementino la tempestività ed efficacia nella risoluzione di una crisi.

Ulteriori accorgimenti intervengono nel 2004 nello specifico uno a modificare le dimensioni che permettono l'accesso all'applicazione del decreto Marzano, partendo dal fatto che poche imprese in Italia raggiungevano le dimensioni della Parmalat e l'altro in occasione del dissesto della compagnia di bandiera Alitalia in relazione all'erogazione di servizi pubblici essenziali che devono continuare ad essere offerti anche in presenza di

⁵⁹ R. ROSSI, op. cit. pp. 639-640.

⁶⁰ M. FABIANI, "Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione di gruppi transnazionali?", *Il foro italiano*, I, 2004, pp. 1570 ss.

crisi e andando a scoprire così quella che è stata definita come un nuovo profilo dell'amministrazione straordinaria⁶¹.

Si evince dal breve excursus sulla stagione delle riforme relative alle grandi imprese in crisi che il legislatore si è adoperato al fine di cercare un equilibrio tra l'impostazione della tradizione e gli interessi nuovi e nascenti che la società e il mercato propongono ad un ritmo più incalzante che non in passato. Il quadro normativo a cui ci si trova di fronte si ispira alla legislazione degli altri Stati dell'Unione Europea e si avvicina alle ripetute richieste della Commissione di riformare le normative interne a ciascun Paese nello stesso senso, predisponendo a tal fine il già citato Regolamento 2000/1346. Facendo una valutazione *ex post* del periodo che è stato ripercorso poc'anzi si può dire che, nonostante gli sforzi, le procedure di amministrazione delle grandi imprese insolventi raramente sono state efficaci e capaci di riportare l'impresa al normale regime produttivo e che spesso sono sfociate in un fallimento già annunciato in principio e solo posticipato. Il sentore è quello di aver voluto trovare un modo per salvare l'impresa ad ogni costo, prevedendo a seconda dei periodi storici uno Stato interventista o agendo in nome della salvaguardia di rapporti di lavoro senza rendersi conto, o ignorando deliberatamente, che il tenere attiva un'impresa malata può portare al contagio di quelle da essa dipendenti col solo effetto di moltiplicare gli esiti negativi di uno stato di crisi⁶².

Anche in Italia si è preso spunto per il contenuto delle riforme, così come hanno fatto altri Stati Europei, dalla *Corporate Reorganization* statunitense e in particolare dal *Chapter 11* del *Bankruptcy code* che ha come finalità quella di trovare un accordo tra creditori e debitore, senza incorrere nel rischio di azioni autonome da parte dei primi, che consenta una nuova opportunità per l'imprenditore caduto in insolvenza, il c.d. "*fresh start*", concessa a seguito dell'omologazione del piano discusso tra le parti. La particolarità di cui si discute nelle Commissioni Parlamentari di riforma anche in Italia⁶³ si trova nel parziale superamento del dogma della *par condicio creditorum* tra l'intero corpo di creditori permettendo una divisione in classi e applicando la parità di trattamento solo

⁶¹ G. LO CASCIO, "Insolvenza Alitalia: conversione del decreto legge sull'insolvenza", *Il Fallimento*, 2008, pp. 1115 ss.

⁶² G. PELLEGRINO, "La riforma della legge fallimentare", *Diritto fallimentare*, I, 2006 pp. 335 ss.

⁶³ Si fa riferimento alla relazione al d.d.l. della seconda Commissione Trevisanato

all'interno dei piccoli gruppi dando così una lettura in chiave moderna al principio in parola. Il ruolo del Giudice, che è stato motivo di discussioni con l'entrata in vigore delle procedure di natura amministrativa, ha, nel contesto degli USA, un impatto non solo di garanzia degli interessi dei creditori ma di esercizio di un potere di costrizione all'adesione dei creditori all'intesa che manifestano il loro disappunto senza avere un valido supporto alla loro decisione sull'accordo che ha reali possibilità di essere attuato. Tale potere prende il nome di *cram-down*⁶⁴.

1.4 I progetti di riforma con le due Commissioni Trevisanato

Nel 2001, quando la necessità di una riforma organica della legge fallimentare si faceva sempre più attuale, il Ministero di Grazia e Giustizia incaricò una Commissione guidata dall'Avvocato Sandro Trevisanato, da cui il nome della Commissione, che elaborasse principi e linee guida per la riscrittura della legge fallimentare e degli istituti che orbitavano intorno ad essa. Bisogna tener di conto che nei decenni precedenti, oltre alle riforme disorganiche e frammentarie di cui al paragrafo precedente, si era tentato più volte di mettere mano ad una riforma complessiva e soddisfacente delle procedure concorsuali, si fa riferimento in particolare, ai progetti sviluppati negli anni Sessanta e Ottanta, tentativi che non hanno mai visto l'attuazione.

Negli anni Sessanta l'idea rivoluzionaria era stata quella di abrogare gli istituti dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa lasciando spazio ad un sistema snello che permettesse lo smistamento in una composizione della crisi tramite l'uso del concordato ovvero, nei casi più gravi, l'accesso al fallimento⁶⁵. Altre previsioni di innovazione avevano portato a decidere per l'irrogazione di sanzioni e, sulla scia della tradizione, l'attribuzione di quello stigma sociale che accompagnava il fallito prevedendo la limitazione delle capacità personali qualora l'imprenditore in stato

⁶⁴ C. VALENTE, "La Corporate Reorganization: elementi di comparazione e di prospettiva a seguito della recente riforma della disciplina concorsuale italiana", *Dir. Fall.*, I, 2008, pp. 470-471.

⁶⁵ L. BIANCHI D'ESPINOSA, "Progetti per una riforma di legge fallimentare", *Diritto fallimentare*, I, 1968, pp. 301 ss.

di insolvenza non avesse manifestato il proprio stato di difficoltà entro i termini consentiti⁶⁶.

Negli anni Ottanta una nuova Commissione ministeriale tentò di terminare i progetti di riforma che vent'anni prima erano rimasti inconclusi. L'aspetto penalistico, ancora di stampo tradizionalista, venne limato e mitigato, si propose un allargamento del requisito soggettivo per la fallibilità ampliando il concetto di imprenditore commerciale anche al piccolo imprenditore ed escludendolo solo per gli enti pubblici. Il concetto di "insolvenza" invece, seppure riconosciuto quale problematico e dai contorni eccessivamente sfumati non fu oggetto di revisioni confermando quindi l'orientamento precedente. Venne abbandonata l'idea di compressione del numero delle procedure utilizzabili suddividendo il procedimento di ciascuna in due fasi: l'accertamento dei presupposti da concludersi con sentenza dichiarativa dell'insolvenza e la vera e propria apertura della procedura di composizione scegliendo tra il fallimento, il concordato preventivo, che perde la necessità di avere quei requisiti di meritevolezza che lo avevano fino a quel momento contraddistinto, il procedimento sommario, se il passivo non avesse superato un indice ISTAT di anno in anno aggiornato, o la amministrazione straordinaria⁶⁷.

L'eredità di tali esperienze nonostante non avessero visto la promulgazione dei testi in cui erano contenute, venne tenuta in considerazione dalla nuova Commissione che riprese dagli anni Sessanta la visione di un numero di procedure per la composizione della crisi più ristretto prevedendo solo la possibilità di scendere ad accordi tra le parti ovvero la possibilità per il debitore, il creditore o l'autorità giudiziaria solo nei casi in cui gli accordi non fossero stati raggiungibili di adire un Giudice per la gestione del caso in una procedura di liquidazione più sciolta del fallimento così come era conosciuto. Il progetto così pensato andò ancora una volta alla deriva: la Commissione Trevisanato infatti contava un numero cospicuo di membri con opinioni divergenti su alcuni argomenti portanti, in particolare sulla necessità e se del caso, sulla pregnanza dell'intervento

⁶⁶ P. PAJARDI, "Riflessioni e appunti sul progetto di legge fallimentare dell'Ordine dei Dottori Commercialisti", *Monitore dei Tribunali*, 1973, pp. 84 ss.

⁶⁷ "Principi e criteri direttivi per una nuova legge fallimentare, Relazione", *Giur. Comm.*, I, 1985, pp. 154 ss.

dell'autorità giudiziaria e sulla revocatoria fallimentare. La spaccatura che si era verificata all'interno della Commissione aveva portato alla consegna di un testo bifronte che vedeva espresse le convinzioni della maggioranza da una parte e quelle della minoranza dall'altra⁶⁸.

Qualche anno dopo, una Commissione Trevisanato in composizione ristretta venne nuovamente riunita con l'intento di limare gli attriti del primo tentativo di scrittura di una riforma organica della legge fallimentare. Questa volta l'innovazione prese spunto dagli ordinamenti di altri Paesi quali la Francia, nella previsione di sistemi di allerta prevenzione della crisi e gli Stati Uniti da cui si attinse in relazione al già citato *Chapter 11 del Bankruptcy Code*, per il ruolo del Giudice e la composizione concordata della crisi.

Rispetto ai sistemi di prevenzione, che come è facilmente intuibile sono preposti a fare in modo che l'imprenditore cominci a predisporre per tempo la ristrutturazione dell'impresa che manifesta segnali di debolezza in modo tale da non agire solo quando la situazione è pressoché irrecuperabile⁶⁹, la Commissione Trevisanato incise sull'assetto della corporate governance delle imprese assegnando ai sindaci un ruolo non solo di controllo ma anche di aiuto nell'individuazione della soluzione ai problemi riscontrati nell'operato degli altri organi societari. Inoltre, furono disegnati organismi pubblici e privati per l'assistenza e il supporto all'imprenditore in crisi ricalcando la soluzione anglosassone. Alle camere di commercio si assegnarono invece compiti di registrazione delle situazioni patologiche in cui versava l'impresa⁷⁰.

Quanto alla stipulazione di accordi per l'uscita dalla crisi, la maggiore innovazione sta nel superamento del principio della *par condicio*, così come intesa dalla tradizione, e l'applicazione della disciplina di matrice statunitense della divisione dei creditori in classi omogenee in base agli interessi vantati con l'obbligo di parità di trattamento interno e con la possibilità di differenziazioni nel soddisfacimento dei creditori appartenenti a classi

⁶⁸ A. JORIO, "I lineamenti di una nuova...improbabile legge fallimentare", *Giur. Comm. I*, 2005, p. 323.

⁶⁹ G. PELLEGRINO, "La riforma della legge fallimentare", *Dir. Fall. I*, 2006, pp. 335 ss.

⁷⁰ Titolo II d.d.l. Trevisanato.

diverse. Secondo l'art. 27 del disegno di legge il piano può essere attuato se riceve il voto favorevole dei 2/3 delle classi che rappresentano la maggioranza dei crediti⁷¹.

Il ruolo del Giudice, che era stato motivo del malfunzionamento della prima commissione Trevisanato, venne rimodellato su quello del Giudice statunitense confermando così la posizione della minoranza della prima Commissione, che voleva un Giudice con sempre meno poteri. La commissione ristretta attribuì al magistrato, pur mantenendo la linea dell'assegnazione di meri poteri di garanzia, il potere di *cram-down* distanziandolo però parzialmente dall'originale nel consentire una libera valutazione dell'esercizio dello stesso basata non sul solo rifiuto dei creditori ma sulle relazioni dei commissari preposti alla cura della procedura.

Un altro significativo passaggio del d.d.l. è segnato dal Titolo IV che, sempre con una chiara ispirazione al *Chapter 11*, ridisegnò il fallimento come «*procedura di liquidazione concorsuale*», dando, con la modifica del nome, un segnale di cesura netta con ciò che il fallimento aveva rappresentato nel corso della storia⁷². La nuova procedura era attivabile solo se l'ammontare del debito era e fosse rimasto cospicuo nel corso della procedura. Si disponeva quindi una rivalutazione della situazione in modo da evitare e l'appesantimento delle pratiche davanti ai Tribunali e quella situazione osteggiata di distribuzione dell'attivo ai creditori, inferiore alle perdite ottenute dall'attuazione della liquidazione stessa. La procedura di liquidazione concorsuale può essere avviata prima o dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza e poteva essere preceduta da un tentativo di composizione tramite accordi tra le parti purché queste avessero espresso il loro consenso entro un tempo ristretto di sei mesi oltre il quale la liquidazione dei beni del debitore avrebbe avuto inizio secondo le regole procedurali fissate dalla legge⁷³. Lo svecchiamento esercitato dalla commissione investì anche l'istituto dell'esdebitazione che, prendendo ancora a modello il “*fresh start*” americano permetteva a fronte di un casellario giudiziale

⁷¹ Titolo III d.d.l. Trevisanato.

⁷² A. JORIO E S. FORTUNATO (a cura di), *Relazione*, in *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, p. 150.

⁷³ G. PELLEGRINO, “*La riforma fallimentare*”, *Dir. Fall.*, I, 2006, pp. 335 ss.

immacolato del debitore e di una soddisfazione del 25% dei creditori chirografari di liberarsi degli ulteriori debiti pendenti per consentirgli un nuovo inizio⁷⁴.

Così come la *Corporate Reorganization*, nota per la semplicità di applicazione sia all'insolvenza del “*corner grocer's shop*” sia alle grandi *corporations*⁷⁵, la proposta italiana si muoveva nella direzione della redistribuzione dei poteri agli organi societari, nella richiesta di maggiore preparazione e prontezza dei giudici fallimentari in costante contatto con i curatori, prevedendo quindi delle sezioni specializzate nei tribunali e una velocizzazione e flessibilità delle procedure che avrebbe implicato anche una maggiore e più semplice soddisfazione dei creditori. Il testo proposto alle Camere venne rigettato perché troppo lungo per poter essere analizzato coi tempi brevi e l'urgenza in cui si operava ma allo stesso tempo anche perché i contenuti del progetto della seconda Commissione Trevisanato segnavano un vero cambio di rotta rispetto alla tradizione che non rendeva le nuove norme implementabili nel sistema stratificato di leggi ed istituti vigenti⁷⁶.

Al suo posto è stato votato allo scadere del 2004 un maxi emendamento al testo del d.d.l. Trevisanato che accoglie solo in parte le novità e la nuova impostazione, definita dalla dottrina “rigorosa e decisa”, e facendo dunque tornare il Paese al punto di partenza, in cui si richiede una riforma organica della legge fallimentare.

1.5 L'innovazione del D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 in materia di fallimento e i nuovi istituti introdotti con la l. 27 gennaio 2012, n. 3

Tra il 2005 e il 2012 si è assistito ad una intensa attività di modifiche alla legge fallimentare dando riscontro pratico alla necessità dichiarata apertamente di un rinnovo organico e capace di dare risposte concrete alla crisi d'impresa. In realtà, i continui ritocchi e l'atteggiamento scorretto delle imprese nell'utilizzo degli strumenti offerti loro dalle nuove norme non fece altro che comportare una riemersione delle problematiche storiche che dovevano essere superate quali, ad esempio, il binomio tra autonomia delle

⁷⁴ Artt. 172-174 d.d.l. Trevisanato

⁷⁵ C. VALENTE, *op. cit.*, p. 47.

⁷⁶ A. JORIO, *Id.*, pp.325 ss.

parti nella composizione della crisi e nella ricerca di accordi soddisfattivi e il ruolo del Giudice nelle procedure. L'idea di assegnare un nuovo ruolo al ceto creditorio, dandogli la possibilità di essere protagonista attivo nella soluzione della difficoltà dell'impresa, e al debitore cui era richiesta una maggiore indipendenza e quindi anche maggiore libertà nell'instaurare la procedura, risultò rovinoso dimostrando che tali soggetti non erano ancora pronti a ricoprire le posizioni che erano state loro assegnate. Gli abusi che ne scaturirono portarono il legislatore, oltre alla presa di coscienza del bisogno di un intervento procedurale efficace, a espandere nuovamente i poteri del Giudice a poteri di controllo diretti e indiretti. Uno dei problemi che emerse dall'analisi della situazione, in vista di un nuovo correttivo, fu quello di aver sempre promosso fino ad allora interventi a valle senza invece incidere sulle problematiche riscontrabili a monte⁷⁷.

Prendendo come dati di analisi i 1131 questionari sottoposti ad imprese collocate in 18 diverse regioni italiane ed ammesse ad una procedura concorsuale tra il 2009 e il 2012, l'Osservatorio sulle Crisi di Impresa ha identificato tali problematiche di base nell'incapacità delle imprese italiane di essere pienamente competitive sul mercato: la penetrazione dello stesso da parte di società estere contribuisce a far emergere le debolezze che porta con sé la diffusa dimensione familiare delle imprese del nostro Paese. Queste dimensioni ridotte e la gestione di carattere familiare comporta spesso un limite in relazione all'assetto di *corporate governance* che non vede una indipendenza dell'organo di gestione, imbrigliato nelle dinamiche della famiglia e in uno scarso controllo esterno sulla società. Dallo studio emerge che meno del 10% di queste imprese si affidava a società di revisione contabile o ad un *internal auditing*, ma anche l'utilizzo di un atteggiamento di valutazione complessiva finale piuttosto che di pianificazione *ex ante* e, se del caso, l'utilizzo di un *outsourcing* di competenze diverse rispetto a quella sola di redazione delle scritture contabili⁷⁸.

⁷⁷ P. VELLA, "Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani", 31 dicembre 2015, disponibile su www.ilcaso.it

⁷⁸ P. BASTIA, "La soluzione negoziata della crisi d'impresa: dalla domanda all'attuazione operativa. I progetti aziendali e le scelte processuali", in M. FERRO, P. BASTIA, G. M. NONNO (a cura di), "Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione", capitolo I, IPSOA- Gruppo Wolters Kluwer, 2013

L'avvio del percorso di riforma, scandito in tre tappe, è segnato da una decretazione d'urgenza richiesta nel 2005 -che ha per altro subito una pronuncia di incostituzionalità per mancanza dei criteri di *necessità e urgenza* richiesti dall'art. 77 della Costituzione per l'utilizzo di tale fonte del diritto-, che ha dato vita al d.l. 14 marzo, n. 35, intitolato "*Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*" conosciuto meglio come "Decreto competitività". Tale decreto agì su tre punti della legge fallimentare introducendo *i*) l'istituto del piano attestato di risanamento, *ii*) gli accordi di ristrutturazione e *iii*) andando a rinnovare la disciplina del concordato preventivo⁷⁹. La conversione in legge di tale decreto portò all'attribuzione di ulteriori deleghe al governo per la riscrittura omogenea di una legge del fallimento⁸⁰.

Il punto di svolta doveva essere segnato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, il secondo passaggio, intitolato "*Riforma organica delle procedure concorsuali*". A discapito del nome che le era stato attribuito però la riforma non poteva affatto considerarsi organica sia perché non toccava tutte le procedure concorsuali presenti nell'ordinamento del tempo che per la tecnica normativa utilizzata. Ancora una volta, come già in passato, si optò per la novella dei singoli articoli e non per una riscrittura totale del testo con l'effetto finale di una legge spezzettata e di difficile applicazione dovuta alle problematiche di coordinamento temporale vista la presenza di norme risalenti al 1942 e altre aggiunte e modificate nel corso dei sessant'anni seguenti. L'anno successivo all'entrata in vigore del d.lgs. del 2006 si assisteva alla nascita di un nuovo d.lgs. 169/2007 che dichiarava, in modo piuttosto confusionario, la modalità e i confini di applicazione della disciplina in esso contenuta⁸¹.

La situazione finale cui si assistette al principio del 2008 è a dir poco complessa ed intricata soprattutto nella scelta, condizionata dal rapido susseguirsi di normative di rattoppo, delle norme da applicarsi alla composizione dei casi delle imprese insolventi.

⁷⁹ Rispettivamente art. 67 co. 3 lett. d) l. fall.; art. 182-bis l. fall.; artt. 160 e ss. l. fall.

Per approfondimenti sulla riforma si vedano le relazioni di FALCONE, GUALANDI, BONFATTI, NICOLINI, DE BIASI e GRANATA, "*La riforma della legge fallimentare in Quaderni di giurisprudenza commerciale*", Giuffrè, 2005

⁸⁰ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, "*Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*". Il Mulino, 2014, p. 29.

⁸¹ Art. 22 d.lgs. 169/2007.

Si presenziò infatti alla coabitazione di quattro diversi regimi normativi sullo stesso argomento, applicabili nello stesso frangente temporale, in particolare: i casi sorti prima del 2005 dovevano essere risolti secondo la normativa della l. fall. del 1942, quelli tra il d.lgs. del 2005 e il d.lgs del 2006 vedere l'applicazione del primo d.lgs., lo stesso ragionamento andava applicato tra i decreti del 2006 e del 2007 e infine per l'accesso alle procedure concorsuali avvenuto dopo il 1° gennaio 2008, quando entrò in vigore l'ultimo step della "riforma organica", si richiedeva l'applicazione dell'art. 22 dello stesso d.lgs. 169/2007; senza contare che alcune normative venivano, in certi contesti quale quello dell'esdebitazione, applicate retroattivamente⁸².

Con il correttivo del 2006 il legislatore è andato ad incidere sul presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento. L'idea che fino ad allora aveva fatto da perno nel sistema per il distinguo tra soggetti sottoponibili a fallimento e non, era la descrizione qualitativa del piccolo imprenditore resa all'art. 2083 c.c.. Altri soggetti non fallibili nell'ordinamento italiano sono l'imprenditore agricolo e gli artigiani. La definizione dei confini del piccolo imprenditore è stata piuttosto travagliata nel corso degli anni ed è stata oggetto di pronunce di incostituzionalità legate all'accezione del reddito imponibile che gli venne data nell'art. 1 l. fall.⁸³

Se nel 1942 essere esentati dal fallimento rappresentava un privilegio non da poco vista la pesantezza delle conseguenze economiche e sociali che questo si portava dietro, l'approccio del legislatore del 2006 può dirsi diametralmente opposto. L'Italia infatti con l'applicazione dell'incapacità del fallito voluta dalla legge del '42, si trovava in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e di fronte a diverse condanne da parte della Corte di Strasburgo. L'operazione che venne svolta fu quella di convertire una nozione di stampo qualitativo quale quella del 2083 c.c. in una di matrice quantitativa ampliando l'applicazione della formula di non fallibilità. Le conseguenze, naturalmente, si manifestarono con un effettivo riscontro di un abbassamento di richieste di accesso alla procedura di fallimento ma anche col sorgere del problema legato alla modalità di

⁸² A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *"Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali"*. Il Mulino, Bologna, 2014, p. 30.

⁸³ Corte costituzionale 22 dicembre 1989, n 570, in *Fall.* 1990, p. 260

composizione della crisi dei soggetti che non potevano più accedere al fallimento e alle altre procedure alternative⁸⁴.

Le soglie per la definizione del piccolo imprenditore delineate dal d.lgs del 2006 sono relative agli investimenti per un capitale superiore a 300.000 euro e un ricavo lordo superiore ai 200.000 euro annui.

Ancora oggi la dottrina è discorde sull'approccio teorico da seguirsi in merito al caso della fallibilità o meno del piccolo imprenditore: secondo alcuni l'articolo 2221 c.c., che si occupa proprio del requisito soggettivo del fallimento e del concordato preventivo, deve essere interpretato come norma di rinvio, dal momento che la sostituzione dei caratteri qualitativi con quelli quantitativi operata dalla legge fallimentare nel tentativo di ridefinire la figura del piccolo imprenditore, risulta essere poco preciso e lascia spazio a fraintendimenti da colmare con l'applicazione delle norme del Codice civile⁸⁵, mentre opposto orientamento è seguito da quella parte della dottrina che sostiene che l'articolo 2221 c.c. sia stato implicitamente abrogato con la riforma della l. fall. del 2007 che definisce il piccolo imprenditore all'art 1 senza fare però esplicito riferimento a questo e limitandosi a fissare le soglie dimensionali. È proprio grazie a questo particolare che i dubbi interpretativi sul piano pratico vengono meno⁸⁶.

La finalità che si intendeva perseguire con la redazione del d.lgs 2006 non è stata dichiarata ma la dottrina ipotizzò da una parte che il legislatore avesse voluto abbattere il carico di lavoro dei Tribunali eliminando quei procedimenti di fallimento che non avrebbero portato ad alcun riparto o soddisfazione dei creditori e dall'altra che si cercasse un'agevolazione per le PMI che costituiscono in gran parte il tessuto imprenditoriale del nostro Paese. La verifica del rispetto del requisito dimensionale è rimessa dalla legge ai poteri istruttori del Giudice⁸⁷.

⁸⁴ S. BONFATTI, L. PANZANI, *“La riforma organica delle procedure concorsuali”*, IPSOA- Gruppo Walters Kluwer, 2008, pp. 3 ss.

⁸⁵ In questo senso G. FERRI JR., *“In tema di piccola impresa tra Codice civile e legge fallimentare”*, *Riv. Dir. Comm.*, I, 2007, p. 735 ss.. Di diverso avviso S. PACCHI, *“Manuale di diritto fallimentare”*, Giuffrè, 2007, p. 43.

⁸⁶ FORTUNATO, *“Il nuovo diritto fallimentare”*, *Commentario* diretto da A. JORIO e M. FABIANI, Bologna, 2006, *“sub art 1”*, pp. 61-62.

⁸⁷ S. BONFATTI, L. PANZANI, *op. cit.*, pp. 17-18

Il legislatore del 2006 non si è limitato a pronunciarsi sulla dimensione dell'impresa ma si è espresso anche in relazione alla dimensione dell'insolvenza⁸⁸; abroga tra l'altro l'intero Titolo V del previgente testo di legge con riferimento all'amministrazione controllata pur tenendo in considerazione l'approccio indicato dalle Commissioni Trevisanato di istituire delle misure di allerta e prevenzione per cercare di anticipare il salvataggio dell'impresa già dai primi segnali di difficoltà manifestati⁸⁹.

Dopo la stagione 2005-2007 che ha lasciato una necessità di ampliamento della applicazione delle procedure concorsuali, l'attenzione del legislatore si è appunto focalizzata sulla parificazione degli strumenti di risoluzione di una crisi tra imprenditori medio-grandi e quelli piccoli. Nel 2011 si è aperta la possibilità di accesso agli accordi di ristrutturazione e transazione fiscale per gli imprenditori agricoli e l'anno successivo ha segnato un passaggio importante nell'ordinamento italiano che ha conosciuto, con la l. 27 gennaio 2012, n. 3, modificata con la legge di conversione l. 221/2012, le procedure di sovraindebitamento: l'accordo di ristrutturazione dei debiti, il piano del consumatore e la liquidazione del patrimonio.

Queste procedure costituiscono la parte complementare alle procedure tradizionali contenute nella l. fall. e vedono come destinatari i debitori che sono esclusi dall'applicazione della legge fallimentare, senza che si faccia riferimento al loro essere imprenditori o meno. Il panorama della crisi d'impresa in Italia abbandona il modello puro per rientrare quindi in un modello dualistico misto, che vede un sottoinsieme di norme dedicate alle procedure di insolvenza i cui destinatari sono gli imprenditori commerciali non piccoli e un sottoinsieme eterogeneo di procedure di sovraindebitamento che si riferiscono ai piccoli imprenditori, a chi svolge una professione intellettuale, alle fondazioni, alle associazioni e più in generale a tutti coloro che non rientrano nel novero del primo sottogruppo⁹⁰.

⁸⁸ POTITO, SANDULLI, *sub art. 1*, in NIGRO, SANDULLI (a cura di), *“La riforma della legge fallimentare”*, G. Giappichelli Editore, 2006, p. 6.

⁸⁹ G. PELLEGRINO, *“La riforma della legge fallimentare”*, *Dir. Fall.*, I, 2006, pp. 335 ss.

⁹⁰ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *“Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali”*, Il Mulino, 2014, pp.32-33.

1.6 Il nuovo codice della Crisi e dell'Insolvenza (D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)

A seguito di un progetto che ha attraversato due legislature viene presentato col d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 il nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza. Il testo si divide idealmente in due parti: *i*) una dedicata alla riforma del diritto societario e in particolare alla disciplina delle società a responsabilità limitata, già entrata in vigore, *ii*) l'altra si occupa nuovamente di mettere mano alla disciplina delle procedure contenute nella legge fallimentare coinvolgendo anche la materia della c.d. legge sul sovraindebitamento, la l. 27 gennaio 2012, n. 3. I destinatari del nuovo d.lgs. sono tutti i debitori, esclusi le banche, gli intermediari finanziari e coloro che sono sottoposti alla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza che si trovano e rimangono disciplinate dalla legge del '99. Tale seconda parte entrerà in vigore il 14 agosto del 2020, 18 mesi dopo la pubblicazione del testo per consentire agli utilizzatori uno studio e un adattamento alle nuove norme.

Fino ad agosto 2020 il legislatore sarà portato a modificare ulteriormente il codice fino a due anni dalla sua entrata in vigore, cioè fino al 14 agosto 2022, sotto l'influenza di una nuova legge delega 8 marzo 2019, n. 20 e in vista dell'attuazione della direttiva europea che si sovrappone parzialmente al contenuto del Codice dell'insolvenza e che riguarda i *«quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti»*, e che modifica la direttiva 2012/30/UE⁹¹ che dovrebbe essere pubblicata nell'estate 2019 a seguito dell'approvazione della Commissione.

I primi articoli del Codice dell'insolvenza dettano i principi generali cui i soggetti coinvolti devono attenersi: la buona fede e la correttezza, il principio di leale collaborazione tra creditori, debitore e soggetti coinvolti dalle procedure nonché il principio del rispetto della riservatezza delle informazioni sensibili di cui si viene a conoscenza in momenti delicati quali quelli affrontati dalla materia del decreto in parola⁹². La normativa continua a considerare la possibilità della prededucibilità dei crediti per

⁹¹ La versione approvata dal Parlamento Europeo il 28 marzo 2019 è disponibile su http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0321_IT.html

⁹² Artt. 1-5 D. lgs. 14/2019

motivi di remunerazione professionale escludendola solo quando la prestazione abbia avuto a che fare con le procedure di allerta⁹³, ma rendendo chiaro l'obiettivo di una riduzione di tale mezzo al fine di non assorbire in favore del professionista adito una parte importante della liquidità destinata al soddisfacimento dei creditori⁹⁴. Anche nei casi in cui la liquidazione preventiva del compenso è ammessa, viene sottoposta alla buona riuscita del piano proposto dal professionista facendo emergere così la possibile problematica di reperimento da parte del debitore di soggetti esperti, considerato che l'andare a buon fine dei tentativi proposti in tali situazioni, non è sempre legato alla conoscenza e alla professionalità del lavoratore ma ci sono influenze esterne che sfuggono dal controllo di alcuno. Il decreto lascia in vita la partizione tradizionale tra soggetti nei confronti dei quali è applicabile la legge fallimentare e quelli che rientrano nelle procedure da sovraindebitamento che hanno visto, nel nuovo Codice, una parziale riscrittura. Ad oggi bisogna considerare come sostitutive delle procedure introdotte dalla l. 3/2012 la ristrutturazione dei debiti del consumatore, concordato minore e la liquidazione controllata. Da rilevarsi tra gli altri interventi apportati dalla riforma Rordorf, dal nome del presidente della Commissione incaricata di redigere il testo in esame, un tentativo di rendere omogenea ed efficace la composizione della crisi che colpisce un gruppo di imprese (artt. 284-292)⁹⁵.

Seguendo l'impostazione innovativa delle Commissioni Trevisanato, che avevano ripreso il meccanismo dall'ordinamento francese, il Codice dell'insolvenza va ad adottare le procedure di "allerta" istituendo in ciascuna camera di commercio l'OCRI (Organismo per la Composizione della Crisi d'Impresa), un organismo chiamato ad assistere su istanza del debitore le imprese nella composizione anticipata di una crisi e a trasferire le operazioni davanti ad un Tribunale per la liquidazione dell'impresa qualora risultasse insufficiente un'azione diversa. La procedura di allerta ha a che fare con un'azione combinata di commercialisti, organi di governance delle imprese e creditori pubblici. I primi valutano lo stato dell'impresa e i motivi che l'hanno portata a quel punto, i secondi

⁹³Art. 6 D.lgs. 14/2019

⁹⁴ S. CINIERI, "Riforma crisi impresa: tutte le novità in sintesi", *Pratica Fiscale e Professionale*, n. 11 del 18 marzo 2019, p. 19.

⁹⁵ L. STANGHELLINI, "Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)", *il Corriere giuridico*, aprile 2019, pp. 449 ss.

sono chiamati a svolgere capillarmente le loro funzioni di controllo e amministrazione secondo le norme in vigore ed infine gli ultimi devono segnalare il ritardo nei pagamenti a loro dovuti che innescando l'ulteriore operato dell'OCRI e delle camere di commercio in una catena di controlli volta a scongiurare l'applicazione delle procedure concorsuali.

La spinta verso questi organismi di prevenzione proviene dall'interno e dall'esterno di ciascuna impresa: gli organi interni preposti al controllo ma anche le società di revisione hanno l'obbligo di comunicare per iscritto all'organo di amministrazione le eventuali disfunzioni rilevate nel corso dei loro compiti e, nel caso in cui mancasse una risposta tempestiva, bisognerà procedere ad una segnalazione all'OCRI per sollevarsi da ogni responsabilità solidale prevista dall'art. 2407 c.c. L'Agenzia delle entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale e l'agente della riscossione rappresentano invece la pressione esterna che, in caso di mancato pagamento entro 90 giorni successivi all'avviso al debitore, porta l'imprenditore a dover chiedere aiuto all'OCRI⁹⁶. Sono esenti da tale disciplina le grandi imprese e i gruppi di grandi dimensioni che vedono come organo parallelo all'OCRI il già esistente OCC (Organismo di Composizione delle Crisi) introdotto dalla l. 3/2012. Anche quest'ultimo era stato pensato come organismo volto alla protezione degli interessi dei creditori ma anche come organismo che avrebbe dovuto fornire aiuto al debitore che ne avesse fatta richiesta⁹⁷

Le procedure cui il debitore può accedere quando non è in grado di risolvere le problematiche riscontrate tramite le procedure di allerta sono rimaste praticamente invariate rispetto a quelle previste dalla legge fallimentare. Merita tuttavia particolare attenzione l'ulteriore declassamento in cui è incorso il concordato preventivo, già annunciato nel 2015 e ribadito con maggior rigore con la presente riforma che lo destina ad essere uno strumento dedicato per lo più alle grandi imprese, come per altro è già utilizzato nella gran parte dei casi⁹⁸. Altro rilievo da effettuare concerne il mutamento che

⁹⁶ Artt. 14-15 D.lgs. 14/2019

⁹⁷ Art. 15 co. 5 L. 3/2012.

⁹⁸ I dati empirici possono essere consultati in DANOVÌ, GIACOMELLI, RIVA, RODANO, "Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d'impresa: il concordato preventivo", in *Questioni di Economia e Finanza, II*, disponibile su www.bancaditalia.it

ha subito il fallimento che viene ora denominato liquidazione giudiziale spogliando l'istituto dell'accezione negativa che la parola "fallito" ha storicamente trascinato con sé.

Le critiche all'indomani della pubblicazione della riforma non si sono fatte attendere. Essa viene classificata ancora una volta come di vedute ristrette ed incapace di apportare quei cambiamenti in linea con le discipline europee e degli altri Stati Membri, che spingono sempre più verso la composizione attraverso accordi privati, giudicati maggiormente di successo rispetto all'intervento della macchina della giustizia statale. La nuova riforma italiana incoraggia invece le imprese a far emergere il loro stato di difficoltà senza però fornire una concreta e agile possibilità di soluzione alle problematiche economiche⁹⁹. Oltretutto l'aver riportato il ruolo del Giudice in prima linea¹⁰⁰ non è stato accompagnato dall'opportunità di allinearsi alla *model law* di Uncitral attraverso l'istituzione di Tribunali specializzati nella composizione della crisi delle imprese così da dare contemporaneamente una prospettiva anche al progetto di velocizzazione delle procedure che scontano ancora il fatto di «*affogare nella microeconomia perdendo di vista la macroeconomia*»¹⁰¹.

⁹⁹ L. STANGHELLINI, "Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)", il *Corriere giuridico*, aprile 2019, pp. 455 ss.

¹⁰⁰ Si fa riferimento soprattutto alla richiesta di una valutazione tecnica economica nella concreta attuabilità dei piani di ristrutturazione richiamando un campo del sapere che spesso non è nelle corde della figura del Giudice invece di seguire l'orientamento europeo con la proposta semplicemente di una stima *ictu oculi* sulla fattibilità del piano in parola

¹⁰¹ B. LIBONATI, "Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa", *Giur. Comm.*, II, 2001, p. 327

CAPITOLO II: CONCORDATO FALLIMENTARE: IL CONFLITTO DI INTERESSI NEL CETO CREDITORIO

SOMMARIO: -2.1. La disciplina della proposizione del fallimento. -2.2 Le diverse modalità di chiusura del fallimento: Concordato fallimentare o ripartizione dell'attivo fino ad esaurimento. -2.3. Il reclamo: opposizione all'omologazione. -2.4. L'articolo 124 comma 1: termini da osservare per evitare intenti dilatori da parte del fallito -2.5. (segue) I "correlati al fallito": dubbi sulla possibilità di interpretazione estensiva. -2.6. La massa dei creditori non vanta un interesse collettivo: il leading case e il precedente orientamento. -2.7. Il principio del voto di maggioranza come colonna portante del concordato. -2.8. La configurabilità del conflitto di interessi. -2.9. La divisione in classi del ceto creditorio. -2.10. Intervento del Tribunale e concezione privatistica della divisione in classi. -2.11. Parallelismi e differenze tra il trattamento del conflitto di interessi nel voto societario e nel concordato fallimentare.

2.1 La disciplina della proposizione del fallimento

Il fallimento viene classificato sulla base della sua natura tra i processi esecutivi speciali. Se le sue finalità infatti coincidono pressoché con quelle del processo esecutivo della disciplina ordinaria, cioè con la necessità di soddisfare i creditori attraverso la regolazione dei rapporti distributivi tra questi, bisogna considerare che partecipano al raggiungimento degli obiettivi del fallimento anche ulteriori interessi che hanno preso corpo nel corso del tempo: tra questi compaiono la salvaguardia dell'attività di impresa e la tutela dell'unità produttiva e dei livelli occupazionali.

A ben guardare, le finalità perseguite dalla procedura in parola sono in contrapposizione tra loro. Il patrimonio del debitore costituisce agli occhi dei creditori la garanzia di adempimento dell'obbligazione in quanto ci si aspetta che questo venga liquidato al fine di dare compimento alla soddisfazione dei creditori stessi ma allo stesso tempo lo stesso patrimonio-garanzia viene tutelato dalla legge affinché possa evitare lo smembramento di cui sopra. Tuttavia, il legislatore pur riconoscendo l'importanza di entrambi gli interessi ha dato maggior rilievo a quelli del ceto creditorio disponendo che la vendita aggregata possa essere evitata solo quando non risulti dannosa per i creditori¹⁰². Altre caratteristiche che differenziano il fallimento dal processo esecutivo ordinario possono essere rinvenute nel fatto che il primo coinvolge l'intero patrimonio del debitore tenendo in considerazione tutti i beni presenti e futuri in favore di tutti i creditori che si vedono

¹⁰² P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, "Manuale di diritto fallimentare", VII edizione, Giuffrè Editore, 2008, p. 32.

soddisfatti con l'applicazione del principio della *par condicio creditorum*; a differenza del processo esecutivo poi il fallimento, a seguito del primo atto di impulso, è una procedura che si svolge prevalentemente d'ufficio¹⁰³.

Ai sensi dell'art. 6 del R.D. 267/1942 l'iniziativa per ottenere la dichiarazione di fallimento spettava al debitore, ad uno o più creditori, al pubblico ministero oppure poteva essere richiesto d'ufficio, opzione quest'ultima che è stata abrogata dalle successive riforme della legge fallimentare per evitare che l'imparzialità e la terzietà dell'organo decidente potesse sovrapporsi con il ruolo di parte. Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, i cui capi sul fallimento entreranno in vigore in nell'agosto 2020, legittima all'art. 37 anche la proposta di fallimento proveniente dagli organi e dalle autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa.

Le ragioni che stanno dietro all'iniziativa di ciascuno di questi soggetti sono diverse tra loro. L'intervento del creditore, che al di fuori della procedura concorsuale consiste nell'esperire un'azione individuale, all'interno del fallimento si traduce nella possibilità di chiedere un'esecuzione collettiva¹⁰⁴. Questo tipo di intervento è quello più frequente ed è volto a perseguire la finalità ultima della procedura scelta cioè la soddisfazione nella maggior percentuale possibile del ceto creditorio; il Pubblico Ministero agisce invece per la tutela dell'interesse pubblico che è sotteso all'istituto del fallimento e che, sebbene sia andato sbiadendosi nel corso del tempo, può essere ancora riconosciuto come ad esso intrinseco. La giurisprudenza afferma che la legittimazione del PM si affianca a quella del creditore nei casi previsti dall'art. 7 l. fall. avendo un vero e proprio potere d'azione¹⁰⁵. Infine, il debitore chiederà la dichiarazione di fallimento con ricorso per evitare ulteriori più dannosi dissesti e altre conseguenze che possono sfociare in sanzioni di natura penale, come ad esempio in un caso di bancarotta semplice ex art. 217 l. fall. n.4, atteggiandosi

¹⁰³ P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, op. cit., p. 44

¹⁰⁴ S. SATTA, "Istituzioni di diritto fallimentare", IV ed., Soc. ed. del foro italiano, 1953, *contra* E. GARBAGNATI, "Fallimento ed azioni dei creditori", *Rivista di diritto processuale civile*, 1960, p. 370 che sottolinea come l'interesse del creditore nella proposizione di un'azione collettiva invece che individuale stia nell'accesso alle astratte possibilità risolutive.

¹⁰⁵ M. FERRO, "L'istruttoria prefallimentare", UTET, 2001, pp. 67 ss.

in questi casi come dovere di richiesta della pronuncia di fallimento, e non come mera facoltà¹⁰⁶.

Quando è il debitore a richiedere l'apertura del processo per la dichiarazione di fallimento, ricordando che a norma dell'art. 147 co. 1 l. fall. il socio illimitatamente responsabile è equiparato al debitore in questi casi, si sollecita la deposizione delle scritture contabili e fiscali risalenti ai tre anni precedenti alla richiesta oppure di un periodo meno risalente se la vita dell'impresa è più breve. È necessario inoltre presentare: *i*) un elenco dettagliato dei creditori e dei loro rispettivi crediti, *ii*) una lista che espliciti: *a*) chi vanta diritti personali e reali su cose in possesso del creditore e *b*) su quali cose tali diritti insistano in modo tale da costituire una base di documentazione che fornisce sicuramente un aiuto per il curatore nell'adempimento dei suoi compiti e, in generale, per l'impostazione della procedura. È evidente che un elenco così dettagliato e puntuale di richieste non fa altro che appesantire e scoraggiare l'accesso al fallimento su iniziativa dell'imprenditore¹⁰⁷.

Le ragioni che spingerebbero l'imprenditore a volere una dichiarazione di fallimento indirizzata *contra se*, al di là dei casi obbligatori previsti dalla legge, possono non apparire chiare a primo acchito. Innanzitutto, è possibile che richiedere l'accertamento dell'insolvenza tramite la dichiarazione di fallimento sia una soluzione meno onerosa per l'imprenditore rispetto alla prospettiva dover subire delle azioni individuali da parte di ciascun creditore. Inoltre, il potere che viene riconosciuto al debitore si identifica con un diritto soggettivo di estinguere l'obbligazione in modo incontestabile, perché guidata dall'autorità, e contemporaneamente obbligare il creditore ad accettare la soluzione trovata giudizialmente. In questo modo si riconosce un diritto a fallire in capo al debitore¹⁰⁸.

Il ricorso del debitore che richiede una sentenza dichiarativa di fallimento non può essere interpretato come confessione poiché il solo scopo del ricorso è quello di ammettere

¹⁰⁶ F. JR. FERRARA, A. BORGIOLI, "Il fallimento", Giuffrè, 1995, p. 239.

¹⁰⁷ G. LO CASCIO, "Il fallimento e le altre procedure concorsuali", IV ed., IPSOA, 2007, p. 129.

¹⁰⁸ R. PROVINCIALI, "Trattato di diritto fallimentare", vol. 1, Milano, 1962, p. 466, in senso contrario a tale orientamento G. RAGUSA MAGGIORE, "Istituzioni di diritto fallimentare", CEDAM, 1988, p. 126 e E. AGUGLIA, "Il processo per la dichiarazione di fallimento", CEDAM, 2001, pp. 339 ss.

l'esistenza di debiti iscritti nei registri contabili mentre mancano gli elementi che qualificano la confessione in ambito civile ex 2730 c.c., manca in particolare l'*animus confitendi*, cioè la volontà di dichiarare fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra parte, e manca anche la parte a favore della quale le dichiarazioni del debitore dovrebbero apportare beneficio. In ogni caso, qualora si volesse attribuire un'accezione confessoria alla richiesta di fallimento del debitore è pacifico che questa debba provenire direttamente dal debitore stesso non essendo possibile una delega ad un suo procuratore¹⁰⁹.

Il titolo esecutivo necessario per dar luogo al fallimento si rinviene nella sentenza dichiarativa di fallimento nonostante questa si discosti dagli elementi richiesti al titolo per l'espropriazione individuale dall'art. 474 del Codice di procedura civile. La sentenza che dichiara il fallimento infatti, accerta l'esistenza dei presupposti che la legge indica nella sussistenza della qualità di imprenditore commerciale e nello stato di insolvenza in cui questo deve versare, e non si occupa di accertare la violazione del diritto del creditore che verosimilmente sarebbe l'oggetto del processo ordinario¹¹⁰.

Anche nell'individuazione del Tribunale competente a decidere sul fallimento si registra una differenza rispetto al processo esecutivo ordinario. La scelta del Giudice da adire esula dalle considerazioni sul valore della causa o dalla competenza per materia concentrandosi meramente su quella per territorio. Il processo ordinario attribuisce la competenza al Tribunale del luogo in cui si trovano i beni da eseguire mentre nel fallimento la competenza viene attribuita al Tribunale del luogo in cui l'impresa in difficoltà ha la sua sede principale¹¹¹.

Non è difficile individuare il foro esatto quando si parla di un'impresa che ha una sola sede dovendosi applicare semplicemente l'art 2196 c.c. e non sorgono problemi neanche in relazione al fatto che la sede dichiarata come principale non lo sia nella realtà visto che la pubblicità richiesta ha in tali situazioni una natura meramente dichiarativa. La

¹⁰⁹ F. RUSSO, "Procedimento per la dichiarazione di fallimento", in U. APICE (a cura di) "Trattato di diritto delle procedure concorsuali. La dichiarazione e gli effetti del fallimento", vol. I, G. Giappichelli Editore, 2010, pp. 84-85.

¹¹⁰ P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, "Manuale di diritto fallimentare", VII ed., Giuffrè editore, 2008, p. 33.

¹¹¹ La sede di cui si parla si presume che coincida con la sede legale. Cass. 18 maggio 2006 n 11732, in *Il fall.*, 2006, p. 1448

competenza del Tribunale fallimentare è una competenza funzionale, si ritiene infatti che il Tribunale individuato seguendo il criterio della sede principale sia quello più idoneo a conoscere della situazione e a portare avanti l'intero svolgimento della procedura. In ragione di queste caratteristiche la competenza del foro così individuato risulta essere inderogabile¹¹².

L'applicabilità della *traslatio iudicii* davanti al Giudice diverso eventualmente ritenuto competente comporterebbe una lesione di due diversi diritti: da una parte dei diritti patrimoniali dei creditori e dall'altra il diritto costituzionalmente tutelato della naturalità del Giudice riconosciuto in capo al debitore¹¹³. La Corte d'appello di Bari ha stabilito che quando una prima sentenza di fallimento sia cassata per incompetenza, la successiva dichiarazione resa dal nuovo Tribunale non può retrodatare la sospensione del decorso degli interessi sui crediti *ex. art. 55 l. fall. alla prima pronuncia*¹¹⁴.

La giurisprudenza è concorde nello stabilire che l'eventuale trasferimento della sede dell'impresa nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento non rileva ai fini dell'art. 9 l. fall. rimanendo quindi fedele al contenuto dell'articolo 5 del codice di rito che sancisce il principio della *perpetuatio jurisdictionis*. Si vuole evitare infatti che il trasferimento della sede sociale in tempi troppo ravvicinati all'apertura del fallimento venga fatta non per finalità di tipo economico-sociale, cioè per perseguire degli interessi societari ma piuttosto per ottenere la scelta del Tribunale competente a seguire la composizione della crisi.

Per poter raggiungere lo scopo di ottenere una dichiarazione di fallimento è necessario attraversare previamente una fase che prende il nome di istruttoria prefallimentare che si snoda in diversi momenti: la presentazione della domanda, la convocazione del debitore, le difese scritte e la comparizione delle parti per concludersi con la fase istruttoria vera e propria e la decisione finale. L'art. 15 della l. fall., appunto rubricato "istruttoria prefallimentare", prescrive che il rito si svolga davanti al Tribunale in

¹¹² G. BONGIORNO, "Commento all'art. 9 e 9-ter", in A. JORIO, M. FABIANI (a cura di) "Commentario il nuovo diritto fallimentare", 2007, pp. 185 ss.

¹¹³ F. MARELLI, "Cassazione della sentenza di fallimento per incompetenza, nuova dichiarazione e prospettive di conservazione degli effetti", *Il fall.*, II, 2004, pp. 916 ss.

¹¹⁴ Corte d'Appello di Bari, 18 novembre 2003, in *Il fall.*, II, 2004, pp. 915 ss. con nota di F. MARELLI.

composizione collegiale seguendo le modalità usate per le decisioni in camera di consiglio. Il modello camerale permette di adempiere alle norme programmatiche impartite dall'art. 111 della Costituzione in relazione alla ragionevole durata del processo e insieme dà spazio all'attuazione del diritto alla difesa sancito dall'art. 24 della Carta costituzionale¹¹⁵.

Qualora l'imprenditore insolvente, ed insieme a lui ogni persona che può essere dichiarata fallita come può essere ad esempio il socio illimitatamente responsabile, non fosse chiamato a comparire si avrebbe la nullità della sentenza di fallimento rilevabile in ogni stato e grado. In caso di debitore irreperibile, il fallimento può essere dichiarato senza che vengano previamente svolte ricerche capillari su tutti i registri ma a seguito di ricerche di portata *standard*. In questi casi infatti si contrappongono diversi interessi che vanno dal diritto alla difesa del debitore, che ha quindi un diritto di essere informato del procedimento che lo vede coinvolto, ma anche un interesse pubblico nonché quello dei creditori che desiderano essere soddisfatti. Il termine per la comparizione dell'imprenditore è rimesso al libero apprezzamento del Giudice.

La fase istruttoria è modellata sul principio inquisitorio ed è disciplinata per quanto non incompatibile con la legge fallimentare dalle norme previste dal Codice di procedura civile. Le prove ammesse riguardano l'assunzione di informazioni, raccolte in un contesto esterno dall'autorità giudiziaria non venendo in rilievo pertanto i fatti interni dell'amministrazione, mentre non è generalmente ammessa la prova testimoniale: chiunque abbia notizie da dichiarare al Tribunale può essere ascoltato e si procederà attraverso l'assunzione di informazioni secondo quanto prescritto dall'art 738 c.p.c. Si redige in ogni caso il verbale della fase processuale in parola che deve raccogliere quanto emerso nel corso dello svolgimento del rito¹¹⁶.

L'ultimo passaggio del procedimento sta nella pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento. La natura di tale atto non è univocamente riconosciuta dalla dottrina che oscilla tra l'orientamento maggioritario che attribuisce alla sentenza una natura

¹¹⁵ Con la sentenza 141/1970 la Corte costituzionale in relazione alla normativa del 1942 stabilì che il Tribunale ha l'obbligo di convocare il debitore nel procedimento camerale del fallimento affinché egli possa esercitare il suo diritto alla difesa *ex art. 24 Cost.*

¹¹⁶ G. U. TEDESCHI, "Manuale del nuovo diritto fallimentare", CEDAM, 2006, pp. 59,60.

costitutiva, uguale a quella di un riconoscimento di uno status, ovvero una natura esecutiva come pignoramento *sui generis* o, ancora, una natura complessa che coniuga le due precedenti. La sentenza deve accertare lo stato di insolvenza del debitore, che deve essere riconosciuto come soggetto sottoponibile all'applicazione della legge fallimentare, presentare al suo interno la nomina degli organi del fallimento individuati nel curatore e nel Giudice delegato, rispettivamente coi compiti di amministrare il patrimonio fallimentare e di controllare la regolarità della procedura, prevedere il deposito delle scritture contabili e fiscali e fissare entro 120 giorni estendibili a 180 la fissazione della data e del luogo in cui si comincerà a procedere con l'accertamento del passivo. Entro 30 giorni prima dell'adunanza i creditori che vantano un diritto reale sui beni in possesso del creditore dovranno poi presentare in cancelleria le domande per l'insinuazione del passivo. Si tratta di termini non perentori visto che all'eventuale non rispetto degli stessi consegue solo un'applicazione della disciplina legata alla proposizione delle domande tardive. L'atto, in quanto assume la forma di sentenza, richiede una motivazione a pena di nullità ex 161 c.p.c.¹¹⁷.

Gli effetti della sentenza si producono a partire dalla sua pubblicazione fatta eccezione per gli effetti relativi ai terzi che cominciano ad avere effetto dalla data di annotazione della sentenza nel registro delle imprese, così come prescritto dall'art. 17 co. 2, impedendo che si possano fare retroagire al momento della domanda gli effetti della sentenza. I «*terzi*» cui la norma fa riferimento sono da individuare nei soggetti che non hanno preso parte alla fase prefallimentare e che pertanto non erano tra coloro cui doveva essere comunicata la sentenza¹¹⁸.

La riforma della legge fallimentare ha mutato l'approccio relativo alla prededucibilità delle spese processuali ritenendole tutte prededucibili a condizione che siano sorte in seguito alla procedura. In passato, invece, le spese sostenute dai creditori non potevano essere considerate prededucibili per il semplice fatto che erano sorte antecedentemente

¹¹⁷ G. LO CASCIO, *op. cit.* pp. 163 ss.

¹¹⁸ F. RUSSO, "Procedimento per la dichiarazione di fallimento", in U. APICE. *Op. cit.*, pp. 119,120.

alla dichiarazione di fallimento mentre quelle sostenute dal debitore rimanevano irripetibili anche a seguito dell'insinuazione nel passivo¹¹⁹.

Nel caso di insolvenza transfrontaliera nel territorio dell'Unione Europea, la disciplina prevede che sia avviata una procedura principale nel luogo in cui l'impresa in difficoltà ha i suoi interessi maggioritari e che su richiesta del curatore fallimentare, che mantiene i pieni poteri anche in relazione a territori diversi rispetto a quello in cui è stato nominato, possano essere aperte ulteriori procedure in Stati diversi in cui l'impresa ha svolto alcune delle sue attività o in cui detiene dei beni. Queste procedure aperte parallelamente alla principale vengono identificate come procedure secondarie e vedono l'applicazione della legge del Paese in cui vengono applicate principalmente con lo scopo di liquidare i beni dell'impresa presenti su quel territorio¹²⁰.

2.2 Le diverse modalità di chiusura del fallimento: Concordato fallimentare o ripartizione dell'attivo fino ad esaurimento.

Oltre al raggiungimento di un accordo che va sotto il nome di concordato fallimentare, l'art. 118 l. fall. indica tra le cause di chiusura del fallimento la chiusura per «*mancata presentazione di domande di ammissione allo stato passivo, [il] pagamento integrale dei creditori ammessi al passivo e di tutti i debiti e le spese da soddisfare in prededuzione, la ripartizione integrale dell'attivo e la chiusura per impossibilità di continuare utilmente la procedura per insufficienza dell'attivo.*»

La prima situazione, «*la mancata presentazione di domande per l'ammissione allo stato passivo*», si verifica per lo più quando il debitore e i creditori trovano un accordo stragiudiziale tenendo conto che altrimenti è sufficiente la presenza di anche una sola domanda affinché la procedura non possa chiudersi¹²¹. Non rilevano le motivazioni adottate per la mancata presentazione delle domande entro i termini prescritti e non sono esonerati dalla presentazione delle stesse i creditori che hanno richiesto l'apertura del

¹¹⁹ A. GIOVETTI, B. CONCA, "La dichiarazione di fallimento", IPSOA, 2002, p. 162.

¹²⁰ V. CAVALAGLIO, "Spunti in tema di regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza e riforma urgente della legge fallimentare", *Il fall.*, 2003, pp. 235 ss.

¹²¹ In questo senso, S. BONFATTI, P. F. CENSONI, "Manuale di diritto fallimentare", CEDAM, 2007, pp. 343 ss., F. JR. FERRARA, A. BORGIOLO, "Il fallimento", V ed., Giuffrè, 1995, p. 617.

fallimento ma, essendo la soddisfazione dei creditori il fulcro stesso della procedura in parola, è molto raro che nessun creditore presenti domanda di ammissione al passivo. La mancanza dell'istanza costituisce una dichiarazione di non voler assegnare la regolazione dei rapporti tra i creditori e il debitore alla procedura concorsuale che pertanto cessa di avere alcun senso di esistere. Il termine da considerarsi secondo l'orientamento più affermato in dottrina¹²² è quello dell'art. 16, n. 5 l. fall. in cui si afferma che le domande di ammissione al passivo devono essere tempestivamente proposte rigettando quindi la posizione di altra dottrina che ammette possibilità di estensione dei termini fino a dodici mesi successivi da contarsi dal momento in cui avviene il deposito del decreto che rende esecutivo lo stato passivo ex art. 101 co. 1 l. fall. pur essendo questa proposizione da considerarsi come tardiva con tutti gli effetti che ne conseguono¹²³.

Il pagamento integrale dei debiti previsto all'art. 118, n.2, è una circostanza che può venire in esistenza quando tutti i debiti sono soddisfatti così come tutti i crediti ammessi alla procedura. Non rilevano le modalità attraverso cui è stato raggiunto tale risultato, ci può essere stato un intervento di terzi ovvero si è trovato un punto di incontro da sigillare in un accordo stragiudiziale ad esempio. Di fronte a queste casistiche, che sono per altro una possibilità remota, risulta chiaro che il fallimento non ha ragione di proseguire¹²⁴.

La causa più frequente di chiusura, sebbene lasci tutti i creditori parzialmente insoddisfatti, è invece rappresentata dalla *ripartizione integrale dell'attivo*. Il curatore può procedere alla ripartizione dell'attivo solo quando risulta evidente che non ci siano altre possibilità di accrescere il patrimonio del debitore mentre in passato si ammetteva l'apertura della ripartizione anche quando in pendenza di un processo si presagivano degli esiti di quest'ultimo negativi per la massa¹²⁵. Una volta distribuito tutto ciò che poteva aspirare ad essere diviso il fallimento non può che chiudersi. Qualora vi fossero particolari crediti ammessi con riserva l'art 117 l. fall. prescrive che se al momento del riparto la

¹²² A. IRACE, "Sub art. 118", in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), "La riforma della legge fallimentare", II, 2006, p.728.

¹²³ G. U. TEDESCHI, "Manuale del nuovo diritto fallimentare", CEDAM, 2006, p. 452 ss.

¹²⁴ G. CAPO, "La chiusura e la riapertura del fallimento", in U. APICE (a cura di), "Trattato di diritto delle procedure concorsuali. La procedura fallimentare", vol. II, G. Giappichelli editore, pp. 463-466.

¹²⁵ Sostiene questo orientamento G. U. TEDESCHI, "Della cessazione della procedura fallimentare", in "Le procedure concorsuali. Il fallimento", I, 1996, pp. 1124 ss.

riserva non è stata sciolta allora il curatore dovrà procedere ad un accantonamento delle somme vincolate ma questo non crea ostacolo alla chiusura del fallimento. Qualora la chiusura della procedura sia utilizzata nell'ambito di una impresa che è una società iscritta al registro delle imprese, il curatore dovrà richiedere la cancellazione della società fallita dall'albo, è possibile che se non è il curatore a procedere in tal senso siano gli stessi organi societari a farlo¹²⁶.

Ai sensi dell'art 118, n. 4 della legge fallimentare, infine, il fallimento può chiudersi «*per insufficienza dell'attivo*» cioè per l'impossibilità di soddisfare anche solo in parte i crediti coinvolti nella procedura. Bisogna quindi ricercare dei parametri con cui procedere alla valutazione della consistenza del patrimonio e soprattutto stabilire se la valutazione debba essere fatta sul patrimonio attuale del fallito o se si debba fare una valutazione in una prospettiva temporale futura. L'art. 42 co. 3 l. fall. stabilisce che il curatore possa decidere di non accettare nell'attivo beni acquisiti dal debitore nel corso della procedura se il prezzo pagato per l'acquisizione ovvero per la conservazione non potrà essere realizzato in misura uguale o superiore tramite la vendita del bene stesso. Il problema che sorge è quello di trovarsi di fronte a procedure fallimentari che procedono alla liquidazione del patrimonio del fallito solo per essere in grado di far fronte alle spese generate dal procedimento stesso dimenticandosi di realizzare il fine ultimo della procedura che è il soddisfacimento dei creditori¹²⁷.

La chiusura del fallimento viene decisa a seguito dell'istanza del curatore, del fallito o d'ufficio attraverso un decreto motivato del Tribunale che può essere impugnato in appello e successivamente in Cassazione. Il decreto diventa produttivo di effetti quali la decadenza degli organi preposti alla procedura di composizione della crisi, gli effetti che il fallimento produce nei confronti del debitore e dei creditori i quali rientrano in possesso della capacità di proporre azioni individuali contro il fallito, che rimane comunque obbligato nei confronti dei creditori non totalmente soddisfatti, per ottenere il

¹²⁶ Cassazione 18 aprile 2006, n. 8959, *Il Fall.*, 2006, p. 849.

¹²⁷ R. RIEDI, «*La chiusura del fallimento*», in V. VITALONE, S. CHIMENTI, R. RIEDI, «*Il diritto processuale del fallimento*», G. Giappichelli editore, 2008 pp. 360 ss., è critico sulla riscrittura della norma in parola che, nell'attuale versione, rende difficile la valutazione del patrimonio svolta tradizionalmente dal «*prudente apprezzamento del Tribunale*».

soddisfacimento mancato a seguito della chiusura della procedura di fallimento. I debiti esistenti vengono meno solo in due casi: *i)* l'esdebitazione pronunciata dal Tribunale in casi di meritevolezza del debitore e *ii)* la chiusura della procedura a seguito di concordato fallimentare. Gli effetti si producono dal momento in cui il decreto con cui si dichiara chiuso il fallimento non è più impugnabile¹²⁸.

La chiusura del fallimento comporta la fine dell'esplicazione degli effetti della procedura sul patrimonio del fallito il quale torna ad essere in grado di amministrarlo nuovamente in modo autonomo per la prima volta dopo lo spossessamento avvenuto ex art. 42 l. fall. in conseguenza alla dichiarazione di apertura della procedura stessa; il decreto di chiusura fa inoltre venir meno gli effetti legati alle incapacità personali che sorgono alla dichiarazione di fallimento, mentre non incide sugli eventuali procedimenti penali che sono in corso e che hanno ad oggetto un reato commesso nell'ambito fallimentare. I creditori insoddisfatti in modo totale o parziale possono, a seguito della chiusura del fallimento, esperire nuovamente delle azioni individuali nei confronti del debitore che continua ad essere obbligato nei loro confronti, chiedendo anche solo la parte di interessi maturata fino ad allora qualora fossero stati integralmente soddisfatti nell'arco della procedura concorsuale in relazione alla quota capitale del loro credito¹²⁹. Un limite alla richiesta di soddisfazione del credito tramite azioni individuali può essere individuato nella applicazione dell'esdebitazione nei confronti dell'imprenditore.

In forza del decreto di chiusura del fallimento anche gli organi della procedura decadono dalle loro funzioni restando fermo che, per determinati compiti gli organi del fallimento mantengono i loro poteri come ad esempio nel caso del curatore in presenza di un'impugnazione alla dichiarazione di fallimento¹³⁰.

Entro cinque anni dalla chiusura, se la procedura di fallimento è stata chiusa per ripartizione integrale dell'attivo o per insufficienza dello stesso, il debitore ovvero qualunque creditore può richiedere la riapertura del fallimento qualora nel patrimonio

¹²⁸ G. F. CAMPOBASSO, "Diritto commerciale. Contratti titoli di credito procedure concorsuali". V edizione, UTET giuridica, 2015, pp. 403,404.

¹²⁹ G. U. TEDESCHI, "Manuale del nuovo diritto fallimentare", CEDAM, 2006, p. 464

¹³⁰ S. AMBROSINI, "Chiusura e riapertura del fallimento", in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, "Il fallimento, Trattato di diritto commerciale", diretto da COTTINO, vol. XI, CEDAM, 2009, p. 681.

dell'imprenditore fallito risultassero nuove attività tali da rendere tale azione proficua¹³¹ per un soddisfacimento più completo dei creditori che non avevano visto il loro credito ripagato totalmente. Un ulteriore requisito che deve essere presente al fine della riapertura del fallimento è la garanzia da parte del creditore di procedere col pagamento di almeno il 10% dei debiti vecchi e nuovi. La riapertura del fallimento secondo la gran parte degli autori, ed in linea con l'approccio storico¹³², qualifica la riapertura come una reviviscenza della prima procedura, forti della considerazione che in questa nuova fase non occorre procedere nuovamente all'accertamento dei requisiti oggettivi e soggettivi, alle situazioni giuridiche preesistenti e così via discorrendo, rendendo difficile avallare l'interpretazione in senso contrario che tuttavia è sostenuta da alcuni che basano la loro opinione sulla lettera degli artt. 122-123 l.fall.¹³³

A fianco delle ipotesi appena analizzate e contenute nell'art. 118 l. fall. la chiusura del fallimento può verificarsi anche a seguito di un concordato fallimentare, un istituto collocato agli artt. 124-141 l. fall., e che riduce percentualmente e in modo vincolante per tutti, sulla base di una votazione, il diritto di soddisfazione dei crediti chirografari vantati. Il vantaggio nell'utilizzo di tale procedimento sta nella sveltezza di composizione che si traduce in un esito potenzialmente più proficuo per tutti coloro che partecipano alla procedura.

Il concordato fallimentare ha origini remote già individuabili in epoca romana con l'istituto del *pactum ut minus salvatur* che si collocava nell'ambito delle successioni prevedendo un accordo tra erede e i creditori del *de cuius* per una riduzione dei crediti degli stessi. Tuttavia, è in epoca più tarda che l'istituto comincia a prendere le forme che ha conservato in parte ancora oggi, in particolare prima all'epoca dei Comuni quando il concordato rappresentava l'opportunità per i bancarottieri di evitare le severe pene che erano loro destinate e di soddisfare seppure in parte i loro creditori. Successivamente col *Code de commerce* napoleonico quando si introducono la valenza legante del voto per

¹³¹ L'art. 121 l.fall. utilizza la parola *utile* che secondo la dottrina dominante deve essere interpretata come il vantaggio di riapertura di una procedura concorsuale rispetto alla continuazione dell'azione individuale. In questi termini G. U. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 470 e S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 691.

¹³² La riapertura del fallimento era un istituto contemplato anche nell'abrogato Codice del commercio del 1882.

¹³³ G. CAPO, "Chiusura del fallimento e concordato fallimentare", in *op. cit.*, pp. 489, 490.

ciascuno dei creditori presenti nella procedura e la regolazione sul metodo del suffragio con le relative maggioranze da considerare per ottenere una decisione produttiva di effetti¹³⁴.

La peculiarità del concordato fallimentare sta nel fatto che può essere utilizzato come strumento che permette il salvataggio dell'impresa pur quando questa sia dichiarata fallita e viene sempre più spesso utilizzato come alternativa rispetto al concordato preventivo da cui ha attinto parte della disciplina in relazione alla ripartizione dei creditori in classi di interessi omogenei. Il concordato fallimentare può essere proposto non solo dai creditori ma anche dai terzi facendo spazio così ad un'importante apertura al mercato e un'ampia possibilità di comporre la crisi tramite l'investimento di operatori finanziari specializzati. Se si ritiene che il terzo possa proporre un concordato fallimentare si ammette anche che tale soggetto possa accedere ai fascicoli del fallimento. Gli accessi ai fascicoli sono generalmente regolati dalla legge, ma in questo caso la disciplina fallimentare manca di una norma specifica in tal senso così che ogni Tribunale italiano ha dato via ad una propria prassi nel trattare il caso di specie. Gli interessi in conflitto sono prettamente due: la necessità di riservatezza intorno alla situazione del fallito e dell'impresa in difficoltà, viste le informazioni sensibili che emergono nella trattazione di tali casi e, contrapposto a questo, l'interesse dei terzi a conoscere della situazione in modo da essere in grado di proporre un accordo alla massa dei creditori perché si esprimano col voto sulla realizzabilità o meno dello stesso. Tra i due interessi, dopo la riforma, prevale il secondo pur tenendo conto che l'art. 90 l. fall. prescrive che le informazioni sul fallimento sono riservate fatta eccezione per quei casi particolari, in cui si riconosce l'esistenza di un interesse specifico ed attuale in capo al richiedente, per cui si rimette all'apprezzamento del Giudice delegato previo vaglio del curatore¹³⁵.

¹³⁴ A. DI IULIO, *“Il concordato fallimentare: dalla presentazione del ricorso all’approvazione dei creditori”*, in U. APICE (a cura di) *“Trattato di diritto delle procedure concorsuali. Il fallimento”*, vol. II, G. Giappichelli editore, 2010, pp. 492-494.

¹³⁵ M. FERRO, A. RUGGIERO, A. DI CARLO, *“Concordato preventivo, Concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti”*, G. Giappichelli editore, 2009, p. 313 ss.

Essendo comunque presente il rischio di proporre un concordato meno soddisfacente rispetto al risultato che si potrebbe ottenere con una normale procedura di liquidazione, riveste un ruolo importante la valutazione espressa tramite il voto dei creditori.

La natura giuridica del concordato fallimentare è particolarmente discussa. Ci si chiede cioè se essa debba essere collocata nell'ambito del contratto tra privati ovvero nell'ambito del processo ma si finisce con l'attribuire al concordato fallimentare una natura ora privatistica ora pubblicistica senza che si possa raggiungere un orientamento unitario a tal proposito¹³⁶. Il concordato infatti non figura tra i casi di chiusura del fallimento ma è piuttosto visto come cessazione della procedura fallimentare che trova le sue radici nella volontà delle parti, configurandosi come atto negoziale, e non nella decisione del Tribunale. L'accordo che viene favorito dalla legge si conclude sotto la sorveglianza e per il tramite dell'autorità giudiziaria che controlla ed approva la disciplina decisa dalle parti. Secondo i sostenitori della natura contrattualistica del concordato la sentenza del Tribunale è la condizione che porta l'accordo a produrre effetti a garanzia dei creditori assenti o contrari al contenuto dell'accordo. Si qualifica poi tale accordo sotto il gruppo delle transazioni in cui il debitore si obbliga a pagare una percentuale del suo debito e ne offre garanzia mentre la controparte si obbliga a non chiedere oltre quanto concordato¹³⁷.

Si trova in contrasto con tali teorie la scelta della natura pubblicistica con cui si sostiene che la finalità del concordato è quella di rimuovere lo stato di insolvenza dal mercato per evitare contagi sulle imprese "sane". Oltretutto, l'orientamento in parola rimarca che è necessario l'intervento del Giudice affinché tale procedura vada a buon fine e in dottrina si sottolineano i dubbi sulla possibilità di porre fine ad una procedura quale quella fallimentare, che fa sorgere numerosi effetti in capo al fallito, col solo perfezionamento di un contratto tra le parti¹³⁸.

La proposta di concordato può essere presentata anche prima dell'accertamento del passivo purché il curatore sia in grado, tramite il reperimento di documenti, di stilare una

¹³⁶ G. LO CASCIO, "Il fallimento e le altre procedure concorsuali", IV ed., IPSOA, 2007, pp. 776 ss.

¹³⁷ La tesi contrattualistica è stata per lo più sostenuta dalla giurisprudenza di merito. Si veda Trib. Massa, 3 dicembre 1984, *Il fall.*, 1985, p. 753; Trib. Avezzano, 8 febbraio 1978, *Giur. Comm.*, II, 1979, p. 304

¹³⁸ P. RONCOLETTA, "Del concordato. Art. 124", in P. PAJARDI, V. COLESANTI, "Codice del fallimento", V ed., Giuffrè editore, 2004, pp. 989, 990.

lista di creditori e dei loro crediti in modo tale da formare un elenco sufficientemente soddisfacente che ottenga l'approvazione del Giudice delegato. Il Giudice delegato dovrà in particolare chiedere un parere vincolante al comitato dei creditori, che è stato previamente da lui nominato, e un parere non vincolante al curatore. Dopodiché la domanda, se contiene anche una divisione in classi dei creditori -ma si ritiene che la suddivisione non sia obbligatoria-, sarà sottoposta all'analisi del Tribunale per evitare abusi. La richiesta può inoltre pervenire dal fallito o dalla società cui egli partecipa entro il termine di sei mesi dalla dichiarazione di fallimento e comunque non oltre due anni dalla pronuncia dell'esecuzione dello stato passivo¹³⁹.

A seguito della riforma del 2006 la libertà nei contenuti del concordato fallimentare è molto aumentata e risulta libera dal necessario rispetto di schemi fino a che parte della dottrina è giunta a parlare di *liberalizzazione della proposta*¹⁴⁰. Le proposte possono essere divise in tre gruppi di classificazione: *i*) il concordato dilatorio attraverso cui si sceglie di pagare tutto il credito ma in modo dilazionato nel tempo, *ii*) il concordato remissorio in cui si liquida immediatamente una percentuale del credito privilegiando la sveltezza a fronte della soddisfazione totale; *iii*) e infine la soluzione mista, che risulta essere la più gettonata, vede la proposta di pagamento in una misura inferiore al totale del credito pendente e con un metodo di pagamento a dilazione. Se pure si ammette quindi un allungamento dei tempi di pagamento questi non vengono disciplinati o limitati dalla legge ma semplicemente dovranno essere sottoposti al vaglio del Giudice chiamato a valutare sulla convenienza di tali termini proposti.

Bisogna tener di conto tuttavia che la tempestività nel pagamento dei creditori privilegiati, le obbligazioni della massa e le spese processuali devono essere considerate condizione di legittimità dell'ammissione del concordato. La dottrina non è concorde a tal proposito e altro orientamento¹⁴¹ sostiene che i creditori privilegiati dovranno solamente essere soddisfatti prima di quelli chirografari ma in un tempo anche successivo rispetto alla

¹³⁹ G. P. VILLANI, "Il diritto fallimentare riformato", commento sistematico a cura di G. SCHIANO DI PEPE, CEDAM, 2007, p. 496

¹⁴⁰ E. NORELLI, "La sistemazione dell'insolvenza attraverso il nuovo concordato fallimentare", *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2006, p. 279

¹⁴¹ Rappresentato dalle opinioni di FERRARA e BORGIOLO.

immediatezza richiesta dall'altra corrente interpretativa. Il concordato dilatorio per altro viene ammesso solo in relazione ai crediti chirografari poiché nei confronti dei crediti privilegiati non è ammessa alcuna falciatura, così non è possibile ammettere alcuna dilazione¹⁴².

Il concordato è sottoposto al voto di approvazione dei creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto e, solo una volta approvato, viene portato all'attenzione del Giudice a meno che un creditore appartenente ad una classe votante in modo contrario all'approvazione del concordato non faccia opposizione. È in questo contesto che si fa penetrare nel nostro ordinamento il *cram down* previsto nel *Chapter 11* del *Bankruptcy Act* statunitense, seppure con alcune modifiche e adattamenti¹⁴³.

Il concordato approvato diviene oggetto del giudizio di omologazione davanti al Tribunale che si esprime con decreto non soggetto a gravame¹⁴⁴. Nel corso di tale processo che si svolge con un rito camerale, il Giudice si occupa di controllare la correttezza della procedura adottata senza invece pronunciarsi sul merito dell'accordo votato dalla maggioranza dei creditori. L'esecuzione del concordato è rimessa al debitore stesso o a chi è stato individuato come obbligato principale in sua vece e si svolge sotto il controllo del Giudice delegato, del comitato dei creditori e del curatore. Il procedimento in parola può vedere un'anticipata conclusione in caso di proposizione delle azioni di risoluzione o di annullamento del concordato stesso. Nel primo caso si ha l'inadempimento dell'accordo raggiunto o la non costituzione delle garanzie promesse e il conseguente intervento del Tribunale che pronuncia una sentenza; nel secondo, previsto all'art. 138 co 3 l. fall. si scopre invece che il passivo era stato valutato dolosamente in misura superiore alla realtà con la conseguenza di una nuova apertura della normale procedura liquidatoria del fallimento¹⁴⁵.

¹⁴² P. RONCOLETTA, "Del concordato. Art. 124", in P. PAJARDI, V. COLESANTI (a cura di), "Codice del fallimento", V ed., Giuffrè editore, 2004, pp. 1000, 1001.

In giurisprudenza: Trib. Bari, 4 marzo 1985, *Il fall.*, 1985, p. 1107; Trib. Cassino, 10 febbraio 1989, *Dir. Fall.*, 1990, II, p. 269; Trib. Roma, 28 maggio 1986, *Il Fall.*, 1986, p. 1390

¹⁴³ M. SCIUTO, "La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)", *Giur. Comm.*, I, 2007, p. 566.

¹⁴⁴ Art. 129 co. 4 l. fall.

¹⁴⁵ G. F. CAMPOBASSO, "Diritto commerciale. Contratti, Titoli di credito, Procedure concorsuali", V ed., UTET Giuridica, 2015, pp. 413-414.

2.3 Il reclamo: opposizione all'omologazione

A norma dell'art. 129 l. fall., rubricato *giudizio di omologazione*, una volta scaduto il termine per la votazione del concordato, il curatore comunica con la stesura di una relazione l'esito del voto dei creditori per l'approvazione del concordato al Giudice delegato. Quest'ultimo fissa con decreto un termine non inferiore ai 15 giorni e non superiore ai 30 per la proposizione delle opposizioni che devono essere presentate con ricorso secondo quanto prescritto dall'art. 26 l. fall. che rappresenta l'archetipo delle impugnazioni dei provvedimenti del Giudice delegato e del Tribunale.

L'omologazione può avvenire seguendo due diverse modalità: una è quella di approvazione immediata, sempre a seguito di un controllo sulla regolarità della procedura e dello svolgimento del voto, da utilizzarsi quando non ci sono state proposte di opposizione; l'altra modalità deve invece essere impiegata in caso di opposizioni che abbiano ad oggetto il rito o il merito del concordato¹⁴⁶.

Il Tribunale procederà all'omologazione se hanno votato in senso favorevole al concordato la maggioranza dei crediti ammessi al voto e che tale maggioranza si sia verificata all'interno della maggior parte delle classi di creditori. Sono invece legittimati a proporre il ricorso i creditori dissenzienti, il fallito e *qualsiasi altro interessato* cioè tutti quei soggetti che potrebbero vedere pregiudicati i loro interessi dall'attuazione del concordato.

Il decreto correttivo del 2006 ha riscritto l'articolo 129 eliminando la parte di richiamo esplicito ai commi 5, 6, 7 e 8 dell'art. 26 da cui la precedente versione escludeva il comma 9, che tratta dei poteri istruttori d'ufficio del Tribunale. Attraverso la riscrittura dell'art. 129 l. fall. quindi l'applicazione dell'art. 26 risulta essere totale in presenza di opposizioni al concordato¹⁴⁷.

¹⁴⁶ E. FRASCAROLI SANTI, "Il concordato fallimentare", in A. DIDONE, "La riforma della legge fallimentare". II, UTET, 2009, p. 1393

¹⁴⁷ M. FERRO, "La legge fallimentare. Commentario tecnico-pratico", CEDAM, 2008, p. 261.

Se è pacifico che chi ha votato per l'approvazione del concordato non può accedere alla fase dell'opposizione, si discute se il creditore contrario all'approvazione che fa parte di una classe consenziente all'approvazione concordato sia legittimato a proporre reclamo. La dottrina ritiene che il voto della classe sia vincolante anche per il singolo creditore che all'interno della partizione abbia espresso un parere contrario ma non manca l'orientamento di chi ritiene addirittura incostituzionale, per violazione dell'articolo 3 della Costituzione, la sottrazione di tali soggetti dalla possibilità di adire un Giudice¹⁴⁸. Dando seguito a tale orientamento si nota, infatti, che l'essere confluiti in una classe piuttosto che in un'altra non è altro che l'attuazione di una scelta fatta a monte dal proponente della soluzione del concordato, decisione che risulta essere vincolata solo dalla richiesta di una omogeneità interna alle classi stesse.

La legittimazione all'opposizione è quindi condizionata dalla scelta iniziale del proponente e dalla divisione in classi. L'orientamento prevalente nell'interpretazione della norma in analisi vuole comunque che tutti coloro che dissentono dal contenuto del concordato e che lo abbiano fatto presente votando in senso contrario al momento debito, possano proporre reclamo nei termini stabiliti¹⁴⁹.

In particolare, quando un creditore dissenziente indipendentemente dalla classe in cui egli è confluito nel riparto proposto dal concordato proponga opposizione, il Tribunale è chiamato ad operare una valutazione sulla capacità del concordato di rappresentare la soluzione migliore a confronto con altre diverse ma altrettanto in grado di essere poste in essere. Nel potere di valutazione del Tribunale trova spazio la regola del *cram down* che riconosce in capo al Giudice cui è rimessa la valutazione la possibilità di scavalcare le pretese del creditore dissenziente qualora ritenesse inverosimile una migliore soluzione del caso di insolvenza oggetto della procedura rispetto a quella proposta e rinnegata dal creditore. Si è concordi nell'ammettere però che questa valutazione di convenienza del progetto non debba basarsi esclusivamente sul dato monetario ma debba anche ricomprendere altre realtà concettuali che spesso mal si prestano ad essere compiutamente valutate nella sede di reclamo da parte del Giudice. Tale particolare potere del Giudice

¹⁴⁸ In questo senso S. GIANI

¹⁴⁹ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, "Il diritto delle crisi delle imprese. Le procedure concorsuali", Il Mulino, 2009, p. 293.

viene riconosciuto espressamente dal co. 5 dell'art. 129 solo in relazione all'opposizione di un creditore proveniente da una classe dissenziente, tuttavia considerando che all'opposizione sono legittimati anche tutti gli altri interessati secondo la lettera del co. 2 bisogna riconoscere l'estensione della regola anche al singolo individuo opponente¹⁵⁰.

Il debitore può opporsi invece qualora ritenga che quanto stabilito nel concordato fallimentare lo depauperi in modo eccessivo rispetto a quanto sarebbe necessario per la soddisfazione dei creditori e rispetto a quanto pertanto sarebbe eseguito dando seguito al normale *iter* liquidatorio del fallimento¹⁵¹.

La disciplina per l'esposizione del ricorso prevede un computo dei termini diverso a seconda del soggetto e del ruolo che egli ricopre nella vicenda: *i*) per il curatore, per il fallito, per il comitato dei creditori e per chi ha chiesto o nei cui confronti è stato chiesto il provvedimento il termine è di dieci giorni, decorrente dalla comunicazione o dalla notificazione del provvedimento, *ii*) per gli altri interessati, il termine decorre dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie. Trascorsi novanta giorni dalla deposizione del provvedimento in cancelleria non è più possibile proporre alcun reclamo. Il resistente deve costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza depositando una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto, nonché l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti¹⁵².

Riguardo alle eccezioni e alle censure che possono essere fatte valere nel reclamo si ha l'espresso divieto al comma 5 dell'art. 129 l. fall. di proporre con opposizione all'omologazione questioni concernenti la convenienza economica del concordato mentre sono accettate le rilevazioni di nullità dell'accordo che non potrebbero essere rilevate dal Giudice, la denuncia di violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c., rubricati rispettivamente "*trattative e la responsabilità precontrattuale*" e la "*conoscenza delle cause di invalidità*" del contratto stipulato, ma anche l'alterazione della volontà del creditore per

¹⁵⁰ M. FERRO, "La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico", II, CEDAM, 2008, p. 261.

¹⁵¹ P. FARINA, "Cessazione della vendita forzata: quale tutela per l'aggiudicatario?", *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2006, pp. 625 ss.

¹⁵² Art. 26 l. fall.

errore, violenza o dolo ex 1175 e 1375 c.c. sono ritenuti valide eccezioni da sottoporre all'attenzione del Giudice.¹⁵³

Il giudizio che si richiede al Tribunale con l'opposizione al concordato approvato dai creditori è infatti un giudizio di legittimità sostanziale dell'accordo stesso cioè un giudizio della correttezza nello svolgimento della procedura che presuppone pertanto il rispetto delle norme di diritto comune sulla stipulazione degli accordi e dei rapporti obbligatori. La lesione di tali regole comporta quindi la lesione del diritto soggettivo del proponente motivo per cui il controllo del Tribunale non deve essere limitato alla conformità della procedura con la fattispecie normativa positiva ma deve spingersi oltre così come rimarcato molteplici volte dalla giurisprudenza¹⁵⁴.

Una volta omologato il concordato è ancora possibile proporre reclamo. La competenza per il reclamo viene riconosciuta in capo alla corte d'appello dall'art. 131 l. fall., il gravame è disciplinato con un decreto e non con una sentenza. Il rito si svolge in camera di consiglio ed è ispirato al rito del lavoro in parte per garantire quella celerità necessaria alla risoluzione dei problemi del fallimento in parte per assicurare una coerenza tra la fase del primo grado e l'impugnazione del provvedimento che ne è scaturito così come viene sottolineato nella relazione a commento della sostituzione dell'art. 18 della legge fallimentare¹⁵⁵.

Il ricorso deve essere presentato, rispettando i requisiti minimi richiesti per l'impugnazione della sentenza di dichiarazione di fallimento ex art. 18, nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del decreto presso la cancelleria della corte d'appello dove il presidente, designato il relatore, fissa la data dell'udienza in camera di consiglio entro sessanta giorni dal deposito del reclamo stesso. Il termine per la notifica di tale data è di dieci giorni entro cui le parti possono depositare delle memorie. All'udienza il collegio assume tutte le informazioni che ritiene necessarie per la decisione e procede con l'emissione di un decreto motivato ricorribile per Cassazione. Al fine di

¹⁵³ M. CRISTIANO, "Sub art. 129", in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, "La legge fallimentare dopo la riforma", II, G. Giappichelli editore, 2010, pp. 1786, 1787.

¹⁵⁴ Così la giurisprudenza dei casi Trib. La Spezia, 29 gennaio 2008 disponibile su www.ilcaso.it; Corte d'appello Reggio Calabria, 5 febbraio 2009, *Il Fall*, 2009, p. 840 ss. con nota di R. BELLÈ.

¹⁵⁵ M. FERRO, "La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico", II, CEDAM, 2008, p. 264

dare seguito ai progetti di sveltezza nei riti fallimentari si richiede che le parti si costituiscano almeno dieci giorni prima dell'udienza con il deposito di una memoria contenente la linea difensiva prescelta con i mezzi di prova che si intendono utilizzare e l'esposizione delle ragioni dell'intervento. Nonostante non siano espressamente richiamati i termini a pena di decadenza ex art. 416 co. 3 c.p.c. e 99 co. 7, si devono comunque ritenere applicabili¹⁵⁶.

La natura contenziosa dell'opposizione all'omologazione del concordato preventivo fa ammettere che siano esperibili anche le impugnazioni straordinarie della revocazione e dell'opposizione di terzo¹⁵⁷.

2.4 L'articolo 124 comma 1: termini da osservare per evitare intenti dilatori da parte del fallito.

L'art. 124 della legge fallimentare al suo primo comma prende in considerazione i soggetti legittimati a proporre un concordato fallimentare e i termini entro cui essi dovrebbero agire. In particolare, si riconosce per i soggetti diversi dal fallito la possibilità di procedere attraverso la proposta di concordato anche prima che il decreto che rende esecutivo lo stato passivo sia emesso purché sia stata tenuta la contabilità e le informazioni da essa ricavabili rendano possibile identificare i creditori da sottoporre alla approvazione del Giudice delegato. Bisogna però domandarsi in che modo questa contabilità debba essere stata tenuta affinché la norma in analisi possa essere utilizzata: mentre il precedente testo, modificato nel 2007, qualificava la contabilità come *regolare*; il testo attuale parla solo di *tenuta della contabilità* all'interno della quale si potrebbe far confluire quindi sia la tenuta della contabilità che segue pedissequamente i principi dettati dagli articoli 2214 e ss. c.c. e i principi contabili internazionali che quella che invece non li rispetta e che pertanto pur essendo redatta non risulta corretta e rappresentativa. Si sottolinea quindi come la richiesta ad un accesso anticipato a tale modalità di chiusura del fallimento (come per altro avveniva per l'accesso alle procedure minori) sia subordinata

¹⁵⁶ V. ZANICHELLI, "La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs. 12.9.2007, n. 169", UTET Giuridica, 2008, pp. 374-376.

¹⁵⁷ M. FABIANI, "L'impugnazione del decreto di omologazione nel concordato preventivo", *Il fall.*, 2006, p. 1085.

a che l'imprenditore abbia tenuto delle scritture contabili sostanzialmente corrette. Per quanto attiene invece alle informazioni ricavabili dalla contabilità stessa si ammette sia la possibilità di utilizzare informazioni direttamente provenienti dalla redazione del bilancio, sia informazioni che pervengono al curatore in forza del suo ufficio anche dai contatti con gli altri organi del fallimento¹⁵⁸.

La legittimazione dei soggetti alla proposizione del concordato fallimentare è stata ampliata col "correttivo" della riforma del diritto fallimentare, il D. lgs. 169/2007, che ha esteso la disciplina dell'amministrazione straordinaria al fallimento decretando dunque una separazione con l'istituto del concordato preventivo che attribuisce la proposizione invece al solo debitore in quanto unico soggetto in grado di valutare la superabilità della crisi al momento della proposta del concordato¹⁵⁹.

L'estensione della gamma di soggetti legittimati a proporre la soluzione in parola comporta innanzi tutto che ci possano essere dei concordati che cercano di andare incontro alle esigenze del fallito e concordati che risultano invece apertamente ostili allo stesso. Tuttavia, la previsione si innesta sulla base di una procedura in cui i beni del fallito sono già stati espropriati e che pertanto è possibile che il suo patrimonio venga gestito da soggetti terzi. Secondo l'art. 125 è poi possibile vedere la presentazione di una molteplicità di concordati da parte di soggetti diversi¹⁶⁰.

La dilatazione delle categorie di soggetti che possono proporre il concordato sancisce un ritorno al passato. Già nel Codice del commercio del 1882 infatti si ammetteva la possibilità per il curatore o per la delegazione dei creditori o per tanti creditori tali da rappresentare un quarto del passivo, di presentare una proposta di concordato. Far riemergere l'attenzione ai soggetti che orbitano intorno all'impresa riconoscendo loro un ruolo importante come quello della capacità di proporre un accordo risolutivo della crisi dell'impresa sottolinea oltretutto come l'interesse per le sorti dell'attività e per il mantenimento del valore aziendale vada a coinvolgere effettivamente un ambiente più

¹⁵⁸ M. FERRO, "La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico", II, CEDAM, 2008, p. 247

¹⁵⁹ Con la riforma del 2015 tuttavia anche per il concordato preventivo la legittimazione alla proposta si è ampliato sul modello del concordato fallimentare

¹⁶⁰ A. BASSI, "Il concordato fallimentare", in V. BUONOCORE, A. BASSI, "Trattato di diritto fallimentare", vol. III, CEDAM, 2011, pp. 576, 577.

ampio del solo imprenditore e dei suoi creditori che sono tuttavia riconosciuti come i protagonisti della procedura in parola, in grado di proporre la soluzione allo stato di crisi e di influenzarla col loro voto¹⁶¹.

Il fallito e gli altri soggetti a lui collegati sono sottoposti al rispetto di termini completamente diversi rispetto agli altri soggetti legittimati alla proposta di concordato di cui all'art. 124 co. 1 l. fall: essi possono proporre un concordato solo dopo un anno che sia stato aperto il fallimento ma prima che siano trascorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo a norma dell'art. 97 l. fall.

La previsione di un termine dilatorio iniziale fissato dalla legge ad un anno dalla dichiarazione del fallimento ha due giustificazioni: da una parte sollecitare il fallito ad accedere al concordato, dall'altra prevedere un termine dilatorio iniziale consente lo svolgimento di indagini sul motivo del fallimento ed evita strumentalizzazioni della procedura stessa da parte del debitore. Il concordato fallimentare è individuato come soluzione più rapida rispetto al normale *iter* fallimentare anche grazie alla previsione di tali termini iniziali che rendono la procedura in molti casi maggiormente soddisfacente per i creditori. L'alternativa alla scelta di composizione della crisi tramite accordo infatti prende forma nella possibilità che altri soggetti -i creditori in particolare- possano impossessarsi legittimamente del patrimonio del debitore in forza di una procedura eseguita dal Tribunale in modo officioso e senza che sia richiesto o che venga assegnato al fallito un ruolo attivo nella stessa¹⁶².

La finalità del termine previsto porta con sé l'idea dell'evitare che l'impresa coinvolta nel fallimento possa impostare la procedura con una tattica vantaggiosa solo per l'imprenditore dissestato che si trova a proporre il concordato immediatamente dopo la dichiarazione di fallimento resa con sentenza dal Tribunale, perché così facendo si andrebbe a privare i creditori di un tentativo migliore di soddisfazione che richiede tuttavia un'analisi più approfondita della situazione da parte degli organi del fallimento rispetto a quanto già si conosca nella fase successiva alla dichiarazione di fallimento.

¹⁶¹ E. FRASCAROLI SANTI, "Il concordato fallimentare", in A. DIDONE, "Modelli e tecniche dei processi civili. Le riforme della legge fallimentare", tomo II, UTET Giuridica, 2009, pp. 1374, 1375.

¹⁶² MAFFEI ALBERTI, "Sub art. 124", in "Commentario breve alla legge fallimentare", V ed., CEDAM, 2009, p. 721

Nella relazione che accompagnava la stesura del d.lgs correttivo del 2007, in particolare in relazione all'art. 9 del decreto, si evince che inizialmente il termine previsto per il fallito e i suoi correlati fosse stato eliminato con lo scopo di porre il fallito e coloro che con lui condividono il centro di interessi in una posizione più sfavorevole rispetto agli altri legittimati considerati dall'art. 124 l. fall. pur riconoscendo che il fallito è comunque il primo soggetto ad avere interesse e vantaggio all'accesso al concordato¹⁶³.

Il termine ultimo per la presentazione della proposta di concordato fallimentare da parte di creditori e terzi, che sono legittimati a proporre un concordato entro i termini suddetti, è individuato nel silenzio della legge nella data di chiusura del fallimento.

La previsione del termine finale invece, individuato nell'emanazione del decreto di chiusura del fallimento, ha come esigenza quella di rendere tempestivo l'intervento del fallito o dei soggetti parte del gruppo al fine di scongiurare quella lentezza che è stata storicamente rimproverata alle procedure concorsuali e al fallimento in particolare. Non è ammissibile che il fallimento venga chiuso per uno dei casi previsti dall'art. 118 ed eventualmente riaperto per poi concludersi attraverso un concordato fallimentare.

È noto che la modifica dei termini per la proposizione del concordato, avvenuto con il decreto correttivo del 2007, ha come finalità quella di spingere il debitore verso metodi negoziali della composizione della crisi e pertanto non si spiega come mai tali termini vengano estesi anche alle procedure di fallimento cominciate prima dell'intervento della riforma quando le modalità di risoluzione dei dissesti finanziari in senso negoziale erano piuttosto limitate¹⁶⁴.

Anche alla procedura fallimentare in quanto procedura «contenitore»¹⁶⁵ in cui confluiscono i riti civili, penali, tributari e amministrativi, devono infatti essere applicati i termini previsti dalla l. 89/2001, c.d. Legge Pinto, che riporta la ragionevole durata del processo ex art. 6 par 1 e art. 13 della CEDU anche nell'ordinamento italiano in cui la norma di riferimento in materia è da ricondursi attualmente all'art. 111 della Costituzione.

¹⁶³ V. VITALONE, S. CHIMENTI, R. RIEDI, *“Il diritto processuale del fallimento”*, II ed., G. Giappichelli editore, p. 350.

¹⁶⁴ F. GUERRERA, *“Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare”*, *il Fall.*, 2008, p. 1081

¹⁶⁵ Cass., 31 dicembre 2009, n. 28318, in CED Cassazione 2010.

La problematica che emerge in relazione a questo argomento per la procedura fallimentare sta nel fatto che i soggetti attivi nella procedura concorsuale che potrebbero lamentare l'eccessiva durata dello stesso sono molteplici e con interessi diversi che pertanto sono da sottoporre a termini diversi per la presentazione della domanda di risarcimento: i creditori, ad esempio, potranno chiedere l'accesso al giudizio di equa riparazione pur essendo ancora pendente il giudizio del fallimento laddove per il fallito sarà necessario aspettare il provvedimento di chiusura dello stesso ex art. 118 l. fall. prima di poter agire in tal senso. La ragionevole durata del processo fallimentare deve essere commisurata alla durata dei singoli processi di diversa natura che sono confluiti al suo interno¹⁶⁶.

2.5 (segue) I "correlati al fallito": dubbi sulla possibilità di interpretazione estensiva.

Ripercorrendo brevemente la situazione storica a cavallo del cambiamento sulla legittimazione alla proposta di concordato avvenuta con la riforma del 2006, si nota come prima di questo momento fosse considerato legittimato alla proposta solo il fallito in quanto gli effetti personali, patrimoniali e processuali si producevano solo nei suoi confronti. Il concordato fallimentare risultava essere produttivo di effetti anche in presenza di un'opposizione alla sentenza di fallimento per la rimozione del provvedimento ritenuto ingiusto, tuttavia la situazione di pendenza dello stesso poteva risultare favorevole al debitore che poteva avvalersi dell'esdebitazione o comunque sperare in una composizione più veloce del fallimento stesso. La presentazione di un concordato fallimentare in questa situazione non rappresenta pertanto un'acquiescenza alla dichiarazione di fallimento.

Prendendo ad esame il caso più frequente, cioè quello della proposta che provenga direttamente dal soggetto fallito, l'art. 152 l. fall. disciplina le modalità di approvazione del concordato che vengono nelle società di capitali assegnate alla deliberazione degli amministratori. Adottando tale disciplina tuttavia è necessario tenere d'occhio il tipo di

¹⁶⁶ V. VITALONE, "Il fallimento e la ragionevole durata del processo", in V. VITALONE, S. CHIMENTI, R. RIEDI, "Il diritto processuale del fallimento", II ed., G. Giappichelli editore, 2010, pp. 433 ss.

governance che ogni impresa ha adottato e ripartire così i compiti secondo le disposizioni del Codice civile e del TUF. Se si osserva infatti la possibilità di applicare tale previsione alle s.r.l. ci si accorge di come la materia che è assegnata dalla legge fallimentare alla decisione degli amministratori rientra secondo la disciplina del Codice civile nelle competenze inderogabili dell'assemblea ex art 2479. Un'ulteriore problematica su tale campo va riconosciuta nel computo della maggioranza dei soci delle società di persone, in particolare i contrasti sorgono in relazione al voto e al ruolo dei soci d'opera e dei soci accomandanti, per poter ritenere approvato il concordato ¹⁶⁷.

Il quadro così presentato è stato molto criticato dalla dottrina che sosteneva che questa impostazione altro non fosse che una manipolazione in negativo della lettera della norma: i poteri riconosciuti al curatore infatti risultavano essere compressi, specie nella situazione in cui pur in mancanza della proposta del fallito e quindi dell'*input* alla procedura, egli fosse riuscito ad organizzare una cessione dei beni del debitore in modo da avere un risultato soddisfacente. Il curatore in questo caso non poteva dar seguito alla cessione rimanendo comunque vincolato alla liquidazione proposta dal Tribunale secondo il normale *iter*. Contro questa posizione si assestavano coloro che, in dottrina, riconoscevano la possibilità di aggirare tale ostacolo e di raggiungere il medesimo risultato tramite la vendita in blocco. L'ultima novella consente al curatore mediante accollo o lo scorporo dell'azienda di porre in essere metodi liquidatori innovativi e di raggiungere il medesimo risultato di un concordato mediante riorganizzazione a norma dell'art. 124 co. 2 lett. c) l. fall¹⁶⁸.

Si ritenevano legittimati alla proposizione anche gli eredi che subentrano nelle situazioni giuridiche del *de cuius* al momento della sua morte purché abbiano accettato l'eredità con beneficio di inventario.

¹⁶⁷ V. VITALONE, S. CHIMENTI, R RIEDI, “*Il diritto processuale del fallimento*”, II, G. Giappichelli editore, 2010, p. 353.

¹⁶⁸ F. GUERRERA, “*Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*”, *Il fall.*, 2008, p. 1082

Così come il Codice civile ammette che un terzo si sostituisca nell'adempimento dell'obbligazione, la legge fallimentare ammette che il terzo proponga il concordato fallimentare¹⁶⁹.

La riforma del diritto fallimentare avvenuta col d.lgs. 5/2006 andò ad ampliare in modo sensibile l'ambito dei legittimati alla proposizione del concordato venendo poi nuovamente ridotto l'anno successivo quando venne rimosso da tale elenco il curatore cui non viene più riconosciuta la possibilità di proporre un concordato in modo autonomo.

L'introduzione della possibilità della proposizione di un concordato da parte del curatore era avvenuta col d.lgs 5/2006 ed era stata salutata con opinioni contrastanti: la riforma che toccava il concordato fallimentare spingeva infatti nel senso di riconoscere sempre di più quella natura negoziale all'istituto e ad attribuire pertanto alle parti portatrici di interessi un potere di proposta e voto. Contrariamente a questo indirizzo dichiarato però, si riconosceva ad un organo quale il curatore, che dovrebbe essere imparziale nello svolgimento dei suoi compiti, la possibilità di intromettersi al pari di un portatore di interessi nella risoluzione del fallimento. La parte di commenti che invece vedevano di buon occhio l'introduzione del curatore nella lista dei legittimati alla proposizione del concordato fallimentare faceva leva sulla professionalità e quindi sulla maggior sveltezza e convenienza del piano proposto. Tuttavia, i problemi in questo caso sarebbero sorti in relazione alla qualificazione di equidistanza tra le parti del curatore qualora la sua proposta che inevitabilmente lo avrebbe esposto al favore di una o dell'altra parte non fosse stata approvata¹⁷⁰.

Rimangono legittime e valide le proposte che provengono dal medesimo centro di interessi del fallito che evoca l'idea dei soggetti correlati la cui disciplina deve essere ricercata nell'analisi dell'art 2359 c.c. L'articolo prevede al primo comma *i*) il controllo interno di diritto, vale a dire la situazione in cui versa un'impresa che detiene la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della seconda impresa e *ii*) il controllo interno di fatto, sulla base del criterio dell'influenza dominante con cui si

¹⁶⁹ P. RONCOLETTA, "Del concordato. Art. 124", in P. PAJARDI, V. COLESANTI (a cura di), "Codice del fallimento", V ed., Giuffrè editore, Milano, pp. 992-994

¹⁷⁰ M. FERRO, "La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico", II, CEDAM, Padova, 2008, p. 246

dispone quindi non del pacchetto azionario di maggioranza ma di uno che consente comunque di influenzare l'operato dell'impresa (si pensi ad esempio ad un possesso azionario del 20% delle azioni in un contesto in cui le rimanenti sono polverizzate tra i risparmiatori) e *iii*) il controllo esterno di fatto sulla base di particolari vincoli contrattuali. Il secondo comma ha a che fare con il controllo indiretto e infine il terzo con il collegamento tra società. Il collegamento con la società è legato al concetto di influenza notevole che si presume venire ad esistenza quando una società esercita almeno un quinto dei voti nell'assemblea ordinaria dell'altra impresa ovvero un decimo se si tratta di imprese che operano su un mercato regolamentato¹⁷¹.

La nozione di correlazione tra imprese è espressa nei principi contabili internazionali, conosciuti con l'acronimo IAS (*International Accounting Standards*), in particolare nello IAS 24. Il fine che guida la previsione di una tale norma sta nel fornire protezione agli azionisti di minoranza che si possono trovare coinvolti in manovre aziendali che ledono i loro interessi a vantaggio di quelli degli azionisti di maggioranza che, in quanto tali, mantengono un potere di orientamento dell'impresa.

CONSOB, con la sua delibera n. 17221 del 12 marzo 2010, ha ulteriormente specificato e reso di più facile applicazione il testo dello IAS 24 indicando ad esempio la tipologia di rapporti da considerare al fine di valutare la sussistenza o meno del controllo o delle influenze tra le imprese, riconoscendo ancora una volta che anche i familiari di coloro che ricoprono ruoli di spicco in un'impresa sono soggetti portatori di interessi suscettibili di rientrare nella nozione di parte correlata, e così via discorrendo. CONSOB prescrive trattamenti diversi ed accortezze sull'iter da seguire per l'approvazione di operazioni tra parti correlate (OPC) a seconda dell'entità economica dell'operazione stessa¹⁷².

È chiaro che l'esigenza prevista per il debitore di scoraggiare tecniche dilatorie per l'utilizzo del concordato fallimentare in tempi non consoni per posticipare la composizione della crisi dell'impresa deve essere necessariamente esteso, così come la norma si occupa di fare, ai soggetti che fanno parte del gruppo del debitore stesso. L'art. 124 l. fall. fa mostra del fatto che le imprese collegate o controllate o partecipate o che

¹⁷¹ G. D. Mosco, "Le società quotate. Casebook". Cacucci editore, 2018, p. 262

¹⁷² "Lo IAS 24 e la definizione di parti correlate", 13 aprile 2015, disponibile su www.borsaitaliana.it

più in generale sono legate da vincoli condividono interessi comuni, nonostante il legislatore italiano si sia pressoché disinteressato alla disciplina delle procedure concorsuali da applicare ai gruppi che entrano in crisi in un'ottica di isolamento delle imprese in difficoltà.

Una maggiore attenzione in tale direzione è stata stimolata dal Regolamento (UE) 2015/848, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale UE n. 141 del 5 giugno 2015, in tema di insolvenza transfrontaliera che impone una trattazione unitaria della crisi davanti ad uno stesso Giudice e, nel caso di specie auspicando una collaborazione tra i giudici dei diversi Stati membri di fronte ai quali pendono le varie cause per insolvenza. Tale orientamento è stato assecondato anche dal legislatore italiano che, abbandonando gli sporadici riferimenti alle imprese collegate nella legge fallimentare ha invece dedicato dei capi alla materia nel nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza¹⁷³.

L'estensione del contenuto del concordato, così come già ricordato nei paragrafi precedenti, è ampia e non richiede l'approvazione né del fallito, che è il soggetto direttamente investito dagli effetti del progetto, né del Giudice delegato bensì solo del comitato dei creditori. In questo contesto quindi sorge il problema della sussistenza della natura contrattuale che taluno attribuisce al concordato fallimentare¹⁷⁴.

Non si può parlare di accordo, transazione o contratto con riguardo ad una proposta di concordato che non proviene direttamente dal debitore o che possa essere sostituita da un progetto concorrente proveniente da un creditore che prende decisioni in relazione al patrimonio del fallito. Queste soluzioni aperte alle proposte di soggetti diversi dal fallito sembrano spingere nella direzione della trasparenza nella soluzione delle crisi d'impresa¹⁷⁵.

La presenza del Giudice nel concordato infatti ha la funzione di garantire l'imparzialità del giudizio ma non ha a che fare con l'effettività della valutazione del piano. A ben guardare infatti solo i creditori, su cui si riflettono gli effetti delle scelte compiute sono

¹⁷³ A. FAROLFI, "La crisi dei gruppi alla luce del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza", 22/05/2019, disponibile su ilfallimentarista.it

¹⁷⁴ P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, "Manuale di diritto fallimentare", VII ed., Giuffrè editore, 2008, p. 680.

¹⁷⁵ F. GUERRERA, "Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi, prospettive, anche alla luce del decreto correttivo", *Il fall.*, I, 2007, p. 826.

muniti degli strumenti necessari alla ponderazione e all'approvazione della proposta e sono gli unici che possono dare il connotato di trasparenza alla procedura cercando di esprimere il loro voto senza farsi influenzare dalla peculiarità della propria posizione, esprimendo un parere genuino sulla fattibilità e la soddisfazione dell'accordo proposto. Solo se si pone effettivamente in atto il meccanismo con queste caratteristiche allora si avalla la possibilità di lasciare solo in mano ai creditori l'approvazione del concordato e la produzione degli effetti dello stesso¹⁷⁶.

2.6 La massa dei creditori non vanta un interesse collettivo: il leading case e il precedente orientamento.

Nel fallimento, dove verosimilmente il contesto di insolvenza non garantisce la soddisfazione integrale di tutti i partecipanti alla procedura, i creditori si scontrano in nome dei loro personali interessi, quindi *uti singuli*, giacché è difficile ravvisare un patto tra la massa dei creditori del tutto casualmente formata a protezione di un interesse che per vie traverse interessi tutti i creditori partecipanti. Il conflitto tra i singoli soggetti all'interno della massa dei creditori è naturale giacché ognuno si muove inseguendo interessi individuali e quindi naturali sono da considerarsi i conflitti all'interno della procedura concorsuale in sé, quali tra i più evidenti il conflitto tra debitore e creditori, tra creditori e terzi o tra creditori e creditori¹⁷⁷.

Tra creditori chirografari e creditori privilegiati è evidente che l'interesse dei primi sia quello di rendere il patrimonio dell'insolvente quanto più ampio possibile in modo da cercare di avere una percentuale di soddisfazione maggiore mentre per i creditori privilegiati l'interesse precipuo è senza dubbio quello di realizzare il loro privilegio e pertanto di vedere liquidato il cespite su cui quel privilegio si è assestato senza che però

¹⁷⁶ M. FABIANI, "Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale", *Il fall.*, 2008, p. 1104.

¹⁷⁷ Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274 in *Il Fall.* 2011, pp. 403 ss.

La Corte di Cassazione riprende nella motivazione della sentenza un'espressione del filosofo inglese Thomas Hobbes per evidenziare come al di là dei ruoli svolto dagli organi della procedura ognuno da creditore agisce «*homo homini lupus*».

ci sia un desiderio di collaborazione alla massimizzazione del valore del patrimonio del debitore né tantomeno del ripristino dell'attività imprenditoriale del fallito¹⁷⁸.

I conflitti individuali continuano a moltiplicarsi se oltre allo scontro primordiale del fallimento legato alla massima soddisfazione di ciascuno in un'ottica individuale, si inseriscono anche degli interessi atipici quale quello di mantenere un rapporto contrattuale col fallito ad esempio.

Il precedente orientamento, con cui si negava l'esistenza di un conflitto di interessi nel concordato, è contenuto nella sentenza della Cassazione del 10 febbraio 2011, n. 3274. Il ragionamento su cui si basa questa conclusione è serrato: un interesse esiste solo se può essere riconosciuto in capo a qualcuno, che diventa il titolare dello stesso, ed il conflitto di interessi presuppone a sua volta un centro di interessi collettivo ed uno singolare. Ma, non potendosi riconoscere nella massa dei creditori o nel fallimento stesso una personalità giuridica allora non è neanche possibile riconoscere l'esistenza di un centro di interesse collettivo che entri in contrasto con quello del singolo. Il conflitto di interessi quindi non si considerava come esistente nel campo in esame.

Seguendo la tradizione, la persona giuridica è un ente dotato di capacità giuridica, di capacità di agire tramite i suoi organi e di autonomia patrimoniale perfetta. Al principio dell'Ottocento venne elaborata la teoria della finzione che avrebbe accompagnato la figura della persona giuridica per almeno mezzo secolo¹⁷⁹. Secondo questa ipotesi tutto il sistema giuridico deve essere autorizzato dallo Stato e costruito in funzione dell'individuo e dei suoi diritti, la persona giuridica in quest'ottica altro non è che una finzione legislativa. Allo scadere del secolo invece la teoria di previgente fu sostituita da quella che va sotto il nome di teoria organica e che riconosce alle persone giuridiche il fatto che esse operino per il tramite di individui che attraverso il principio di immedesimazione organica vanno a costituire gli organi dell'ente al quale è possibile quindi riconoscere la capacità di essere centro di imputazione di situazioni giuridiche ma anche di attività giuridiche. Il legislatore ha riconosciuto un trattamento diverso e situazioni giuridiche

¹⁷⁸ A. ROSSI, "Gli interessi nel comitato dei creditori", *Il Fall*, 2010, p. 1122

¹⁷⁹ La teoria è attribuita a SAVIGNY che la spiega nella sua pubblicazione "Sistema del diritto romano attuale", Torino, 1886.

diverse alle persone giuridiche e ai soggetti che materialmente le compongono prevedendo una disciplina in libri separati del Codice civile¹⁸⁰.

La Cassazione, nel motivare la sua decisione, rafforzava il suo orientamento sottolineando come il legislatore non avesse previsto una norma generale in materia di conflitto di interessi ma ne avesse limitato l'applicazione ad alcuni casi ben delimitati (quali gli art. 37-bis co. 2, art. 40 co 4, art. 127 co. 5 e 6, art. 177 ultimo comma) rendendo la partecipazione al voto la norma e l'esclusione dal voto l'eccezione da essere espressamente prevista. La previsione positiva dell'esclusione non è pertanto suscettibile di essere applicata per analogia ad altre fattispecie simili.

Il Giudice di legittimità fornisce poi un esempio definito come *emblematico* del creditore che propone il concordato e si esprime con un voto sullo stesso. Siccome il legislatore, che non poteva non avere presente tale fattispecie, non la ha tuttavia inclusa nei casi di esclusione dal voto allora si può dire che non sussista un conflitto di interessi posto che il creditore nella proposizione rappresenta solo se stesso e non gli interessi della massa¹⁸¹.

Qualche autore già prima della pronuncia di legittimità in esame osservava come il diverso trattamento riservato al proponente-individuo e ai suoi correlati, che vengono espressamente esclusi dalla norma dal potere di voto nel caso fossero i promotori della proposta, non faceva altro che rimarcare l'aperta volontà della legge di non riconoscere nessun pericolo nella situazione emergente da un voto del singolo reso in conflitto di interessi. Questo orientamento si basava anche sull'osservazione che la massa dei votanti era consapevole del conflitto di interessi in corso e che pertanto avrebbero calibrato il voto ricomprendendo anche tale ragione, senza parlare poi dei filtri del curatore e del

¹⁸⁰ R. CARLEO, S. MARTUCCELLI, S. RUPERTO, “*Istituzioni di diritto privato*”, DIKE giuridica editrice, 2014, p. 80

¹⁸¹ Fortemente critico su tale questione il commento alla sentenza di M. FABIANI, “*La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*”, *Giur. Comm.*, II, 2012, p. 303. Anche gli autori che concordano con la Cassazione nell'impossibilità di identificare un conflitto di interessi tra il creditore e la massa sono concordi nel dare per scontata l'esclusione dal voto dei proponenti e dei soggetti a loro riconducibili. Così NORELLI, “*Il concordato fallimentare “riformato” e “corretto”*”, disponibile su www.judicium.it

comitato dei creditori a cui è rimesso il vaglio della proposta prima che questa venga votata dai creditori suddivisi in classi¹⁸².

L'orientamento della Corte di Cassazione sembra anche supportato dalla recente modifica dell'art. 163 l. fall. avvenuta con il d.l. 27 giugno 2015, n. 83 convertito in legge con modifiche dalla l. 6 agosto 2016, n. 132. L'articolo che attiene alla disciplina del concordato preventivo, ammette che il proponente di un concordato concorrente è ammesso al voto seppure in una classe autonoma rispetto agli altri creditori. Così si avalla la teoria secondo cui il creditore proponente non ha alcun interesse in conflitto con la massa dei creditori poiché egli non è espressamente escluso dal voto per l'approvazione del concordato nonostante si riconosca che il suo interesse al minor impegno possibile sia confliggente con quello degli altri creditori al maggior soddisfacimento raggiungibile¹⁸³.

Già in precedenza la Prima Sezione della Cassazione Civile con la sentenza 12/12/2005, n. 27387 aveva sancito che l'esistenza rilevante ai sensi dell'art 2373 c.c. di un conflitto di interessi si ravvisa in materia societaria non in relazione *«agli interessi confliggenti dei soci ma a un eventuale contrasto tra l'interesse del socio e l'interesse sociale»* che deve interpretarsi come *«l'insieme di interessi riconducibili al contratto di società»*. Ma questa situazione non è trasportabile nel diritto fallimentare dove la massa dei creditori è casuale e involontaria e in nessuna occasione si ha una partecipazione del creditore per motivi che esulino il suo bisogno di vedersi riconoscere il pagamento che il debitore non ha effettuato¹⁸⁴.

Riprendendo l'orientamento della Cassazione altri Tribunali hanno dato seguito alla tesi dell'inesistenza di un centro comune di interessi per la massa creditoria, si ricordano in particolare: la decisione del Tribunale di Teramo del 24 giugno 2014 per la quale: *«in sede di approvazione della proposta di concordato (sia fallimentare che preventivo) non è configurabile un conflitto di interessi tra creditori atteso che, nella fase concorsuale, non esiste un interesse del ceto creditorio, inteso come centro autonomo di*

¹⁸² V. ZANICHELLI, *“I concordati giudiziali”*, UTET, Torino, 2010, p. 412

¹⁸³ G. NUZZO, *“Alcune proposte di ‘trapianto’ del diritto straniero in tema di conflitti di interesse dei creditori nel concordato tra disciplina vigente e riforma della legge fallimentare”*, *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 664

¹⁸⁴ Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274

imputazione»¹⁸⁵, la sentenza del Tribunale di Milano, seconda sezione, del 18 gennaio 2011, secondo cui: «*deve escludersi che nell'ambito del procedimento di concordato fallimentare assuma rilievo ai fini del voto la posizione di conflitto d'interessi del creditore che propone il concordato*»¹⁸⁶.

2.7 Il principio del voto di maggioranza come colonna portante del concordato.

La tutela del pluralismo, l'essere liberi di riunirsi in gruppi per perseguire scopi comuni è pienamente garantito in Costituzione all'articolo 2 e negli articoli successivi più nello specifico con le libertà di associazione, religiosa e nei sindacati fino ad arrivare ai partiti politici. Accettando quindi il pluralismo bisogna necessariamente accettare anche il "politeismo di valori" che esso porta con sé. Sebbene sia difficile infatti in un contesto di pluralità trovare un interesse generale o un bene comune il legislatore è chiamato a confezionare norme capaci di tutelare ciascun orientamento con un sistema di bilanciamento dei principi in contrasto tra loro. Solitamente attraverso un confronto tra le posizioni diverse è possibile superare la lotta iniziale per raggiungere una concezione particolare dell'interesse generale¹⁸⁷.

In democrazia la partecipazione, che viene segnalata tramite il gesto del voto, segna la differenza tra la legittimazione delle decisioni che vengono prese e così la non partecipazione solitamente sostituisce il dissenso. Una volta ammesso il principio di maggioranza bisogna stabilire la modalità di conteggio della stessa optando per un metodo per teste o per quote di interesse. È necessario anche stabilire la modalità di espressione del voto, se avvenga in un contesto referendario o collegiale¹⁸⁸

Nel contesto del concordato fallimentare si chiede ai creditori di esprimersi attraverso il voto poiché la proposta che viene loro fatta li vede in genere soddisfatti in misura inferiore rispetto a quanto spetterebbe loro se il debitore non fosse precipitato in un dissesto che lo ha condotto all'apertura di una procedura concorsuale. È necessario pertanto, affinché la

¹⁸⁵ Trib. Teramo 24 giugno 2014, disponibile su <https://www.unijuris.it/node/2476>

¹⁸⁶ Trib. Milano, Sez. II, 18 gennaio 2011, *Giurisprudenza Italiana*, I, 2012, p. 103

¹⁸⁷ R. BIN, G. PITRUZZELLA, "Diritto costituzionale", G. Giappichelli editore, 2014, p. 63

¹⁸⁸ F. SANTI, "Amministrazione e controlli", Cedam, 2010, p. 319

concorsualità della procedura possa verificarsi, che ci sia un incontro tra le volontà dei partecipanti¹⁸⁹.

Nell'originario approccio della legge fallimentare, il principio di maggioranza era ritenuto un passaggio di un procedimento giurisdizionale al termine del quale il Tribunale avrebbe suggellato la proposta con la propria pronuncia. Oggi, al contrario, il meccanismo della maggioranza viene inserito nell'ottica del funzionamento di atti di natura privatistica tipico delle comunità organizzate. La tesi dell'approccio giurisdizionale veniva sostenuta facendo leva sulla eterogeneità dei creditori che possono sottostare alle regole della maggioranza solo qualora instaurino tra di loro un rapporto di mutua strumentalità¹⁹⁰.

La comunità dei creditori è una comunità aperta e involontaria per cui è difficile pensare che questa possa darsi delle regole interne in modo autonomo ma bisogna piuttosto auspicare l'esistenza di una regolamentazione esterna al gruppo. Questo metodo gioverebbe anche in previsione della tutela che deve essere fornita a coloro che facendo parte della massa dei creditori, e quindi sono investiti dagli effetti di ciò che accade e delle decisioni che vengono prese dal gruppo stesso, non hanno partecipato alle stesse perché, ad esempio, non erano stati messi in condizione di farlo. Tuttavia, qualche autore ammette che l'idea della comunità aperta debba essere rigettata a seguito della fase di richiesta di ammissione al passivo, poiché è a quel punto che avviene la scrematura dei creditori che decidono di partecipare alla procedura e coloro che invece preferiscono desistere. In questo contesto quindi non si può non riconoscere che la comunione dei creditori, sebbene ancora mantenga la caratteristica della involontarietà, si identifichi in un gruppo chiuso che divide un interesse comune e strumentale e che pertanto può bene essere governato dal principio di maggioranza¹⁹¹. Secondo altri autori sarebbe meglio continuare a discorrere di comunità invece che di comunione.

¹⁸⁹ V. VITALONE, *“Il concordato fallimentare”*, in V. VITALONE, S. CHIMENTI, R. RIEDI, *“Il diritto processuale del fallimento”*, II, G. Giappichelli editore, 2010, p. 362

¹⁹⁰ G. NUZZO, *“Alcune proposte di “trapianto” del diritto straniero in tema di conflitti di interesse dei creditori nel concordato tra disciplina vigente e riforma della legge fallimentare”*, *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 659

¹⁹¹ M. FABIANI, *“La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo”*, *Giur. Comm.*, II, 2012, p. 305

La comunione a norma dell'art. 1100 c.c. viene ad esistenza nel momento in cui più soggetti, siano essi persone fisiche o giuridiche, sono contemporaneamente titolari del medesimo diritto di proprietà o di altro diritto reale su di un determinato bene anche immateriale. Tra le varie ricostruzioni sulla natura della comunione ha avuto fortuna quella che vede il partecipante come titolare di una quota ideale della proprietà tutta che insiste sul bene in comune e che determina la quantità di diritti e di obblighi in capo a ciascun compartecipe. Anche nella comunione l'amministrazione congiuntiva è sottoposta al principio maggioritario che, come avviene nel caso della massa dei creditori del concordato fallimentare, viene contata non per teste ma per quote¹⁹².

Tenendo conto che il legislatore nel disciplinare l'istituto del concordato si è ispirato al sistema statunitense, si capisce come si sia trasposto anche nel nostro, il meccanismo vigente oltreoceano che prevede l'acquisto della maggioranza dei crediti a prezzi bassi da parte di enti di investimento che in tal modo diventano i creditori più forti, detenendo la maggior parte del credito nonché della maggioranza in sede di voto e che si fanno poi portatori della riorganizzazione del patrimonio del fallito senza essere esclusi dal voto in quanto non riconosciuti da alcuna norma come portatori di interessi in conflitto con l'interesse comune della totalità dei creditori. L'ordinamento italiano ha tuttavia previsto delle modalità per limitare il potere di tali soggetti.

Se il legislatore del '42 era più sensibile al tema della protezione delle minoranze e aveva introdotto un sistema di conteggio anche per teste oltre che per percentuale di credito, oggi si accorda ai creditori che detengono la maggioranza del credito di avere un certo potere decisionale e si bilancia il rischio che essi guidino da soli il procedimento schiacciando la minoranza, che è pressoché priva di tutele, attraverso la previsione di un voto di maggioranza conteggiato non solo sul capitale ma anche sul numero di classi formate. La lettera della riforma del 2006 era poco chiara a riguardo e qualche autore si era spinto ad ipotizzare la possibilità di vedere approvato il concordato dando la precedenza alla maggioranza risultante dal computo del numero di classi favorevole lasciando sullo sfondo il voto contato sulla base del possesso dei crediti. La teoria è stata

¹⁹² R. CARLEO, S. MARTUCELLI, S. RUPERTO, *"Istituzioni di diritto privato"*, DIKE giuridica editrice, 2014, p. 329

rigettata richiedendo la necessaria presenza del consenso prima della maggioranza dei crediti ammessi al voto e solo dopo la maggioranza anche delle classi. In questo modo si introduce il numero dei creditori ammessi al voto come ago della bilancia per l'approvazione del concordato a fianco del più classico sistema della detenzione delle percentuali del patrimonio del debitore. Il sistema così pensato in realtà rende ancora più irrilevante il dissenso dei creditori contrari all'approvazione dell'accordo. Il silenzio inoltre vale come silenzio assenso anche se si potrebbe contestare che una posizione di inerzia sia invece da ricondurre ad un approccio negativo alla situazione in esame. Ogni tratto di questa disciplina fa pensare all'estrema facilitazione che si è voluta riconoscere all'approvazione del concordato come metodo da preferirsi al normale *iter* in Tribunale del fallimento per la composizione della crisi di impresa¹⁹³.

Il problema cardine che si pone nell'utilizzo del principio di maggioranza nel contesto del concordato fallimentare sta nella protezione degli interessi della minoranza. La tutela del credito, che rappresenta il fulcro della procedura stessa, è stata assegnata ad un sistema che volge sempre più alla privatizzazione ma che non è accompagnato dagli strumenti che normalmente affiancano questa modalità di gestione degli interessi vale a dire i principi di buona fede e correttezza, di effettività del consenso e di reazioni ai conflitti di interesse. In passato la tutela era assegnata al Tribunale ma visto che il ruolo del Giudice è stato ridimensionato con le varie opere di riforma, si ritiene che sia necessario ripristinare delle forme di tutela efficaci per il credito della minoranza così da evitare che questi si trovino ad essere espropriati del loro diritto senza potersi opporre. Le soluzioni apportate dalla legge permettono la proposizione di un reclamo o il riesame di un voto che deve essere neutralizzato perché reso in conflitto di interessi ma nonostante questo la tutela accordata risulta scarna. Per poter riconoscere una più efficace tutela alle minoranze sarebbe auspicabile avere un riconoscimento della responsabilità in capo ai soggetti che partecipano alla procedura e la gestiscono¹⁹⁴.

Non si vuole fornire con la suddivisione in classi uno strumento di protezione delle minoranze forte quale quello esterno del Tribunale ma è pacifico che bisogna riconoscere

¹⁹³ P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, "Manuale di diritto fallimentare", Giuffrè, 2008, pp. 697-699

¹⁹⁴ M. FABIANI, "Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe", *Il Fall.*, 2008, p. 9

delle garanzie minime alla minoranza sulle quali possa instaurarsi un corretto e costituzionalmente orientato utilizzo del principio di maggioranza nel contesto contrattualistico.

La modalità di voto nel concordato fallimentare prevede che si esprima materialmente, e che quindi voti, solo il creditore dissenziente e in forza di ciò è ritenuta accettata la proposta che ha ricevuto meno voti negativi. È difficile però effettuare una comparazione tra i voti espressi negativi e il non voto che è portatore di assenso. Si richiede pertanto, al fine di evitare errori e incomprensioni, ai creditori ammessi al voto che si esprimano motivando la loro scelta anche per il voto di approvazione¹⁹⁵.

2.8 La configurabilità del conflitto di interessi.

Il conflitto di interessi è notoriamente una disciplina senza fattispecie in ambito concordatario. L'utilizzo di questa locuzione è tanto diffuso quanto discusso in vari ambiti del diritto accanto a quello delle procedure concorsuali, quello societario ad esempio che pure vede una serie di articoli del Codice civile dedicati alla disciplina degli effetti delle decisioni prese in conflitto di interessi, segnatamente gli artt. 2373 ss.

Il problema del vuoto normativo è sfociato nell'assegnazione di una delega in bianco per la definizione del conflitto di interessi fatta nel contesto della legge delega che ha portato alla redazione del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza. L'approccio alla questione seguito dal legislatore delegato è stato oggetto di diversi commenti da parte della dottrina che si divide da un lato riconoscendo a protezione del contraente debole nella massa dei creditori del concordato ancora la possibilità di far fronte al conflitto di interessi tramite l'opposizione davanti al Tribunale e dall'altro dando voce allo scetticismo riguardo alla scelta di fornire una tutela autonoma ed anche eteronoma. La bozza del Codice della crisi e dell'insolvenza in commento prevedeva infatti sia l'obbligatorietà della formazione delle

¹⁹⁵ V. VITALONE, “*Il concordato fallimentare*”, in V. VITALONE, S. CHIMENTI, R. RIEDI, “*Il diritto processuale del fallimento*”, II, G. Giappichelli editore, 2010, p. 360

classi dei creditori in modo tale da rendere omogenei all'interno di ciascun gruppo gli interessi contrastanti sia un rafforzamento dei poteri del Tribunale¹⁹⁶.

La bozza della riforma Rordorf, cui i commenti sopra citati si riferiscono, prevedeva inoltre un'esplicita definizione di conflitto di interessi all'art. 248 comma 5 definendolo come la situazione che si verifica quando dei soggetti siano «*portatori, per conto proprio o di terzi, di un interesse in conflitto con il miglior soddisfacimento dei creditori, fatte salve le cause legittime di prelazione*»¹⁹⁷. L'inciso che dettava la definizione di conflitto di interessi non è stato approvato nel testo finale. Ciò che è rimasto attorno al Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza è solamente il rinnovato riconoscimento dell'importanza del conflitto di interessi al fine di avere una reale tutela del credito senza che però ci sia stato il superamento dello storico problema definitorio.

È pacifico, comunque, che il conflitto di interessi tra i creditori si configura quando un creditore persegue da una parte la finalità degli altri creditori (vale a dire quella di massimizzare la percentuale di soddisfazione del credito che vanta nei confronti del debitore o di puntare ad un ripristino dell'attività dello stesso perseguendo così il metodo migliore possibile per la composizione del dissesto) ma dall'altra si pone un obiettivo strettamente personale, ulteriore e non condiviso dagli altri. La legge fallimentare fa riferimento al conflitto di interessi in relazione agli organi delle procedure predisponendo chi non può ricoprire il ruolo di curatore (art. 28 l. fall.) o l'astensione dal voto per il membro del comitato dei creditori che versi in conflitto di interessi (art. 40) e persino prevedendo il metodo di sostituzione del curatore e dei commissari rappresentanti della massa dei creditori quando si trovino in una situazione conflittuale (art. 37-*bis*). Al contrario, nei capi dedicati ai concordati la legge fallimentare non fa mai riferimento alla espressione "conflitto di interessi" eppure la sensibilità dell'argomento si evince dal dettato delle regole specifiche che il legislatore fa in relazione al diritto di voto, escludendo alcuni soggetti che sono apertamente in un contesto conflittuale¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Per il primo orientamento CALANDRA BUONAURA, per il secondo R. SACCHI entrambi in "*Verso un nuovo diritto della crisi di impresa?*", *Giur. Comm.*, II, 2016, p. 930 e 935

¹⁹⁷ Schema di d.lgs. Febbraio 2018 per la legge delega 155/2017, art. 248 co. 5.

¹⁹⁸ S. MORRI, F. GIOVANNARDI, "*Il conflitto d'interessi tra creditori nel concordato preventivo e fallimentare*", Focus del 19 dicembre 2016, disponibile su www.ilfallimentarista.it

Il conflitto sorge in contesti disparati ma viene ad avere importanza agli occhi del diritto nel momento in cui si crea uno scontro tra gli interessi raccolti in un autonomo centro e il rappresentante di tale centro.

A fronte della pronuncia della Cassazione, la sentenza 3274/2011, in cui attraverso l'utilizzo di un sillogismo apparentemente inoppugnabile si affermava l'inesistenza del conflitto di interessi nel concordato per mancanza di un centro di interessi comune alla massa dei creditori che non rappresenta giuridicamente un soggetto capace di essere titolare di un interesse, la dottrina si è impegnata a rendere evidente che l'orientamento della Suprema Corte non poteva continuare ad avere seguito. La *pars destruens* ha inizio considerando la soggettività giuridica non solo come la capacità di essere titolari di obblighi e diritti ma anche come idoneità ad essere titolari di un interesse diverso da quello dei componenti del gruppo. Allora l'idea inattaccabile della massa di creditori come ente che non può essere un centro di interessi collettivo viene meno¹⁹⁹.

Oltretutto, il ragionamento della Cassazione è messo in discussione anche in forza di una giurisprudenza consolidata che riconosce nel fallimento un autonomo centro di interessi. Lo si riconosce come tale nella valutazione della sussistenza di un interesse ad agire quando il curatore propone un'azione revocatoria, ovvero quando si valuta l'ammissione di un nuovo creditore al passivo. Quindi, se la massa dei creditori è considerata un centro di interesse unico nei casi appena riportati in esempio allora bisogna ritenerla tale anche nel momento in cui si vota per l'approvazione del concordato²⁰⁰.

L'interesse comune che fa capo alla massa dei creditori va ricercato nel fatto che più soggetti condividono nella loro obbligazione un debitore insolvente e per questa ragione si trovano tutti quanti ad essere sottoposti alle stesse regole della *par condicio* che regolano le procedure concorsuali e a far parte di una comunione a perdere senza che ve ne sia per altro alcuna volontà dei membri della stessa. I comportamenti e gli interessi presenti nella comunione sono però destinati ad influenzarsi l'un l'altro. Ipotizzare l'esistenza di una organizzazione di creditori deve andare oltre alla considerazione degli interessi del gruppo come somma degli interessi di ciascun componente dello stesso. La

¹⁹⁹ G. D'ATTORRE, "Il voto nei concordati e il conflitto di interessi fra creditori", *Il Fall.*, 2012, p. 759.

²⁰⁰ Cass. Sez. unite 28 marzo 2006 n. 7028.

prova di quanto appena detto può essere vista nel fatto che quando si discorre di “azioni contro il fallimento” o “di azioni di massa” si fa chiaramente riferimento a qualcosa che sconfinava il gruppo inteso come mero insieme di più persone, se si contestano degli atti di frode l’interesse protetto è quello dei creditori tutti e non del singolo individuo che appartiene alla massa e così si potrebbero riportare altri numerosi riscontri a sostegno della tesi²⁰¹.

Sebbene non si possa parlare di un’organizzazione ben assestata come quella che si può osservare in una società è ragionevole ammettere l’esistenza di tre indizi che confermano tale visione: il fatto che secondo quanto disposto dall’art. 37-bis l. fall., la maggioranza dei creditori è in grado di portare alla sostituzione del curatore o del comitato dei creditori affermando quindi un potere della massa che è in grado di scavalcare quello del Tribunale, seppure per un tempo ristretto; il secondo indicatore è la responsabilità dei membri del comitato dei creditori anche rispetto agli altri creditori e ai poteri che sono assegnati al comitato che pertanto può essere visto come un organo di rappresentanza, nonostante non venga eletto dai creditori stessi ma nominato; in terzo luogo i creditori sono riconosciuti come gruppo dalla lettera della legge che li separa dai terzi legittimati a proporre un concordato rimarcando il fatto che essi costituiscono un gruppo a sé stante²⁰².

È chiaro come tuttavia ogni creditore cercherà di ottenere quanto più possibile dal concordato in forza di un interesse meramente privato cercando per lo più di far disconoscere il credito altrui a proprio vantaggio considerato che nella maggior parte dei casi la massa attiva non è sufficiente a garantire un soddisfacimento totale di ciascun creditore²⁰³. Questa fase di conflitto si attesta al momento circoscritto di ammissione dei creditori al passivo mentre si vede sorgere un interesse comune al momento successivo dell’approvazione del concordato. Anche tra gli interessi comuni quali possono essere quelli di vedere massimizzata la parte di pagamento a loro destinata e la celerità della procedura, possono sorgere dei conflitti che vengono risolti seguendo quanto avviene in

²⁰¹ G. D’ATTORRE, “*Il conflitto di interessi tra i creditori nei concordati*”, *Giur. Comm. I*, 2010, p. 404

²⁰² M. FABIANI, “*La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato preventivo e fallimentare*”, *Giur. Comm. II*, 2012, p. 304

²⁰³ Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274

ambito societario vale a dire assegnando ad un voto di maggioranza vincolante lo scioglimento dei contrasti interni.

Appurata l'esistenza dei conflitti di interesse interna al sistema stesso del fallimento, anche se non espressamente delineata dalle norme, è necessario analizzare più a fondo la portata degli interessi in parola. L'interesse può essere qualificato come interesse di fatto o di diritto ma assume una portata degna di attenzione nello svolgimento della procedura solo nel secondo caso, posto che, se si considerasse anche il primo si avrebbe un aumento esponenziale di interessi contrastanti tra i creditori rendendo impossibile accedere alla ripartizione in classi omogenee²⁰⁴.

La legge esclude dall'esercizio di voto e quindi dalla possibilità di contribuire attivamente all'approvazione del concordato alcuni soggetti che si trovano in posizioni particolari rispetto al debitore. Tali soggetti sono il coniuge, i parenti e gli affini fino al quarto grado o coloro che sono da meno di un anno aggiudicatari a seguito di un atto giudiziale, o cessionari sulla base di un atto privato, dei crediti di costoro. La *ratio* è quella di evitare un «mercato di voto» e quindi una consapevole influenza della maggioranza da parte del supposto terzo estraneo. Lo stesso ragionamento deve essere seguito con le società controllate o controllanti quella fallita o sottoposte a comune controllo poiché i crediti generati infragruppo sono quelli più consistenti ed è facile guidare il voto di chi si trova coinvolto in una condivisione di uno stesso interesse economico.

Tutti questi casi sono stati riconosciuti come presunzione assoluta di conflitto di interessi contrapposta a quella di non frode legata agli enti che come attività principale svolgono una funzione di finanziamento e quindi di creazione di rapporti creditizi, quali le banche o altri enti finanziatori. L'articolo 124 l. fall. non prende però in considerazione altri soggetti che pure potrebbero essere portatori di interessi contigui e in conflitto con l'interesse comune alla massa dei creditori, come ad esempio il convivente del fallito o il soggetto proponente il concordato. Per costoro non si prevede alcun filtro nel voto dell'accordo come avviene con la disciplina dell'art. 40 l. fall. che prescrive l'astensione dei soggetti che si trovano in conflitto di interessi o di schiudere la loro posizione o

²⁰⁴ G. D'ATTORRE, "Il voto..." op. cit., p. 761

nell'art. 37-bis che invece permette il voto ma non fa rientrare tali soggetti nel computo della maggioranza. La mancanza di previsioni di tale portata è tuttavia così evidente da non potersi considerare una svista del legislatore riformista quanto piuttosto una vera e propria scelta di sistema.

Un altro caso in cui il conflitto di interessi risulta comportare gravi squilibri è quello del conflitto che sorge all'interno del comitato dei creditori, l'organo al cui vaglio è rimesso il progetto di concordato prima che passi attraverso la votazione finale delle classi creditorie. Il comitato dei creditori ha un ruolo fondamentale in quanto è capace, esprimendo un parere negativo sul concordato, di bloccare l'*iter* di approvazione²⁰⁵.

Il comitato dei creditori è investito di una funzione istituzionale ed è chiamato a rappresentare non già gli interessi dei creditori che vi prendono parte bensì quelli comuni dell'intera massa dei creditori. Assume dunque le caratteristiche di un organo terzo. Tuttavia, siccome l'interesse tipico dei creditori in generale non può essere visto come interesse comune alla massa allora è da ritenersi legittimo che i componenti del comitato agiscano prendendo decisioni anche egoiste andando a soddisfare: *i*) primariamente se stessi e *ii*) maggiormente quella parte di creditori con interessi affini ai loro, pur tenendo presente che lo scopo finale del procedimento di concordato è quello di trovare un accordo per la soddisfazione dei creditori tutti.

Presa coscienza di ciò non si può che concludere che affinché l'approvazione del concordato vada a buon fine bisogna che nel comitato dei creditori confluisca una maggioranza capace di rappresentare la massa creditoria. L'organo in esame è nominato dal Giudice delegato prima della verifica del passivo sulla base delle risultanze documentali e conta tre o cinque membri. I componenti del comitato devono essere scelti in modo tale da essere rappresentativi della quantità e della qualità dei crediti della massa ex art. 40 l. fall. I criteri dettati da tale articolo sono però imprecisi e suscettibili di ampie interpretazioni, sembra che però si possa rendere la disciplina meno confusionaria nominando in maggioranza nel comitato quei creditori che si aspettano una soddisfazione

²⁰⁵ M. FERRO, "La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico", II, CEDAM, 2008, p. 251

parziale poiché saranno gli unici a guidare la procedura in modo equilibrato e potenzialmente soddisfacente per tutta la massa creditoria²⁰⁶.

2.9 La divisione in classi del ceto creditorio.

Di fronte alla massa dei creditori bisogna distinguere in «serie» i creditori che poi verranno ripartiti in classi, le quali come espresso negli artt. 124 e 160 l. fall. necessitano di una «posizione giuridica e interessi omogenei» perché confluiscono nello stesso gruppo. Le serie possono essere indicativamente tripartite facendo confluire in una quei creditori che si aspettano una soddisfazione per l'intero, i quali saranno propensi a fare solo lo stretto indispensabile per raggiungere il loro scopo; nell'altra quelli che saranno soddisfatti in modo parziale e che pertanto agiranno in un'ottica di rischio finalizzata a decisioni che comportino la massimizzazione del patrimonio a loro destinato e infine quelli che credibilmente non riceveranno alcunché e che pertanto hanno un'altissima propensione al rischio visto che qualsiasi cosa accada in negativo al patrimonio del debitore si rifletterà sulle serie di rango superiore alla loro senza influenzare la loro prospettiva di soddisfazione²⁰⁷.

I contenuti della proposta del concordato fallimentare sono quanto più ampi e flessibili e devono prendere necessariamente in considerazione due finalità precipue: quella di soddisfare i creditori con tutte le modalità e gli strumenti economici possibili o, dall'altra parte, prevedere la ristrutturazione dei debiti dato che la procedura è una delle soluzioni proposte dall'ordinamento per la composizione delle crisi dell'impresa. Accanto a questi propositi, che devono sempre essere presenti, è possibile²⁰⁸ che il proponente decida di suddividere i creditori in classi in modo tale da accedere a quel meccanismo di differenziazione nel trattamento tra classi diverse in deroga al principio della *par condicio creditorum* così come tradizionalmente viene intesa²⁰⁹.

²⁰⁶ A. ROSSI, «Gli interessi nel comitato dei creditori», *Il Fall.*, 2009, pp. 1125 ss.

²⁰⁷ A. ROSSI, «Gli interessi nel concordato dei creditori», *Il Fall.*, 2010, p. 1124. Il termine «serie» è utilizzato proprio per fare un distinguo con le «classi» di cui agli artt. 124 e 160 l. fall. che presuppongono l'esistenza di caratteristiche precise per potersi configurare.

²⁰⁸ L'articolo 124 l. fall. presenta l'inciso «la proposta può prevedere» dando spazio così alla necessità di capire se la divisione in classi si tratti di un dovere o meno.

²⁰⁹ P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, «Manuale di diritto fallimentare», VII ed., Giuffrè editore, 2008, p. 684

La letteratura si è tuttavia interrogata sull'effettiva libertà del proponente di pensare ad una divisione in classi dei creditori o se al contrario, questa risulti obbligatoria. La conclusione quasi unanime della dottrina nell'interpretazione dell'art. 124 l. fall è per l'inesistenza di un vincolo in capo al proponente per la suddivisione in classi: qualora queste infatti non fossero formate, la tutela ai creditori -e si fa riferimento in special modo ai creditori privilegiati che non sono integralmente soddisfatti dal progetto di concordato- verrebbe assicurata dal vaglio del Tribunale o del perito da questo nominato per il controllo sul procedimento. A fronte di questi orientamenti tuttavia, si individuano le condizioni al verificarsi delle quali è possibile non suddividere la massa creditoria in classi andando a mettere in dubbio quindi l'assoluta libertà che sembra essere riconosciuta al proponente in materia. In particolare, le condizioni sono tre: la prima è che ci debba essere una distinzione solo tra creditori privilegiati e chirografari, la seconda richiede invece che ci sia l'ammissione al voto dei creditori privilegiati incapienti per la parte che viene riconosciuta come chirografaria, la terza condizione è individuata nella modalità di soddisfacimento che deve necessariamente essere un pagamento, in tempi rapidi²¹⁰.

L'articolo 1197 c.c. dispone infatti che tutti i pagamenti devono essere effettuati secondo un adempimento esatto non ammettendo una «prestazione diversa da quella dovuta» anche se pienamente soddisfacente dal punto di vista del valore. Tale previsione è derogabile solo in presenza di un espresso consenso, cristallizzato in un contratto, di colui che deve ricevere il pagamento ad una soddisfazione con mezzi diversi da quelli esatti. In queste situazioni si parla di contratto di prestazione in luogo dell'adempimento o di *datio in solutum*. Trasponendo questi concetti all'ambito della suddivisione in classi dei creditori quindi si arriva a sostenere che il creditore privilegiato può manifestare il proprio apprezzamento all'utilizzo di mezzi alternativi solo se viene ammesso al voto. A rafforzare questo indirizzo si aggiunge anche l'analisi dell'art 1277 c.c. secondo cui i debiti in denaro «devono essere estinti con la moneta corrente nello Stato al momento del pagamento» e con un valore pari a quello del tempo in cui l'obbligazione è stata contratta secondo il principio nominalistico²¹¹.

²¹⁰ L. STANGHELLINI, "Le crisi di impresa tra diritto ed economia", Il Mulino, 2007, p. 225

²¹¹ V. ZANICHELLI, "La nuova disciplina del fallimento e le altre procedure concorsuali", UTET Giuridica, 2008, p. 354

Se si decidesse nel senso di un concordato senza divisione in classi si avrebbe comunque la soluzione dei creditori non omogenei raccolti in una sola classe con il problema di vedere le possibilità di respingimento da parte del Tribunale molto aumentate visto che il soddisfacimento di una classe non omogenea di creditori non consente di differenziare gli interessi economici propugnati da ciascuno. Si propenderà per la scelta della classe unica quando le prospettive del concordato si reggono sul pagamento come unica soluzione della restituzione del credito²¹².

La suddivisione in classi ha radici nell'ordinamento statunitense ed in particolare in quella riforma del 1978 che va sotto il nome di *Bankruptcy Act* che, facendosi portatrice dell'idea della *reorganization* dell'impresa in crisi aveva escogitato con la divisione in classi del ceto creditorio un modo per andare a ristrutturare l'impresa "malata", epurandola dei debiti e dandole una nuova opportunità di fare affari in modo proficuo sul mercato.

Le classi vengono ripartite sulla base della situazione giuridica e sulla base degli interessi economici omogenei risultando così un metodo derogatorio rispetto al principio cardine del nostro ordinamento che è quello della *par condicio creditorum* che si applica tradizionalmente riferendosi a tutti i creditori e non ai gruppi di essi. Il sistema nordamericano è stato adottato da molti Paesi del vecchio continente ed è approdato per la prima volta in Italia in occasione del caso Parmalat. La legge 5 luglio 2004, n. 166 prevede all'articolo 4 la possibilità di dividere in classi i creditori e a quello successivo, il 4-*bis*, disciplina le modalità di approvazione del concordato fallimentare. Il concordato è accettato qualora venga manifestato il voto favorevole dalla maggioranza di ciascuna classe o, in mancanza, se si raggiunga il benessere della maggioranza dei crediti ammessi al voto.

La classe, perché possa essere suddivisa correttamente ai fini della procedura in esame, deve essere internamente omogenea. L'omogeneità è una caratteristica che si fa dipendere dell'oggetto e della natura del credito ma ciò non esclude che sia possibile trovare una classe raggruppata sulla base di un criterio soggettivo anche se, a ben guardare, ha poco senso considerato che uno stesso soggetto potrebbe facilmente essere inserito in due classi

²¹² M. FABIANI, "Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi e obbligatorietà delle classi nei concordati", *Il fall.* 2009. p. 440

creditorie differenti perché vanta nei confronti dello stesso debitore due tipologie di crediti di diversa natura²¹³. Per quanto attiene alla situazione giuridica la partizione avviene in genere prendendo in considerazione l'esistenza di titoli esecutivi oppure no, se il credito derivi da contratto o da fatto illecito, se si tratti di piccoli creditori, finanziatori, lavoratori dipendenti e così via discorrendo ma può essere anche una partizione atipica purché non risulti ad ogni modo arbitraria.

Sul criterio degli interessi omogenei invece si nota una maggiore elasticità avendo la possibilità di dividere i creditori facendo riferimento ai rapporti che intercorrono tra il debitore e il creditore: considerando ad esempio la figura del fornitore che sceglie di continuare a mantenere i rapporti col cliente fallito anche in un'ottica di ripresa delle attività commerciali dello stesso è lecito far confluire tale soggetto in una classe a sé stante cui viene accordato un miglior trattamento. Ciò che emerge dalla situazione così delineata è la volontà del legislatore di passare dalla tutela del singolo credito alla tutela degli interessi comuni ai diversi creditori²¹⁴.

L'idea è quella di dare l'opportunità al debitore di suddividere i creditori nel numero minore possibile di classi, da cui il termine classificazione dei creditori, soprattutto in vista di coloro che si opporranno ragionevolmente alle proposte di concordato fatte. Nonostante sia riconosciuta ampia discrezionalità al debitore nella formazione delle classi si riconosce che il limite inamovibile sia nell'impossibilità di alterazione dell'ordine delle cause di prelazione²¹⁵.

Questo limite viene sancito in forza del fatto che la legge fallimentare ed in particolare le sue riforme sarebbero riconducibili ad una *lex specialis* che nulla prevede in materia di cause di prelazione e che pertanto non ha la forza di modificare un capo del Codice civile posto a disciplinare lo stesso argomento.

La legge fallimentare si esprime sul diritto di voto dei creditori privilegiati segnando il vero passo di riforma nell'ambito del concordato fallimentare nel superamento della

²¹³ M. SCIUTO, "La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)", *Giur Comm.*, I, 2007, p. 578

²¹⁴ P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, "Manuale di diritto fallimentare", VII ed., Giuffrè editore, 2008, p. 836

²¹⁵ S. AMBROSINI, "La suddivisione del ceto creditorio", pp. 200- 203.

disposizione che imponeva, in caso di concordato fallimentare appunto, il pagamento integrale dei creditori privilegiati e delle spese processuali oltre alla previsione di un pagamento del 25% per i chirografari che avrebbe avuto l'effetto di riabilitare il debitore. Il sistema previgente quindi -come si evince da quanto brevemente detto- era molto rigido andando a scontrarsi con le nuove idee di ripristino della società in difficoltà che richiede necessariamente maggiore flessibilità negli accordi tra le parti²¹⁶. Non ci sono invece espresse discipline riguardo alla divisione in classi che pure, come è assodato, riguarda anche i creditori privilegiati.

Si sostiene quindi creditori possono essere considerati privilegiati solo per la parte prevista dall'art. 127 comma 4 della legge fallimentare mentre per quanto supera tale soglia dovranno essere annoverati tra i chirografari.

La macro-classe dei creditori privilegiati è tendenzialmente esclusa dall'esprimersi col voto in relazione al concordato per due motivi: l'interesse di questo tipo di creditori è solo quello di vedere il concordato approvato visto che lo scopo a cui mirano è quello di vedere alienato il prima possibile il bene su cui insiste il loro privilegio e per il fatto che essi devono essere soddisfatti per intero, sebbene nei limiti del valore dei beni gravati.

Al contrario si osserva come nel caso del contesto del fallimento spesso tali soggetti si trovano a non essere integralmente soddisfatti per mancanza di realizzazione del patrimonio del fallito. Ne consegue che i creditori privilegiati devono in questi casi essere degradati a chirografari ed essere ammessi al voto secondo quanto prescritto dagli artt. 124 co. 3 e 127 co. 5 l. fall. L'articolo 124 co. 3 al secondo periodo recita poi «*il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione*» comportando così che fino a che le classi di rango superiore non sono state soddisfatte, quelle inferiori non potranno ricevere alcuna cosa. In altre parole, considerando che la quota necessaria di soddisfazione da assicurare ai privilegiati è fissata dalla legge e dal valore di mercato che permette di ottenere la liquidità necessaria a tal fine, l'interpretazione di tale disposizione considera l'applicazione della norma alla parte eccedente quella fissata dalla legge che il proponente può destinare a ciascuna classe

²¹⁶ P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, "Manuale di diritto fallimentare", VII ed., Giuffrè editore, 2008, p. 683

creditoria: le classi di rango inferiore riceveranno una percentuale non maggiore rispetto ai creditori privilegiati. Non manca tuttavia chi interpreta il comma in esame ritenendo che solo dopo che le classi dei privilegiati hanno ottenuto tutto quanto spettava loro allora si possa procedere con l'integrazione delle classi di rango inferiore rendendo la procedura piuttosto rigida²¹⁷.

In questo frangente quindi, nonostante l'ispirazione tratta dal *Chapter 11*, il legislatore italiano non ha ripreso pedissequamente il principio dell'*absolute priority* che, nonostante si dichiarò come strumento per assicurare a certe classi la "assoluta priorità", può essere compreso qualora ve ne fosse la necessità prevedendo di invertire o quanto meno cambiare l'ordine di soddisfazione²¹⁸ anche scavalcando il *cram down* del Giudice purché ci sia l'accordo di tutte le classi. L'*absolute priority rule* torna ad espandersi invece qualora anche solo una classe di creditori dissenta²¹⁹.

È tra l'altro possibile collocare in classi diverse crediti sostanzialmente omogenei: se la posizione giuridica è la medesima, interviene in questi casi il criterio degli interessi economici che fungono da spartiacque per trattamenti differenziati²²⁰. Il rischio che si corre utilizzando tale partizione è quello di inserire un rendiconto personale del debitore a dare meno ai creditori meno presenti o a quelli meno informati. In altre parole, attraverso questa previsione normativa si «*eleva la furbizia a sistema*»²²¹. Si richiede al debitore che ricorre a questo meccanismo di giustificare il suo operato così da consentire un controllo efficace da parte del Tribunale. La suddivisione dei creditori con interessi uguali potrebbe

²¹⁷ In questo senso V. ZANICHELLI, "La nuova disciplina del fallimento e le altre procedure concorsuali", UTET Giuridica, 2008, p. 357; C. FERRI, "I creditori privilegiati nella disciplina del nuovo concordato preventivo", *Il fall.*, 2006, p. 697

Per la seconda interpretazione G. BOZZA, "La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina", *Il fall.*, 2005, p. 1209; A. PALUCHOWSKY, "I poteri del Tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo, con particolare riferimento alle ipotesi di conversione della procedura in fallimento", *Dir. Fall.*, I, 2006, p. 595.

²¹⁸ L'ordine di priorità di soddisfazione delle classi di creditori nel *Chapter 11* prevede: «*secured claims, priority unsecured claims, general unsecured claims, subordinate unsecured claims, equity, subordinated equity*».

²¹⁹ M. SCIUTO, "La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)", *Giur. Comm.*, I, 2007, pp. 575 ss.

²²⁰ Si fa riferimento all'ampia classe dei creditori chirografari.

²²¹ Riprendendo l'espressione di A. JORIO, "I lineamenti di una nuova...improbabile legge fallimentare", *Giur. Comm.*, I, 2005, p. 358

d'altro canto essere avallata da interessi di convenienza economica, ripartendo quindi i creditori che con più forza rivendicano il loro diritto da quelli «apatiti» comportando così anche una maggiore efficienza in termini processuali²²².

Negli Stati Uniti in cui questa regola è vigente si richiede tuttavia prima di procedere in tal senso il parere positivo di almeno una delle classi di creditori che vengono investite dagli effetti di tale partizione ma essendo la partizione stessa rimessa alla libera scelta del debitore, il problema è facilmente aggirato formando una classe di creditori *ad hoc* potenzialmente influenzata dalla ulteriore partizione di creditori che vantano gli stessi interessi di quelli appartenenti alla classe separata ma che tuttavia costituiscono un gruppo che non ha interesse a contrapporsi alla decisione di frammentazione del ceto creditorio presa dal fallito²²³.

Se in Italia si spinge per la obbligatorietà della formazione delle classi nel concordato è poi necessario apportare una concreta vigilanza contro gli abusi che ne potrebbero discendere. Alla classe unica si contesta infatti di riservare trattamenti uguali a situazioni e interessi creditori differenti ma se la suddivisione in classi è preposta al superamento di tale problematica è necessario che la divisione sia costruita in modo da essere oggettivamente e soggettivamente omogenea dal punto di vista del voto. Questo è destinato ad essere vincolante anche per gli assenti o per i dissenzienti in forza del principio di maggioranza. A questo scopo è imprescindibile avere una trasparente volontà negoziale come colonna portante dell'istituto per evitare che si formino classi il cui scopo è quello di raccogliere il singolo consenso necessario all'approvazione di un piano che ha del raggio²²⁴.

2.10 Intervento del Tribunale e concezione privatistica della divisione in classi.

²²² V. ZANICHELLI, “La nuova disciplina del fallimento e le altre procedure concorsuali”, UTET Giuridica, 2008, p. 353

²²³ BIENENSTOCK, “Bankruptcy reorganization”, in *Practicing law institute*, New York City, 1987, p. 620

²²⁴ M. FABIANI, “Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi e obbligatorietà delle classi nei concordati”, *Il fall.* 2009. p. 442

La riforma della legge fallimentare ha esaltato la così detta “privatizzazione” nella composizione della crisi d’impresa che si evince sia nell’ampliamento della gamma delle soluzioni adottabili sia nella marginalizzazione del ruolo del Tribunale a favore del ruolo del curatore, del comitato dei creditori e della massa dei creditori. Nonostante il ruolo del Giudice sia stato ridimensionato e messo in qualche modo da parte nella riscrittura della procedura in parola, in realtà si possono individuare tre diversi momenti in cui il concordato viene valutato: due volte dal comitato dei creditori -nella fase di stesura del concordato e nella fase finale di approvazione col voto- e dal Tribunale nel caso in cui si proponesse opposizione. Il Giudice conserva una parte di controllo sull’*iter* del concordato fallimentare²²⁵.

Sussiste un profilo conflittuale intorno al ruolo che viene assegnato al Giudice nel concordato fallimentare: in primo luogo viene negato al Giudice delegato ogni intervento di merito sulla convenienza della proposta salvo poi assegnare al Tribunale questi stessi compiti nella fase preliminare di accettazione della proposta e poi nuovamente in fase di omologazione a fronte di opposizioni. In particolare, a norma dell’art. 125 l. fall. il Giudice delegato, che pure dirige la proposta, è tenuto a chiedere il parere tecnico del curatore avendo un puntuale riguardo rispetto alla comparazione degli effetti di attuazione del piano liquidatorio e di quelli che emergerebbero se si desse invece attuazione al concordato. Non si tratta di un giudizio sulla fattibilità del concordato ma piuttosto si tratta di un parere da guardarsi come fonte di informazione per i creditori chiamati al voto. Si riconosce così in capo all’organo rappresentativo dei creditori un potere di veto valorizzando massimamente e la caratterizzazione negoziale della procedura e l’autonomia privata. Tuttavia, se il Giudice dovesse ravvisare già in questa fase una lesione di una norma imperativa oppure una frode nel concordato che i creditori ritengono suscettibile di approvazione, egli è tenuto a bloccare la prosecuzione della procedura²²⁶.

Il Giudice delegato deve a questo punto raccogliere anche il parere favorevole del comitato dei creditori che rappresenta il momento fondamentale perché la procedura

²²⁵ L. STANGHELLINI, “*Sub art. 124*”, in A. JORIO, M. FABIANI (a cura di), “*Il nuovo diritto fallimentare*”, Zanichelli editore, 2007, p. 1963

²²⁶ G. MINUTOLI, “*Quale futuro per il Giudice delegato (la riforma del diritto fallimentare tra pretese di efficienza ed emarginazione della giurisdizione)*”, *Il Fall.*, 2005, pp. 1466 ss.

possa effettivamente continuare. Qualora il parere del comitato fosse negativo impedirebbe l'onere di comunicazione del Giudice delegato andando di fatto a bloccare la procedura di approvazione dell'accordo. Diversamente da quanto prescritto per il parere del curatore -che incontra il suo limite nella comparazione degli effetti della liquidazione giudiziale-, il comitato dei creditori esprime un parere che è libero da vincoli. Questo approccio non può però essere condiviso perché non si può non tenere presente nella valutazione che l'espropriazione del patrimonio del debitore ha come finalità il soddisfacimento, anche proporzionale, delle ragioni dei creditori. L'aggirare tale principio porterebbe alla incostituzionalità della norma in esame e alla violazione dell'art. 8 CEDU che riconosce il diritto alla disposizione dei propri beni²²⁷.

Il Giudice si esprimerà a sua volta per ultimo solo sulla legittimità dell'accordo e non sulla convenienza. Il comitato e il Giudice svolgono entrambi un controllo sulla capienza e sulla qualità delle informazioni che vengono trasmesse ai creditori chiamati al voto e possono entrambi chiedere integrazioni o ulteriori pareri tecnici, tenendo sempre presente che l'analisi del Giudice non si spinge sulla fattibilità del piano²²⁸.

L'art. 125 co. 3 l. fall. accorda al Tribunale un potere di controllo preliminare sulla formazione delle classi. L'esame si traduce necessariamente anche in un controllo di convenienza sul concordato in modo tale da non incentivare le proposte di opposizione in sede di omologazione. Nella fase della convalida quindi se non è stata proposta alcuna opposizione al concordato, il Tribunale procede con l'omologazione ma se il comitato dei creditori ha espresso un parere contrario allora il Giudice dovrà intervenire per un controllo sul merito limitatamente al parere negativo espresso dal comitato dei creditori in relazione agli avvenimenti accaduti tra la proposta e la votazione stessa. Nel caso in cui invece si presentassero opposizioni, il controllo del Tribunale si estende al merito in generale e si utilizzeranno i mezzi istruttori disposti dalle parti o quelli d'ufficio del Giudice. Si riconosce quindi al Tribunale ancora un ruolo di tutela degli interessi costituzionalmente garantiti, almeno negli snodi più importanti della procedura nei casi in cui si ritiene necessario avere una fase di contraddittorio tra le parti. Il Tribunale ha il

²²⁷ M. FERRO, "La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico", II, CEDAM, 2008, p. 251

²²⁸ P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, "Manuale di diritto fallimentare", Giuffrè, 2008, pp. 690-694

potere di omologare il concordato anche se un creditore proveniente da una classe che è invece consenziente all'approvazione del concordato abbia espresso il suo personale dissenso. Si tratta della mutuaione dell'istituto nordamericano del *cram down*²²⁹ accolto nella l. fall. nell'articolo 129 comma 5²³⁰.

La necessità di varie fasi di controllo assegnate a soggetti diversi emerge dal fatto che essendo la procedura dell'accordo in esame incardinabile nell'ambito degli atti privati è facile che i creditori forti utilizzino, nel proporre il concordato, delle manovre opportunistiche a proprio vantaggio e a scapito dei contraenti deboli; questi ultimi infatti non trovano protezione nel sindacato del Giudice ma nel voto dei creditori stessi. Il voto dei creditori potrebbe essere ritenuto una valida protezione solo se venisse reso in modo imparziale e trasparente. Nella schiera dei creditori forti bisogna collocare coloro che hanno svolto un monitoraggio sulla situazione del debitore e che, grazie a tale controllo continuo, sono riusciti a dare attuazione a piani anticipatorii atti a ridurre il proprio rischio rispetto a quello accettato dagli altri creditori che pertanto saranno annoverati tra i creditori deboli. Per chiarire la questione si pensi al caso di una banca che ravvisando lo stato di crisi del soggetto che sta finanziando richiede al debitore garanzie solo a proprio vantaggio.

Il controllo del Tribunale si assesta su un controllo di regolarità formale della procedura ed è penetrante arrivando a pronunciarsi sulla protezione del diritto soggettivo dei creditori. Se il voto nel concordato è riconosciuto come piena espressione dell'autonomia privata della procedura, allora bisogna porre alla base di tale concezione le condizioni che debbono verificarsi affinché possa effettivamente riconoscersi un'autonomia privata, vale a dire: *i*) un'informazione chiara, corretta e piena dei creditori, così che votino consapevolmente; *ii*) una distribuzione dei creditori in classi omogenee portatrici dei medesimi interessi così che il principio di maggioranza sia applicabile e vincolante per

²²⁹ Si ricorda che secondo la disciplina del *cram down* il Giudice è autorizzato a scavalcare il dissenso di alcuni creditori al fine di evitare inutili ostruzionismi alla procedura di approvazione e omologazione del concordato fallimentare.

²³⁰ E. FRASCAROLI SANTI, "Il concordato fallimentare", in A. DIDONE, "Le riforme della legge fallimentare", 2, UTET Giuridica, 2009, p. 1393

ciascuno dei componenti della massa. È solo in forza del rispetto di tali requisiti che può giustificarsi la sottoposizione della minoranza alla scelta dei più²³¹.

Il Tribunale procede dunque alla verifica del numero adeguato di classi perché non figurino classi diverse che condividano il medesimo interesse né che vi sia una classe all'interno della quale gli interessi siano contrastanti. Si procede cioè ad una verifica anche nel senso di non ammettere una moltiplicazione artificiosa delle classi. A tale tesi si potrebbe controbattere tuttavia che l'intervento del Tribunale non può mettere in dubbio l'autorità del proponente che in tali situazioni agisce come *dominus* scegliendo se riservare trattamenti uguali o differenziati alle categorie di creditori divisi in classi, sempre tenendo presente che le cause di prelazione richiedono necessariamente un trattamento differenziato²³².

Bisogna ammettere che a classi diverse possa essere riconosciuto un trattamento uguale purché si verifichi il raggiungimento delle maggioranze previste all'art. 128 l.fall. Questa lettura della normativa rigetta l'idea che l'art. 3 Cost., in cui si sancisce il principio di uguaglianza, presupponga che nessun privato possa imporre giuridicamente ad un altro privato le proprie scelte poiché se si accogliesse tale orientamento allora si metterebbe in dubbio la legittimità costituzionale delle decisioni autoritarie private che pure comprendono il consulto della maggioranza²³³.

Siccome il voto della classe è vincolante per tutti coloro che appartengono a quella classe, è necessario postulare l'esistenza di un interesse comune che deve, per rendere la decisione produttiva di effetti nei confronti di tutti, essere verificato dal Tribunale nei criteri di corretta formazione o non formazione delle classi. La valutazione del Tribunale è affiancata e guidata dalla motivazione che deve essere allegata ex art. 124, comma 2, lett. b) l. fall. a fronte di una formazione di classi distinte di creditori che si ritiene avere interessi incompatibili. La protezione fornita in questo modo al creditore debole è blanda poiché laddove un creditore in conflitto di interessi, che è sottoposto al rispetto dei principi di buona fede e correttezza che presidiano gli atti di autonomia privata, non è

²³¹ R. SACCHI, "Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria", Allegato, *Il Fall.* 2009, p. 32

²³² R. SACCHI, "Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza", *Il Fall.*, 2009, p. 1069

²³³ C. M. BIANCA, "Le autorità private", E. Jovene, 1977, p. 4

tenuto a denunciare la propria situazione di conflitto è possibile che il Tribunale non possa rilevarla ed imporre quindi una nuova partizione delle classi creditorie. Certamente a fronte di questo rischio vi è il riconoscimento del risarcimento del danno a favore del creditore danneggiato dall'omertà del soggetto in conflitto di interessi²³⁴.

Il Giudice nel concordato fallimentare ha il potere-dovere di intervenire a tutela degli interessi garantiti dall'ordinamento e comporta tramite la sua influenza un equilibrio tra gli organi della procedura e le diverse nature istituzionali e privatistiche che si incontrano nel fallimento.

La già richiamata privatizzazione nel sistema del concordato ha come risvolto negativo quello di non riconoscere un'adeguata protezione ai creditori deboli o a quelli che non hanno potuto partecipare alla procedura. I creditori che hanno più potere in questo contesto è probabile che cercheranno di differenziare il proprio rischio rispetto a quelli deboli ponendosi nella posizione del contraente forte e imponendo al debitore il perseguimento di una certa strada piuttosto che un'altra nella composizione della crisi. L'unico modo per evitare il verificarsi di tale situazione sarebbe quello di prevedere un sistema capace di far condividere i risultati positivi del monitoraggio dei creditori che detengono una fetta cospicua del credito con l'intera massa dei soggetti che aspira ad una soddisfazione dell'obbligazione contratta. Tuttavia, sul punto le riforme del legislatore hanno portato alla creazione di strumenti che operano in tutt'altro verso²³⁵.

2.11 Parallelismi e differenze tra il trattamento del conflitto di interessi nel voto societario e nel concordato fallimentare.

L'impossibilità di configurare positivamente un conflitto di interessi nell'ambito delle procedure concorsuali non è da ricondursi solo alla inesistenza di una norma positiva che ne parli, ma anche uno scontro sul piano logico con l'idea di un concorso tra creditori. Questo fa sì che sia impossibile traslare le modalità pensate per la risoluzione del conflitto di interessi in ambito societario anche nell'ambito fallimentare. Se anche il fallimento

²³⁴ *Id.* p. 35

²³⁵ R. SACCHI, "Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza", *Il Fall.*, 2009, p. 1064

non sia riconducibile ad un autonomo soggetto di diritto dotato di capacità giuridica come sono le imprese, è comunque ravvisabile in esso un autonomo centro di interessi distinto da quello dei suoi componenti²³⁶.

Quando si fa riferimento al conflitto di interessi nella società si parla del contrasto tra un interesse che ha radici al di fuori del rapporto sociale del socio e un interesse legato invece al rapporto sociale stesso. Quest'ultimo deve ricondursi, secondo l'approccio contrattualista al problema, alla causa del contratto sociale come l'interesse comune dei soci e non come invece un interesse imputabile ad un soggetto giuridico diverso. Secondo l'approccio istituzionalista, invece, l'interesse sociale deve essere visto come un incontro tra l'interesse dei soci tutti e altri interessi esterni, generalmente quelli degli *stakeholders*²³⁷.

Il Codice civile all'art. 2373 si occupa della disciplina degli effetti del conflitto di interessi del socio in assemblea. L'interesse personale in questo caso deve essere ricondotto al conseguimento di un vantaggio particolare da valutarsi in concreto, che vada contro l'interesse di altri soci e si fondi su un rapporto esterno a quello con la società. Non si può dire che sussista un interesse del socio per motivi meramente psicologici quale inimicizia o valutazioni di atteggiamenti da parte di altri soggetti coinvolti²³⁸.

La disciplina del conflitto di interessi è centrale nel contesto societario perché evidenzia come gli azionisti di maggioranza debbano esprimere la loro posizione avendo come obiettivo il benessere della compagine sociale e non il loro interesse personale. Per rimarcare l'importanza di tale strumento e verificarne l'effettiva funzionalità, gli ordinamenti hanno inserito un sistema di premio di maggioranza. Secondo un autorevole scrittore americano²³⁹, per fronteggiare il conflitto di interessi possono essere adottate tre diverse soluzioni alternative: *i*) la previsione di un assoluto divieto di esercitare il diritto di voto, *ii*) evitare il conflitto attraverso lo spostamento della competenza al voto in capo

²³⁶ G. D'ATTORRE, "Il voto nei concordati e il conflitto di interessi fra creditori", *Il Fall.*, 2012, p. 757 ss.

²³⁷ G. COTTINO, "Contrattualismo e istituzionalismo (variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)" in *Rivista delle Società*, 2005, pp. 693 ss.

²³⁸ D. PREITE, "Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio", in G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE, "Trattato delle società per azioni", 3, UTET, 1993, p. 123

²³⁹ Si fa riferimento a Z. GOSHEN.

ad un organo superiore²⁴⁰, ovvero *iii*) istituire un sistema di controllo sul corretto esercizio del voto del soggetto in conflitto di interessi senza che egli sia sollevato dall'esprimersi in assemblea.

È necessario capire se tali norme che disciplinano il come fronteggiare il conflitto di interessi nell'ambito societario siano da collocarsi tra le norme di comportamento o tra le norme di invalidità. Se appartenessero alle norme di invalidità facilmente si intuirebbe che un voto reso in conflitto di interessi comporterebbe una deliberazione assembleare invalida mentre se si abbracciasse, al contrario, l'idea delle norme sulla modalità di trattamento del conflitto come norme di comportamento allora la conseguenza della loro lesione diverrebbe il risarcimento del danno. In passato, dopo la riforma del diritto societario del 2003, all'unanimità l'art. 2373 c.c. veniva collocato tra le norme di validità stabilendo quindi che l'assemblea che veniva deliberata con un voto in conflitto di interessi era invalida. Tale impostazione vede le sue fondamenta in diversi e molteplici principi che si amalgamano e provengono da una lettura basata su idee ancorate al passato. Tra queste si riportano la concezione Ottocentesca secondo cui gli «*atti corporativi*» rientrano nel piano oggettivo della formazione della volontà del gruppo e fuoriescono dall'ottica del rapporto contrattuale dei soci; ovvero l'idea che il socio attraverso il voto esprima solo il proprio interesse. Questa lettura è contraddittoria poiché se si ammettesse tale teoria, allora non si potrebbe neanche configurare il conflitto di interessi. Infine, gioca un ruolo centrale la dibattuta natura della società come istituzione o come contratto. Nel primo caso il voto si atteggia a potestà, vale a dire a voto-funzione, da esprimersi in favore di un interesse oggettivo e superiore a quello immediatamente percepibile dei soci; mentre nel secondo caso la tutela risarcitoria fa da baluardo alle eventuali lesioni degli accordi presi nel contratto sociale²⁴¹.

La necessità di sicurezza sul mercato e di ritenere valide le decisioni prese in assemblea senza timori per eventuali rimozioni degli effetti delle stesse ha spinto a confinare la invalidità a pochi casi preferendo invece la responsabilità contrattuale. Nel disciplinare l'impugnabilità della delibera resa in conflitto di interessi al fine di vederla annullata, il

²⁴⁰ Questo passaggio prende il nome di *majority of the minority rule*.

²⁴¹ F. D'ALESSANDRO, "Conflitto di interesse tra socio e società", *Giur. Comm.*, I, 2007, pp. 7-8

legislatore ha permesso solo al socio o al gruppo di soci che raggiungono una soglia minima di azioni attestata solitamente ad una quota superiore al 5% delle azioni di agire per l'attuazione di tale rimedio. Assecondando questa nuova interpretazione dell'art. 2373 c.c. che colloca l'articolo sia tra le norme di comportamento -prevedendo il risarcimento del danno in caso di violazione del divieto- che tra le norme di invalidità -prevedendo la annullabilità della decisione assembleare presa col voto determinante di colui che si trova in conflitto di interessi-, si incorre in vari problemi legati alla legittimazione passiva e attiva, al coordinamento dei rimedi nel caso in cui non si raggiunga la soglia minima prevista per il ricorso e al dubbio che sorge in relazione alla qualificazione della responsabilità: se sia da collocarsi nel novero della responsabilità aquiliana o in quello della responsabilità contrattuale²⁴².

Tuttavia, negli ambiti di applicazione dell'art. 2373 c.c., anche laddove applicato per analogia come ad esempio in materia di condominio o di associazioni, si ritengono illegittime le deliberazioni assunte in presenza di soggetti i cui interessi siano in contrasto con quelli dell'ente mentre invece il conflitto tra i partecipanti singoli non rilevano a tal fine. Il motivo è ravvisabile nel parere dei giudici di merito secondo i quali il conflitto di interesse si dirime nei rapporti plurilaterali mediante l'incontro della volontà delle parti mentre negli atti collettivi mediante la sottoposizione di tutti i partecipanti all'esito vincolante del voto di maggioranza che fa prevalere l'interesse intorno al quale i più si stringono. Nel concordato però la situazione che si prospetta è radicalmente diversa giacché i partecipanti al voto sono tutti posti sullo stesso piano negoziale e devono, attraverso il loro voto, formare un atto collettivo. L'esistenza di molteplici interessi atipici, vale a dire quelli altri rispetto alla semplice necessità di vedere il proprio credito soddisfatto, risulta quindi un fattore normale nel procedimento concorsuale e viene regolato grazie al meccanismo del voto di maggioranza²⁴³.

Per arginare il problema del voto reso in conflitto di interessi sono previste fondamentalmente due tecniche: *i*) la sterilizzazione del voto, da utilizzarsi quando coloro

²⁴² *Id.* p. 12

²⁴³ G. NUZZO, "Alcune proposte di 'trapianto' del diritto straniero in tema di conflitti di interesse dei creditori nel concordato tra disciplina vigente e riforma della legge fallimentare", *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 663

che hanno diritto al voto vantano diritti atipici che contrastano tra loro; ovvero *ii*) compiere una divisione in categorie meno popolose utilizzando dei criteri più selettivi in caso di eccessiva eterogeneità nelle classi. Al primo rimedio può essere affiancato quello del diritto societario previsto dall'art. 2373 c.c.²⁴⁴, la seconda modalità è invece sovrapponibile all'art. 2376 c.c. in cui si prevede che se esistono categorie speciali di azioni e con la delibera dell'assemblea ordinaria si intacca l'interesse di anche solo una di esse, la decisione deve essere ulteriormente approvata anche dall'assemblea speciale dei soggetti che appartengono alla categoria danneggiata, che risponde alle stesso regole dell'assemblea straordinaria²⁴⁵.

Nella disciplina del concordato fallimentare manca una norma che espressamente preveda la sterilizzazione del voto in presenza di interessi contrastanti in capo al votante seppure le sezioni unite della Corte di Cassazione abbiano interpretato le norme esistenti in tale senso con la pronuncia 17186/2018. Ciò che emerge dalla spinta in senso privatistico della riforma del fallimento è che il legislatore non abbia previsto metodi adeguati alla protezione dei facenti parte della massa creditoria che si muove secondo stimoli di natura negoziale privata.

Il legislatore avrebbe dovuto tenere in conto il riconoscimento e l'approfondimento di cui gode il tema del conflitto di interessi e della tutela delle minoranze nell'ambito societario e mutuarne la disciplina *mutatis mutandis* nella riformulazione della votazione nel concordato. Nonostante questa considerazione, i risultati che non sono stati raggiunti tramite la riscrittura delle norme possono essere realizzati in via interpretativa, applicando per analogia anche al concordato le norme che si occupano di gestire il voto in conflitto di interessi²⁴⁶.

Il fatto che il testo della legge fallimentare sia così scarno dal punto di vista della disciplina del problema del conflitto di interessi e che non permetta l'applicazione delle norme per analogia fa sì che non si possa attribuire al Giudice delegato il potere di

²⁴⁴ Guidato dalla stessa *ratio* anche l'art. 107 co. 1 lett. b) del TUF in materia di voto per l'approvazione dell'o.p.a. preventiva.

²⁴⁵ R. SACCHI, "Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria", Allegato, *Il Fall.*, 2009, p. 32

²⁴⁶ R. SACCHI, "Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza", *Il Fall.*, 2009, p. 1067

escludere alcuni soggetti dal voto se non identificati previamente dall'art. 127 l. fall. Un potere di controllo preventivo così penetrante non è previsto neanche dall'art. 2373 c.c. che propende piuttosto per la soluzione dell'annullamento *ex post* del voto reso in conflitto di interessi se presenta le qualità di essere stato determinante per l'approvazione della delibera e che quella delibera sia dannosa per la società²⁴⁷. Qui si innesta quindi la problematica della portata del controllo del Giudice sul concordato, se si debba cioè spingere fino ad un controllo sulla fattibilità dell'accordo al fine di individuare in esso l'elemento dannoso che occorre per poter procedere con l'annullamento della delibera della massa dei creditori e ricalcando così la disciplina del 2373 c.c. oppure se il controllo del Giudice debba assestarsi solo ad un controllo di regolarità dell'*iter*.

Nell'ottica di svolgere una comparazione tra i sistemi usati per la risoluzione delle problematiche che sembrano essere comuni al diritto societario e a quello fallimentare si può pensare ad un parallelismo tra comitato dei creditori nel fallimento e l'organo di amministrazione delle società. I due organi condividono innanzi tutto la funzione di gestione e coordinamento dei processi di cui fanno parte. Il limite del potere degli amministratori, che devono decidere e compiere ogni atto necessario allo svolgimento dell'attività sociale, è da ricercarsi proprio nell'oggetto sociale e nelle norme che espressamente attribuiscono determinate competenze ad altri organi. Il comitato dei creditori deve fornire invece un parere vincolante sulla proposta di concordato così che questa possa essere sottoposta al giudizio sul merito dei creditori chiamati al voto. Gli amministratori delle società a norma dell'art. 2381 c.c. sono tenuti a far circolare tra gli altri organi sociali le informazioni che ricevono nell'esercizio delle loro funzioni e a seguito di questo a compiere azioni in modo informato. Così allo stesso modo si può ravvisare un importante ruolo di rappresentanza ed informazione del comitato dei creditori nei confronti della massa che è chiamata, a seguito di un previo esame del comitato, a prendere posizione rispetto al testo del concordato in modo informato e consapevole.

²⁴⁷ G. NUZZO, "Alcune proposte di 'trapianto' del diritto straniero in tema di conflitti di interesse dei creditori nel concordato tra disciplina vigente e riforma della legge fallimentare", *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 665

CAPITOLO III: IL NUOVO ORIENTAMENTO DELLA CORTE DI CASSAZIONE (Sentenza 28 maggio 2018, n. 17186)

SOMMARIO: 3.1. I fatti. -3.2 I motivi delle parti. -3.3. La questione di diritto. -3.4. La soluzione della Corte di Cassazione. -3.5. La portata della Sentenza e un breve excursus sul trattamento della questione negli Stati Uniti e negli altri Stati europei. -3.5.1. Gli Stati Uniti. -3.5.2. Il Regno Unito. -3.5.3 La Germania. -3.5.4. La Francia. -3.6. Il rapporto tra la il nuovo orientamento della Cassazione e il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza.

3.1 I fatti

La società Augustea immobiliare S.p.A., alla data della dichiarazione di fallimento avvenuta con sentenza del 10 maggio 2006, n. 496 del Tribunale di Roma, aveva un capitale sociale appartenente per il 90% alla società La Rinascente s.n.c. di Paola Zanchini e per il restante 10% alla Signora Paola Zanchini in persona. Al passivo di detto fallimento erano stati ammessi i crediti vantati da: Avv. Bruno Mammone, Avv. Francesco Mauro, FinService, Luxor, Gildo Sacchetta, Giuseppina di Leo, Monte dei Paschi di Siena, Equitalia e Banca delle Marche S.p.A.

Viene notificato un atto di citazione con cui La Rinascente s.n.c., la Sig.ra Zanchini e Luxor International S.p.A. convengono in giudizio una serie di società tutte parti di un medesimo gruppo e nello specifico la Società Lambda Skye s.r.l., la Società Rachau s.r.l., la Alfa Skye s.r.l., la Fin Service S.p.A., la Vegagest Immobiliare S.G.R. S.p.A., e nella qualità di Società di Gestione del Risparmio del Fondo Comune di Investimenti Immobiliare di tipo chiuso denominato “Gamma Skye”, la Blue Skye s.r.l., e la Vespasiana Immobiliare s.r.l., contestando la presenza dei convenuti nella lista dei creditori e denunciando un grave inadempimento legato al mancato rispetto di accordo siglato in precedenza dalle parti.

In particolare, il problema rilevato stava nel fatto che La Rinascente non riconosceva il dichiarato stato di insolvenza e non escludeva una chiusura della procedura per mancanza di passività. In questo contesto la società attrice, che cercava un finanziatore che la assistesse nei vari passaggi transattivi, aveva concluso una scrittura privata con la società Lambda Skye s.r.l. con cui le parti assumevano reciproche obbligazioni. Tale accordo tra le parti conteneva oltre ad un accordo di collaborazione e agevolazione da parte de La Rinascente per l’acquisto da parte di Lambda Skye o di una delle sue consorelle dei crediti

Target, vale a dire il Credito Sacchetta, Monte dei Paschi di Siena, Equitalia, Di Leo e l'acquisto del credito Luxor anche la finalità di vedere la proposizione di un concordato fallimentare al verificarsi di tali condizioni nei termini e alle condizioni prestabilite nell'accordo privato. Tuttavia, Lambda Skye si rese inadempiente e a fronte della debolezza de La Rinascente s.n.c. procedette all'acquisto delle quote non solo della società che deteneva la quota di maggioranza in Augustea S.p.A. ma anche delle rimanenti azioni della Sig.ra Zanchini nel dicembre del 2009²⁴⁸.

L'8 marzo 2010 le società Vegagest Immobiliare SGR S.p.A. e Vespasiana Immobiliare s.r.l. entrambe società a socio unico proposero un concordato fallimentare che prevedeva il pagamento del 30% dei crediti chirografari ed escludeva dal piano di riparto i crediti riconducibili ad Alfa Skye s.r.l. e Lambda Skye s.r.l. che sarebbero stati regolati al di fuori del concordato. Dalla pronuncia non si evince se le proponenti fossero parti terze o creditrici della società fallita ma l'accordo venne votato ed approvato a maggioranza dai creditori contando anche i voti delle società Alfa Skye s.r.l. e Lambda Skye s.r.l. le quali facevano invece certamente parte dello stesso gruppo delle società proponenti, visto l'accertamento in tal senso avvenuto nel grado precedente di giudizio.

Alcuni creditori facenti parte della massa dei creditori ammessi al voto decisero di proporre opposizione all'omologazione del concordato osservando che questo era stato approvato con una maggioranza che comprendeva anche il voto di creditori in conflitto di interessi, facendo riferimento segnatamente alle due società Alfa Skye s.r.l. e Lambda Skye s.r.l. I ricorrenti erano i Signori Gildo Sacchetta e Francesco Scialanca da una parte e dall'altra la Rinascente s.n.c. rappresentata da Paola Zanchini e la Signora Zanchini in proprio in qualità di ex socie della società fallita. Il Tribunale di Roma si pronunciò con decreto nel marzo del 2011 riconoscendo la fondatezza del ricorso dei creditori e sancendo l'illegittimità della formazione della maggioranza che si era espressa sull'approvazione dell'accordo. Con tale decreto il Tribunale negò pertanto l'omologazione del concordato.

²⁴⁸ Tribunale di Roma, Sent. 4 maggio 2015, n. 9479

Vegagest Immobiliare SGR S.p.A. e Vespasiana Immobiliare s.r.l., le società che avevano proposto l'accordo, impugnarono a loro volta la decisione del Tribunale di fronte alla Corte d'appello che ribaltò l'esito del primo grado di giudizio respingendo nella sua pronuncia il reclamo de La Rinascente e della Sig.ra Zanchini per diversi motivi: la Corte non ritenne tali soggetti legittimati ad opporre opposizione all'omologazione poiché nel 2009, prima che la Augustea immobiliare S.p.A. venisse dichiarata fallita, queste avevano ceduto le loro quote di partecipazione al capitale sociale della stessa. Il Giudice dell'appello si soffermò poi sull'inesistenza della denunciata violazione del principio di maggioranza e di tutela delle minoranze avvenuta secondo le ricorrenti con l'ammissione del voto espresso dalle due società che facevano parte del gruppo delle proponenti al computo della maggioranza necessaria all'approvazione del concordato, e quindi un voto espresso in una condizione di conflitto di interessi. Allineandosi alle pronunce di merito e di legittimità²⁴⁹ avvenute in precedenza la Corte ribadiva come nel fallimento non fosse ravvisabile la formazione di un conflitto di interessi e come pertanto non fosse possibile applicare la disciplina in questo senso: non era possibile cioè riconoscere l'esistenza di un centro di interesse collettivo che entrasse in contrasto con quello del singolo e non era pertanto ravvisabile in alcun modo un inquinamento della maggioranza da parte di coloro che avevano espresso la loro posizione tramite lo strumento del voto. Nessuna norma della legge fallimentare nell'ambito del concordato fallimentare infatti esclude espressamente chi propone il concordato dal voto per l'approvazione dello stesso. La Corte d'appello non rilevò altre irregolarità nel procedimento di approvazione del concordato fallimentare e diede pertanto seguito all'omologazione del concordato.

Alla pronuncia della Corte d'appello sono seguiti tre distinti ricorsi per Cassazione da parte dei Signori G. Sacchetta e F. Scialanca che hanno proposto ricorso congiuntamente, nonché della Rinascente s.n.c. e della Signora P. Zanchini. I ricorrenti hanno proposto rispettivamente otto, sette e sei motivi di ricorso che sono stati contrastati da altrettanti controricorsi provenienti dalle società proponenti il concordato, la Vegagest Immobiliare SGR S.p.A. e Vespasiana Immobiliare s.r.l.

²⁴⁹ Il precedente è rappresentato dalla Sent. Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274 con cui si stabiliva che il diritto di voto dei creditori era loro attribuito per regola e l'eventuale esclusione doveva essere ravvisata come l'eccezione da prevedersi espressamente.

La Prima sezione della cassazione con ordinanza interlocutoria del 12 aprile 2017, n. 9411 ha rimesso i ricorsi al Primo presidente affinché questi li assegnasse alle Sezioni Unite per la questione di massima di particolare importanza sulla attribuzione del diritto di voto ai creditori correlati al proponente nell'ambito del concordato fallimentare²⁵⁰.

3.2 I motivi delle parti.

La Rinascente s.n.c. e la signora Zanchini propongono il ricorso principale, da ritenersi tale perché notificato per primo, con cui contestano la decisione della Corte d'appello nella parte in cui le aveva escluse dalla legittimità di potersi opporre all'omologazione del concordato dal momento che esse avevano ceduto le loro quote del capitale sociale della società Augustea S.p.A. fallita perdendo pertanto l'interesse ad agire. Le ricorrenti sottolineano infatti come la lettera dell'art. 129 l. fall. riporti espressamente tra i legittimati alla proposizione del reclamo anche "qualsiasi altro interessato", compagine in cui ritengono rientrare appieno anche con la contestazione mossa dalla Corte d'appello. Nonostante La Rinascente e la Sig.ra Zanchini avessero ceduto le quote a terzi continuavano a sostenere che il loro interesse all'opposizione al concordato residuava in forza di un contenzioso che si era instaurato tra loro e l'acquirente delle quote, la società Lambda Skye s.r.l., così come richiamato anche nel decreto impugnato.

Il primo e secondo motivo dei ricorsi Sacchetta e Scialanca attengono alla lesione dell'art. 124 l. fall. in quanto non sarebbero stati rispettati i termini di due anni dal decreto di esecutività dello stato passivo per la proposizione del concordato. Secondo i ricorrenti infatti tale termine non è vincolante solo per il fallito e i suoi correlati come previsto dalla norma ma anche per ogni altro soggetto proponente.

Tutti i motivi appena citati sono stati rigettati dalla Corte di Cassazione. Nello specifico i ricorsi de La Rinascente s.n.c. e della Sig.ra Zanchini perché si basavano su un documento il cui intrinseco non è stato meglio specificato, rendendo così impossibile ai giudici di legittimità una valutazione sulla portata degli interessi vantati dalle ricorrenti sul caso. I primi due motivi di ricorso dei Sig.ri Scialanca e Sacchetta sono invece da

²⁵⁰ Cassazione Sezioni Unite, Sent. 28 maggio 2018, n. 17186

rigettare perché la Corte d'appello aveva espressamente dichiarato che “per il resto il procedimento è stato regolare” e l'interpretazione estensiva resa dalle parti rispetto all'articolo 124 non è ammissibile visto che la *ratio* che guida la norma è quella di evitare proposte dilatorie del fallito in modo da rendere difficoltosa la valutazione e il voto conveniente dei creditori²⁵¹. Non può essere, di contro, ravvisata una simile ragione nella proposta proveniente da terzi che non hanno alcun interesse a vedere posticipata la chiusura del fallimento.

Il nocciolo duro della sentenza in analisi si sviluppa intorno al terzo, quarto e quinto motivo dei ricorsi Sacchetta e Scialanca che denunciano la violazione degli artt. 124 e 127 della legge fallimentare e che sono logicamente uniti al sesto motivo del ricorso Sacchetta.

Col terzo motivo le parti contestano l'affermazione della Corte d'appello che sostiene che poiché neanche il proponente in persona è escluso dal voto di approvazione del concordato, a maggior ragione non lo sono le società a lui correlate. I ricorrenti sostengono la loro tesi rimarcando come sia però necessario nonostante la lettera della norma, avere alterità tra la parte proponente e votante e come non sia possibile sovrapporre tale situazione alla fattispecie del contratto con se stesso ex art. 1395 c.c. per cui la legge prevede solamente l'annullamento: è incontrovertibile che occorra una soluzione per tale inconveniente di identità tra le parti di un'intesa. L'ultima parte del terzo motivo attiene alla eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 127 l. fall. per violazione degli artt. 3 e 42 della Costituzione nel caso in cui si interpretasse l'articolo nel senso di ammettere il voto di chi propone il concordato e dei soggetti a lui correlati.

Alla statuizione del Giudice di secondo grado riguardo alla non configurabilità tra i creditori di un autonomo centro di interesse in quanto la loro è una comunità involontaria²⁵², i ricorrenti obiettano col quarto e quinto motivo di ricorso come, di

²⁵¹ In questo senso MAFFEI ALBERTI, *Sub art. 124*, in “*Commentario breve alla legge fallimentare*”, V ed., CEDAM, 2009, p. 721

²⁵² Questo rappresentava l'orientamento seguito in casi precedenti da altri tribunali quali: Trib. Teramo 24 giugno 2014, disponibile su <https://www.unijuris.it/node/2476>; Trib. Milano, Sez. II, 18 gennaio 2011, *Giurisprudenza Italiana*, I, 2012, p. 103.

converso, si tratti proprio di una comunità volontaria in quanto la volontarietà di partecipazione deve essere attestata dal momento in cui i creditori fanno domanda di insinuazione al passivo e aderiscono quindi coscientemente all'interesse comune di avere una composizione della crisi che porti a risultati quanto più soddisfacenti possibile, interesse che si manifesta attraverso il voto che dovrebbe esprimere la convenienza di attuazione di un piano concordato tra i partecipanti alla soluzione del dissesto o l'attuazione della liquidazione giudiziale patrocinata dal Tribunale.

Con i motivi di ricorso successivi si sottolinea come illegittimamente la Corte d'appello abbia considerato corrette le votazioni delle società Lambda Skye s.r.l. e Alfa Skye s.r.l. al fine della definizione della maggioranza per le quali si era svolta una precedente indagine perché si stabilisse la loro effettiva appartenenza al gruppo medesimo delle proponenti Vegagest Immobiliare SGR S.p.A. e Vespasiana Immobiliare s.r.l. e la non rilevazione da parte della Corte stessa della necessità di separare in una classe a sé stante di queste società correlate alle proponenti per poter avere quella necessaria omogeneità dei creditori perché si possa effettivamente fare affidamento al principio di maggioranza come scriminante tra l'attuazione e la non attuazione del concordato²⁵³.

3.3 La questione di diritto.

La Corte di Cassazione delimita la questione di massima di particolare importanza su cui è chiamata a pronunciarsi al capire se le società correlate al proponente debbano essere ammesse oppure no al voto per l'approvazione del concordato. Questione da risolvere preliminarmente è quindi quella di stabilire se sia assegnabile un voto al creditore che propone il concordato e a seguito di tale risposta stabilire se il diritto debba essere esteso anche alle società ad esso correlate oppure no. Rispetto alla domanda pregiudiziale i giudici di legittimità si erano già espressi statuendo che non ci fosse alcun conflitto di interessi tra il proponente e la massa dei creditori nella sentenza 10 febbraio 2011, n. 3274. In tale pronuncia in cui la Corte aveva dovuto giustificare la mancata estensione al settore fallimentare della normativa dedicata al socio in conflitto di interessi ex 2373 c.c.

²⁵³ Cassazione Sezioni Unite, sent. 28 maggio 2018, n. 17186

essa sosteneva che le due fattispecie non sono assimilabili e che pertanto la disciplina non può essere comune.

Manca del tutto nella legge fallimentare una norma accostabile al contenuto dell'art. 2373 c.c. che disciplina gli effetti del conflitto di interessi in sede societaria ma questa mancanza non deve essere interpretata come un'assenza di conflitti in ambito fallimentare dato che l'espressa esclusione dal voto per l'approvazione dei concordati di alcuni soggetti che si trovano in rapporti particolari col debitore prevista dagli art. 127 in tema di concordato fallimentare e dall'art. 177 analogo nel contesto del concordato preventivo, non fa altro che rimarcare la loro esistenza e portata anche nella soluzione negoziale della crisi di impresa. In particolare, in questi articoli della legge fallimentare il legislatore ha inserito degli elenchi di soggetti che ritiene trovarsi sicuramente in conflitto di interessi quali il coniuge del fallito i suoi parenti e affini fino al quarto grado e coloro che sono diventati cessionari o aggiudicatari dei crediti di dette persone da meno di un anno prima della dichiarazione di fallimento²⁵⁴. Questo elenco non deve essere, secondo la Corte di Cassazione, considerato un elenco tassativo e chiuso potendosi distinguere una moltitudine di situazioni in cui il conflitto di interessi emerge al di fuori della lista data. Certamente spetta al legislatore stabilire quali di questi numerosi conflitti siano rilevanti e quali no per l'ordinamento.

La tecnica generalmente usata per la sterilizzazione del voto in conflitto di interessi è l'annullamento della decisione presa col voto determinante di chi si trova nella situazione di conflitto o comunque l'adozione di una modalità di esclusione di tale soggetto dal computo della maggioranza che altrimenti risulterebbe inquinata. Nell'ambito del concordato questi meccanismi sono stati affiancati dalla previsione di formazione di una classe distinta di creditori, omogenea al suo interno e parzialmente diversa dalle altre classi di creditori. In questo modo risulta più agile e imparziale il controllo della decisività del voto dei soggetti che si trovano in conflitto con l'interesse della comunità e si rende

²⁵⁴ La sensibilità rispetto alla materia del conflitto di interessi si evince dalla organizzazione della struttura della legge fallimentare data dal legislatore. *In re S. MORRI, F. GIOVANNARDI, "Il conflitto d'interessi tra creditori nel concordato preventivo e fallimentare"*, Focus del 19 dicembre 2016, disponibile su www.ilfallimentarista.it

possibile una corretta applicazione del principio di maggioranza nella sua vincolatività anche per coloro che non hanno approvato l'accordo.

Tra chi propone il concordato e coloro che sono invece chiamati ad esprimersi sulla proposta, il conflitto di interessi è immanente ma il legislatore non ha previsto alcuna norma che disponga come trattare tale questione. L'immanenza del conflitto si ravvisa nel fatto che senza dubbio il proponente è sempre interessato a concludere l'accordo assicurandosi il minor esborso possibile, mentre i votanti hanno come obiettivo la massimizzazione della loro soddisfazione.

Tra tutti quelli osservabili, il conflitto tra autonomia privata e il principio di maggioranza emerge con maggior forza: con l'approvazione della proposta del concordato il creditore dissenziente, essendo il voto della massa vincolante per ciascuno dei partecipanti se il voto raggiunge la maggioranza prescritta dalla legge, può vedersi ridotta la percentuale di soddisfazione anche contro la propria volontà. La natura del concordato, seppure oggetto di numerose attenzioni da parte della dottrina che non trova un accordo a riguardo, può essere parzialmente ricondotto alla natura contrattualistica dell'accordo. È da richiamarsi quindi l'articolo 1372 c.c. secondo cui «*il contratto ha forza di legge tra le parti [...] e non produce effetto rispetto a terzi*» se non nei casi previsti dalla legge, delineando il principio della relatività del contratto che è capace di produrre i suoi effetti diretti solo nei confronti delle parti e non di estendersi alla sfera giuridica di terzi. Alla luce di tale articolo si può dire che i creditori dissenzienti vedano la loro sfera giuridica modificata contro il loro volere da soggetti altri ma che tali altri soggetti non possano essere annoverati tra i terzi cui si fa riferimento all'art. 1372 c.c., in quanto si tratta pur sempre di soggetti che sono parte del rapporto giuridico in cui si iscrive il negozio e nei confronti del quale il negozio produce i suoi effetti in modo diretto²⁵⁵.

È necessario quindi trovare un sistema capace di bilanciare i due principi di autonomia privata e del principio di maggioranza e di stabilire quale prevalga sull'altro in situazioni particolari quali quella in analisi. Nel quadro legislativo che presidia il sistema del voto di maggioranza si trovano una molteplicità di norme che delimitano e guidano

²⁵⁵ V. CONFORTINI, "Interesse di classe e autonomia concorsuale", *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 1234

l'applicazione di tale principio, bisogna capire tuttavia se ciascuna di queste norme segue una sua autonoma *ratio* o seppure esse siano da collocarsi in un più ampio sistema coordinato. La dottrina propende per la soluzione del quadro unitario di norme volte tutte quante allo scopo di una corretta applicazione del principio di maggioranza attribuendo al creditore il diritto di voto oppure no a seconda degli interessi del votante a salvaguardia del principio di autonomia privata. Di certo queste norme non si connotano per il loro carattere sporadico nell'ordinamento. L'assenza di una norma che si occupi delle problematiche legate al conflitto di interessi e al rispetto del principio di maggioranza e insieme del bilanciamento con l'autonomia privata nella disciplina del concordato fallimentare va letta come una vera e propria lacuna lasciata dal legislatore nel sistema²⁵⁶.

3.4 La soluzione della Corte di Cassazione.

Il conflitto di interessi, privo di un'autonoma definizione, viene riconosciuto in presenza di uno scontro tra gli interessi di un soggetto parte di una comunità e l'interesse comune all'intera collettività a cui non viene richiesto di essere un autonomo centro di interesse cui sono riconducibili autonome situazioni giuridiche. Il conflitto di interessi anche nel concordato come nell'ambito societario è stato oggetto di indagine e ha svolto un ruolo importante nel campo dell'osservazione del corretto funzionamento del principio di diritto privato dell'autonomia negoziale²⁵⁷.

Svolgendo un'analisi di tale ultimo istituto si osserva come questo in positivo si atteggi come potere delle parti di porre in essere atti negoziali con cui perseguire i propri interessi ma nel caso sottoposto all'attenzione dei giudici di legittimità si presenti nel suo lato negativo di intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui. Il principio può anche essere letto in chiave costituzionale, secondo l'art. 3, secondo cui davanti a posizioni di uguaglianza, vale a dire nel caso in esame di soggetti collocati sullo

²⁵⁶ G. D'ATTORRE, "La maior pars non è sempre la sanior pars: i creditori in conflitto di interessi non possono votare sulla proposta di concordato", *Giur. Comm.*, II, 2018, p. 318

²⁵⁷ L'art. 1372 c.c. in tema di efficacia del contratto rimarca proprio la rilevanza del principio di relatività in base al quale il contratto non può produrre effetti diretti nella sfera dei terzi che non hanno preso parte alla stipula dello stesso.

stesso piano, non è ammissibile che taluno imponga una modificazione della sfera giuridica altrui senza che questo prenda parte alla decisione²⁵⁸.

Il principio di maggioranza applicato alle situazioni collegiali sia nella società sia nella massa creditoria del fallimento, si giustifica nel suo sottoporre alle decisioni dei più anche la minoranza dissenziente attraverso la certezza dell'esistenza di un interesse comune ad ogni soggetto facente parte del gruppo. Ed è seguendo tale ragionamento che si rende necessario non assegnare il voto o neutralizzarlo in capo a chi non agisce per l'interesse comune ma per un interesse strettamente personale e contrario a quello della massa. Nel caso infatti si ammettesse il voto di quei soggetti in conflitto, verrebbe violata la condizione primaria che rende legittima l'applicazione del principio del voto di maggioranza.

Il conflitto di interessi deve verificarsi tra l'interesse del singolo e l'interesse della collettività ma non si richiede che questa costituisca un autonomo soggetto costituendo quindi, oltre che uno dei tasselli portanti della motivazione della Cassazione anche un cambio di orientamento della stessa.

Il silenzio del legislatore su una disciplina compiuta del conflitto di interessi in ambito concordatario deve essere interpretato, visto il conflitto immanente tra proponente e votanti e il necessario rispetto dell'autonomia privata, come un caso di esclusione dal voto. Se così non fosse infatti avverrebbe una sottoposizione alla volontà del proponente di tutta la massa creditoria costituendo un'evidente lesione dei principi contrattuali, per quanto applicabili al contesto della conclusione con accordo del fallimento. La Cassazione pone in luce i profili contrattualistici del concordato e richiama gli articoli 1321 e 1325 c.c. rispettivamente sulla nozione di contratto come accordo tra le parti e sui requisiti richiesti all'accordo per differenziarsi da un'altra qualsiasi manifestazione di volontà delle parti che non si può invece collocare nell'ambito del contratto. Alla luce di questo parallelo quindi, bisogna ammettere che debbano essere applicati all'accordo delle parti anche i principi di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175, 1337 e 1375 c.c.

²⁵⁸ G. D'ATTORRE, "La maior pars non è sempre la sanior pars: i creditori in conflitto di interessi non possono votare sulla proposta di concordato", *Giur. Comm., II*, 2018, p. 314

Il proponente si atteggia quindi come se fosse, nella stipula del contratto, la controparte della massa dei creditori²⁵⁹.

Per dirimere il conflitto sono previste la tecnica dell'esclusione di colui che versa in conflitto di interesse o la tecnica del classamento. Con la prima tecnica l'individuazione dei soggetti in conflitto è da attribuirsi alla supervisione del Giudice delegato il quale, ravvisando una situazione di contrasto tra gli interessi dei partecipanti dovrà segnalarlo (specie se tale situazione è capace di incidere sulla formazione delle maggioranze e quindi sull'approvazione del concordato). Il conflitto sarà altrimenti rilevato dal Tribunale in sede di omologazione²⁶⁰. Con la seconda tecnica si propone invece di isolare il conflitto di interessi in una classe di creditori autonoma così che sia più semplice e immediato il controllo sulla decisività del voto espresso da chi è confluito in tale classe.

Di fronte a queste soluzioni estreme parte della dottrina continuerà a spingere verosimilmente per una soluzione intermedia di risoluzione dei conflitti, vale a dire una valutazione caso per caso in sede di opposizione all'omologazione che consenta di stabilire se effettivamente sussista un pregiudizio agli altri creditori dovuto al voto di un soggetto che versi in conflitto di interessi. Estendere la legittimazione a proporre il concordato anche a terzi e ai creditori è funzionale alla garanzia di un migliore soddisfacimento della massa creditoria. Non si può pertanto permettere che tale strumento venga utilizzato invece per approvare, anche grazie al proprio voto positivo, delle alternative meno soddisfacenti rispetto alle altre concretamente attuabili. Si configurerebbe infatti un abuso di diritto che il Giudice sarebbe chiamato a rilevare nella sua valutazione in sede di omologazione²⁶¹.

Visto che -come già ricordato- nel concordato fallimentare non esiste una norma che come avviene nel concordato preventivo²⁶² permetta di superare il conflitto di interessi tramite

²⁵⁹ M. SPIOTTA, "Chi formula la proposta di concordato non può votarla: il dictum delle Sezioni unite", *Giurisprudenza Italiana*, 2018, p. 2413.

²⁶⁰ G. D'ATTORRE, "Le sezioni unite riconoscono (finalmente) il conflitto di interessi nei concordati", *Il fall.*, 2018, p. 964

²⁶¹ Trib. Teramo, 28 luglio 2017, disponibile su www.ilfallimentarista.it, 12 febbraio 2018

²⁶² Il riferimento è all'articolo 163 co 6 l. fall. il quale prevede che «i creditori che presentano una proposta di concordato concorrente hanno diritto di voto sulla medesima proposta solo se collocati in una autonoma classe».

la previsione del classamento, l'unica soluzione ravvisabile è quella dell'esclusione dal voto. Secondo la Corte di cassazione il fatto che la disposizione sia stata scritta per il concordato preventivo non fa altro che confermare l'orientamento secondo cui il creditore proponente nel concordato fallimentare non possa votare la propria proposta come un altro semplice creditore e allo stesso tempo avvalora la posizione del proponente che, in quanto creditore, ha diritto ad essere soddisfatto. La posizione di creditore non viene meno per il solo fatto di aver presentato una proposta di composizione del fallimento e quindi non viene meno neanche il suo diritto alla partecipazione all'approvazione di un piano i cui effetti lo investiranno direttamente.

Sebbene al classamento vengano riconosciuti i pregi di depurare il voto dal conflitto di interessi del creditore proponente pur rimanendo una decisione rispettosa del diritto al voto del medesimo creditore, la soluzione destinata al concordato fallimentare è individuata nell'esclusione totale dal voto che deve essere per altro estesa anche alle società che sono correlate al soggetto proponente, in quanto facilmente influenzabili, e in ogni situazione in cui si ravvisa un conflitto di interessi tra il singolo e la massa dei creditori.

Il classamento obbligatorio così come previsto dall'art. 163.6 l. fall. offre una tutela migliore al creditore che, dissenziente in una classe dissenziente ha a disposizione la possibilità di adire il Tribunale per una valutazione di convenienza sull'accordo. Questa soluzione è negata a chi invece è direttamente escluso dal voto dato che già in partenza non può essere qualificato né come consenziente né come dissenziente. Oltretutto, essere comunque ammessi al voto seppure in una classe separata permette ancora di determinare l'approvazione o meno della proposta laddove al contrario se si è esclusi, in nessun modo si potrà influenzare l'andamento della formazione della maggioranza.

Si rileva come il classamento visto come soluzione del conflitto di interessi faccia emergere effetti diversi nel voto a seconda che chi propone il concordato sia il debitore o un creditore: mentre il creditore e i suoi correlati anche se inseriti in una classe separata sono ammessi al voto, il fallito e i soggetti a questo correlati ne sono espressamente esclusi -a norma dell'art.127 commi 5 e 6 l. fall. - dando forma così ad un trattamento del conflitto che non avviene ponendo i soggetti coinvolti sullo stesso piano. Il creditore e i

suoi correlati hanno la possibilità di contribuire in senso positivo all'approvazione del piano da loro proposto e in senso negativo alla valutazione del concordato proposto dal fallito il quale invece è in ogni caso escluso dalla possibilità di esercitare una qualsivoglia influenza sia sulla propria proposta che su quella del creditore²⁶³.

Il comma 6 deve pertanto essere interpretato in senso estensivo nella previsione della selezione degli ammessi al voto. Da un punto di vista del testo normativo non si rilevano problemi ad ostacolare tale estensione dato che la disciplina dei soggetti correlati è stata collocata in un comma a sé stante. Tutti i soggetti correlati al proponente, che sia esso il fallito o un creditore, sono comunque facilmente influenzabili. Non si spiega pertanto come mai la legge si esprima solo in relazione alla situazione del fallito visto che la *ratio* dell'esclusione dal voto si adatta perfettamente anche al caso del creditore. Opporsi a tale interpretazione estensiva non fa altro che creare incongruenze e lacune nel sistema e porterebbe persino al sollevamento di questioni di legittimità costituzionale²⁶⁴ per violazione dell'articolo 3 Cost. visto che il trattamento del proponente-fallito e del proponente-creditore sarebbe differenziato in modo ingiustificato per il solo motivo che questo sia il debitore o il creditore nell'obbligazione²⁶⁵.

La Corte rimette infine la questione al Giudice di merito che deve attenersi nel decidere al seguente principio di diritto: «*sono escluse dal voto sulla proposta di concordato fallimentare e dal calcolo delle maggioranze le società che controllano la società proponente o sono da essa controllate o sono sottoposte a comune controllo*».

3.5 La portata della Sentenza in Italia e un breve excursus sul trattamento della questione negli Stati Uniti e negli altri Stati europei.

Con la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite 17186/2018 anche la giurisprudenza si è allineata a quanto la dottrina rimarcava da tempo. Il principio di maggioranza nell'ambito del concordato è passato dall'essere percepito con una sostanziale noncuranza

²⁶³ G. D'ATTORRE, "La maior pars non è sempre la sanior pars: i creditori in conflitto di interessi non possono votare sulla proposta di concordato", *Giur. Comm.*, II, 2018, p. 328

²⁶⁴ Un sospetto di incostituzionalità sotto il medesimo profilo è stato sollevato in relazione al parallelo art. 163 comma 3 l. fall. in ambito di concordato preventivo.

²⁶⁵ M. SPIOTTA, "Chi formula la proposta di concordato non può votarla: il dictum delle Sezioni unite", *Giurisprudenza Italiana*, 2018, p. 2413.

da parte del sistema, a ricoprire in breve tempo un'importanza sempre più centrale nella disciplina degli istituti di composizione negoziale delle crisi di impresa. Il nuovo orientamento dei giudici di legittimità comporta la nascita di un principio che travalica la legge fallimentare, ma si pone in linea con un principio già presente nel nostro ordinamento: il divieto di esprimere un voto in conflitto di interessi se si adotta un metodo di votazione a maggioranza. In passato invece si disconosceva la possibilità di una qualsivoglia rilevanza del conflitto di interessi nel concordato posto che, non si riteneva esistente il centro di interessi che doveva essere in contrasto con quello del singolo.

Alla base del precedente orientamento si trovava l'idea di non poter accettare una compatibilità sul piano logico di una procedura concorsuale e di un conflitto di interessi tra i partecipanti. Oggi si pongono in campo tecniche capaci di dirimere i vizi legati al voto nei concordati dando quindi una piena e corretta applicazione dei principi del nostro ordinamento in ogni parte della legge fallimentare. La protezione delle minoranze dissenzienti è sempre più tutelata attraverso la previsione di diversi sistemi che vanno dalla possibilità di adire il Tribunale per un controllo esterno, all'assecondare -tramite la previsione dell'esclusione dei creditori dal voto in conflitto di interessi- l'impronta privatistica del sistema concordatario che è sempre di più marcata. Il problema che si vuole convintamente evitare è quello dell'abuso della forza che si ottiene facendo parte della maggioranza per prevaricare sulla minoranza.

Tuttavia, il raggiungimento di tali obiettivi, seppure importanti, non sono da considerarsi soddisfacenti, presa coscienza delle numerose le questioni aperte che cercano ancora una definizione: come si riconosce il conflitto di interessi personale del creditore? Quali tra questi conflitti sono rilevanti? È da preferirsi il metodo di classamento obbligatorio o quello di esclusione dal voto? C'è una soluzione corretta da applicare in tutti i casi di conflitto o la decisione muta al mutare della situazione concreta?

3.5.1. Gli Stati Uniti.

Il problema che ruota intorno al trattamento del voto di coloro che versano in conflitto di interessi è comune anche ad altri ordinamenti che tuttavia hanno adottato soluzioni diverse dal sistema italiano.

Nell'ordinamento statunitense, da cui il legislatore italiano ha preso ispirazione nel processo di riforma della crisi di impresa, nel *Chapter 11* del *Bankruptcy Act* si prevede nella *Section 1121* che, trascorso il periodo di 120 giorni in cui il debitore può presentare il suo piano di riorganizzazione, anche un terzo o uno dei creditori possono fare la loro proposta concordataria che verrà votata da tutti i creditori, compreso il proponente. Tiene conto poi delle problematiche che possono sorgere da una tale norma e aggiunge nelle *Sections* successive, in particolare in tema di omologazione dell'accordo, che sia presente il voto favorevole di almeno una classe di *impaired*. Si tratta di una classe composta da soggetti i cui interessi sono pregiudicati dalla previsione del concordato; il voto della classe in parola non deve tener di conto di alcun interesse o credito o pretesa degli *insiders*²⁶⁶.

Della definizione di *insiders* si occupa la *Section 101(31)* del *Bankruptcy Code* che procede alla descrizione stilando un elenco in cui il debitore sia *i)* una persona fisica, *ii)* una società, *iii)* una *partnership*, *iv)* una collegata o *v)* un *insider* della collegata che è il debitore, ovvero *vi)* un *managing partner* del debitore. La lettera della norma utilizza il termine «*includes*» determinando pertanto un elenco non tassativo ma aperto. Si distingue infatti per i soggetti in conflitto di interessi coloro che si trovano nella lista, gli *statutory insiders*, e coloro che si trovano all'esterno di questa lista, i così detti *non statutory insiders*. Questi ultimi, che rappresentano una categoria aperta e variegata trovano una definizione più puntuale nella giurisprudenza americana la quale li identifica in coloro che hanno una relazione personale²⁶⁷ o professionale con il debitore così stretta da acquisire un vantaggio in quanto creditori non dall'andamento degli affari ma proprio dalla relazione di cui sono parte. Si ritiene che i soggetti che rientrano in tale definizione debbano essere sottoposti a maggiori controlli perché maggiormente suscettibili di porre in essere operazioni in abuso di diritto. In particolare, sono messi sotto osservazione i contraenti che non rispettano il principio della contrattualistica americana che va sotto il nome di “*arm's length*”. Secondo tale principio le parti di un'operazione sono da porsi

²⁶⁶ G. NUZZO, “*Rules vs. Standards e voto nei concordati*”, *Banca borsa e titoli di credito*, I, 2019, p. 83

²⁶⁷ *Kaisha v. Dodson*, 423 B.R. 888, 901 (N.D. Cal. 2010) ritenne una donna coinvolta sentimentalmente col debitore, un'insider. *Contra: Reinbold*, 182 B.R. 244, 246 (D. S.D. 1995) ritenne invece che la mera coabitazione col debitore non facesse del coinquilino un insider essendo necessaria l'esistenza di una famiglia almeno di fatto.

sullo stesso piano e sono tra loro indipendenti: se le condizioni di cui sopra sono rispettate allora si può parlare di operazioni concluse a condizioni di mercato. Se una delle parti è contigua all'altra ed esercita un'influenza o un controllo su di questa allora si può parlare di *non statutory insider* ed è compito della Corte appurare che un tale tipo di legame non sia presente tra i contraenti.

Il test cui questi sono sottoposti consiste nella verifica della reale influenza sull'accordo della posizione di insider di uno dei contraenti che potrebbe portare ad un accordo concluso fuori delle condizioni di mercato inteso nel senso del *not arm's length* e cioè con condizioni al di sotto di quelle cui si sarebbero attestate quelle che le parti avrebbero voluto agendo nel loro interesse personale. In altre parole, bisogna verificare che l'accordo sia sorretto da effettive esigenze economiche indicate negli States come «*valid business reasons*» e non sul semplice tornaconto personale del creditore.

Venendo quindi a un breve raffronto tra le discipline italiana e statunitense si può notare come oltreoceano la lettera della norma permetta all'elenco dei soggetti in conflitto di interessi di essere ampliata e adattata alle situazioni che via via si presentano laddove in Italia tale elasticità non è presente andando ad accentuare il problema del voto in conflitto, dell'applicazione del principio di maggioranza e della protezione delle minoranze. L'esclusione tuttavia negli Stati Uniti non è sistematica ma avviene solo a seguito di una valutazione della posizione e della tipologia di accordo che viene formulato dal soggetto in conflitto di interessi²⁶⁸.

3.5.2. Il Regno Unito.

Nell'ordinamento del Regno Unito la disciplina della *Company Voluntary Arrangements*, le così dette *Insolvency Rules* del 1986²⁶⁹ (IR) dispongono che la votazione rispetto al piano di composizione del fallimento nell'assemblea dei creditori deve vedere una

²⁶⁸ G. NUZZO, "Alcune proposte di 'trapianto' del diritto straniero in tema di conflitti di interesse dei creditori nel concordato tra disciplina vigente e riforma della legge fallimentare", *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, pp. 665 ss.

²⁶⁹ Disponibile su <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1986/1925/contents/made>

maggioranza superiore ai tre quarti del valore dei creditori presenti di persona o mediante delega e votazione della risoluzione [rule 1.19(1) *Insolvency Rules*].

La votazione non è valida se la metà dei creditori ammessi al voto si esprimono in senso negativo rispetto alla proposta [r. 1.19(4) IR]. Precisa in seguito in un elenco che sono esclusi dal computo della maggioranza coloro che sono «*to the best of the chairman's relief, persons connected with the company*». Il presidente dovrà valutare tale circostanza sulla base dello *Statement of the company's affair* consegnato al momento della apertura della procedura di fallimento dagli amministratori della società.

Tale documento contiene al suo interno: *i*) un elenco delle attività della società, suddiviso in categorie per una facile identificazione, con valori stimati assegnati a ciascuna categoria; *ii*) un elenco delle garanzie a favore della società riportando i dettagli del credito e *iii*) il suo importo quando questo è stato oggetto di garanzia per una proprietà, e *iv*) di come e *v*) quando è stata creata la garanzia; *vi*) i nomi e gli indirizzi dei creditori privilegiati della società, *vii*) gli importi dei rispettivi crediti; *viii*) i nomi e gli indirizzi dei creditori non garantiti della società, con gli importi dei rispettivi crediti; e soprattutto ai fini che qui interessano *ix*) i dettagli di eventuali debiti dovuti da o verso la società verso o da persone ad essa collegate²⁷⁰.

I soggetti connessi vengono descritti nella *Section 249* dell'*Insolvency Act* del 1986 secondo cui «*a person is connected with a company if (A)he is a director or shadow director of the company or an associate of such a director or shadow director, or (B)he is an associate of the company*»²⁷¹ mentre i soggetti associati sono definiti dalla *Sec. 435* dello stesso *Insolvency Act* che distingue in particolare a seconda che si tratti di una persona fisica o di una società.

Nell'elenco della *sec. 435* si individuano come associati: *i*) il marito, la moglie o il partner civile dell'individuo; *ii*) un parente -che per la legge è inteso come il fratello, la sorella, gli zii, i nipoti, l'antenato lineare o il discendente lineare di tale individuo-; *iii*) chi è in società con l'individuo; *iv*) chi è datore di lavoro o chi si trova in una rapporto di lavoro

²⁷⁰ <https://www.gov.uk/government/publications/rule-741-statement-of-affairs-company-winding-up>

²⁷¹ *Insolvency Act, 1986, Section 249* disponibile su <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/section/249>

subordinato con l'individuo; v) una persona nella sua qualità di *trustee* di un *trust* diverso da un *trust* che ha come beneficiario il debitore o un suo parente.

Si è associati, ancora, e passando all'analisi dell'associato-società, quando i) una stessa persona controlla due società; ii) una persona ha il controllo di una delle due società e delle persone che sono i suoi associati, oppure iii) lui e le persone che sono i suoi associati, hanno il controllo dell'altro, o iv) se un gruppo di due o più persone ha il controllo di ciascuna delle due società e i gruppi sono costituiti dalle stesse persone.

Una società -che nel documento è espressamente individuata come qualsiasi ente sfruttando quindi il termine nel suo senso più ampio- è un socio di un'altra persona se quest'ultima ha il controllo della società o se il controllo sulla società è esercitato insieme da quella persona e i suoi associati. Il controllo si intende esercitato, stando alla lettera della legge in esame, quando gli amministratori della società sono abituati ad agire secondo le istruzioni della società controllante e quando la controllante ha il potere di controllare il diritto di voto di un terzo o più dei voti esprimibili in qualsiasi assemblea della società supposta controllata²⁷².

È proprio la definizione contenuta nella Sezione appena illustrata ad essere rilevante ai fini della considerazione degli «*associates of the debtor*», contenuti nella parte dedicata agli *Individual Voluntary Arrangements* sempre all'interno del testo dell'*Insolvency Rules*, secondo cui tali soggetti sono esclusi dal computo della maggioranza che respinge il concordato e che fa ritenere invalida la deliberazione dei «*creditor's meeting*».

In un sistema come questo è attuale il problema di una fasulla estensione dei crediti riconducibili alle «*connected persons*» così che risulta semplice manipolare la maggioranza e il voto relativo all'accordo per la composizione del fallimento. È il *chairman*, cui è rimesso il compito di escludere i creditori in conflitto di interesse, che deve appurare l'esistenza o meno di questo crediti fittizi e, in assenza di prove della falsità della categorizzazione dei crediti dovrà necessariamente ricondurre i creditori al gruppo

²⁷² *Insolvency Act*, 1986, Section 435 disponibile su <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/section/435>

degli «*objected*», vale a dire nel gruppo di coloro che possono legittimamente partecipare al voto seppure contestati²⁷³.

Tuttavia, anche in questo contesto non c'è un'espressa norma che escluda dal voto del concordato il creditore proponente. La *section 896 (2)(b)* del *Companies Act* del 2006 attribuisce a tutti i creditori la possibilità di convocare i creditori per il voto dello *Scheme of Arrangements (SoA)* che è approvato se, previa divisione in classi dei creditori, raggiunge il 75% dei consensi degli aventi diritto al voto. Non si rinviene però alcun tipo di esclusione dal voto del creditore proponente e si sottolinea che, nonostante non si sia ancora presentato un caso in cui è lo stesso creditore a presentare il *SoA* si ritiene che in forza della *sec. 896 (2)(b)* il proponente abbia comunque legittimo diritto il voto²⁷⁴.

3.5.3 La Germania.

In Germania la materia dei conflitti di interesse tra proponenti e ammessi al voto trova disciplina nel testo della *Insolvenzordnung* che elenca una serie di soggetti ritenuti particolarmente vicini al debitore. Tali soggetti secondo la dottrina devono essere usati per l'individuazione di coloro che devono essere esclusi dal diritto di voto e secondo altra parte della dottrina e della giurisprudenza tali elenchi devono essere estesi anche alle situazioni in cui si configuri un conflitto di interessi tra i soggetti e la decisione da assumere. La procedura di esclusione dal diritto di voto si trova esplicitata rispetto alle società a responsabilità limitata o rispetto alle società per azioni e deve applicarsi analogicamente anche alle situazioni di insolvenza. Bisogna considerare però che il conflitto di interessi si manifesta in modo più esplicito quando si tratta di mettere a confronto le decisioni dell'assemblea dei creditori²⁷⁵ con la sfera di interessi personali dei singoli componenti piuttosto che quando si tratti più strettamente del momento del voto dell'*Insolvenzplan*. In questo ultimo caso gli interessi a contrasto sono l'interesse

²⁷³ G. Nuzzo, "Alcune proposte di 'trapianto' del diritto straniero in tema di conflitti di interesse dei creditori nel concordato tra disciplina vigente e riforma della legge fallimentare", *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, pp. 667 ss.

²⁷⁴ G. NUZZO, "Rules vs. Standards e voto nei concordati", *Banca borsa e titoli di credito*, I, 2019, p. 85

²⁷⁵ La competenza dell'assemblea dei creditori è estesa alla delibera sulla continuazione dell'operazione, all'accertamento del passivo, alla nomina e alla modifica della composizione del comitato dei creditori.

personale del creditore come parte di un accordo che ha come effetto quello di modificare i rapporti di credito di tutte le parti che prendono parte alla deliberazione.

L'applicazione analogica delle norme sull'esclusione del diritto di voto dei creditori in conflitto di interessi nell'approvazione del concordato va tuttavia adattata al contesto dell'insolvenza: la dottrina tedesca rileva infatti come ciascuno dei votanti del concordato è coinvolto ed ha un proprio interesse nell'accordo e, in presenza di un eccesso di interesse, si verificherebbe l'assurdità di vedere l'intera massa dei creditori che ha la funzione di far andare in porto la soluzione concordataria, esclusi dalla votazione per conflitto di interessi. Nell'*Insolvenzplan* si ritiene che la norma da seguire per fornire una protezione alla minoranza ed una corretta applicazione del principio di maggioranza sia quella di annullare il voto reso in conflitto di interessi su richiesta di un creditore o del curatore fallimentare, l'*Insolvenzverwalter*²⁷⁶.

Anche l'ordinamento tedesco come quello italiano trova difficoltà nel riempire di significato la locuzione "interesse comune" riferita alla massa dei creditori. L'interesse in parola è identificato come l'azione complementare della minimizzazione della perdita del credito dovuta all'insolvenza dell'altro contraente e insieme la massimizzazione del valore dell'attivo²⁷⁷.

Anche in questo ordinamento tuttavia non esiste una norma che espressamente escluda il voto del creditore proponente dall'approvazione del concordato. Innanzitutto, bisogna rimarcare come in Germania il creditore non sia direttamente legittimato a proporre concordato ma può farlo solo grazie all'intermezzo del curatore fallimentare cui devono essere indicati i fini che si vogliono raggiungere. La lacuna in questo ordinamento in cui manca una interpretazione pari a quella fornita da Cassazione italiana si rende ancora più evidente in considerazione del fatto che il concordato deve essere elaborato dalla maggioranza dell'assemblea dei creditori che, dopo averlo comunicato al curatore fallimentare lo voterà nuovamente a maggioranza. In questo contesto quindi risulta ancora più complicato evitare il voto in conflitto di interessi. È pur vero che il sistema tedesco,

²⁷⁶ G. Nuzzo, "Alcune proposte di 'trapianto' del diritto straniero in tema di conflitti di interesse dei creditori nel concordato tra disciplina vigente e riforma della legge fallimentare", *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, pp. 669

²⁷⁷ U. EHRICKE, "München Kommentar zur InsO", 3. Aufl. Munich, 2013, paragrafo 78, Rn. 17

privo di una norma quale quella che il sistema dottrinale italiano auspicava, funziona e non ha avuto problematiche in tal senso. Ci si chiede se alla luce di questo, la portata della sentenza della cassazione sia davvero una svolta nell'ordinamento del nostro Paese²⁷⁸.

3.5.4. La Francia.

In Francia invece la L. 626-30-2 seconda frase *Code de commerce* prevede che tutti i creditori appartenenti ad uno specifico tra i due comitati dei creditori che la legge francese costituisce, possano presentare un accordo di conclusione del fallimento e che sono esclusi dal voto coloro che attraverso l'accordo non vedono modificati i metodi di pagamento, oppure coloro che con la realizzazione dell'accordo risultino integralmente soddisfatti nelle loro pretese²⁷⁹. Si ammette che a seguito della votazione tutti i creditori possano opporsi per eventuali irregolarità rilevate e abusi della maggioranza ma nessuna norma si esprime in relazione all'esclusione preventiva dalla delibera di approvazione del piano del creditore proponente ma non sono presenti disposizioni volte a scongiurare il voto di creditori in conflitto di interesse al di fuori dei casi espressamente elencati dalla normativa²⁸⁰.

3.6 Il rapporto tra il nuovo orientamento della Cassazione e il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza.

La sentenza della Corte di Cassazione è stata pubblicata a breve distanza dalla promulgazione della riforma organica delle procedure concorsuali. Non si può dire tuttavia che tra i due eventi ci sia una correlazione: se la sentenza in esame non è stata altro che l'allineamento tra dottrina e giurisprudenza nell'ambito della trattazione del conflitto di interessi in un concordato fallimentare, il progetto di riforma ha radici in tempi più remoti e risponde all'esigenza di rendere l'argomento della crisi d'impresa quanto più armonizzato possibile tra gli Stati Membri i quali si sono adoperati per seguire quanto esposto nella Raccomandazione europea. Il quadro in cui si colloca la riforma è pertanto

²⁷⁸ G. NUZZO, "Rules vs. Standards e voto nei concordati", *Banca borsa e titoli di credito*, I, 2019, p. 87

²⁷⁹ Code de Commerce, Article L626-30-2: «Ne prennent pas part au vote les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification des modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances»

²⁸⁰ G. NUZZO, *op. cit.* p. 85

delimitato dai seguenti obiettivi: *i)* eliminare l'utilizzo del termine fallimento a favore dell'introduzione della "*liquidazione giudiziale*", *ii)* introdurre laddove mancano dei meccanismi di prevenzione e *allerta* e adattare gli strumenti di composizione della crisi di impresa ad una riorganizzazione della stessa cercando pertanto di conservare il valore dell'impresa in difficoltà, *iii)* istituire un procedimento giudiziale unitario per la crisi d'impresa, *iv)* avere la formazione di una disciplina volta alla cura dei procedimenti legati ai gruppi di società, *v)* prevedere per le procedure di piccola entità la possibilità di un'esdebitazione a seguito della conclusione del procedimento di liquidazione giudiziale a meno che non vi sia un'opposizione da parte dei creditori.

Il nuovo Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza si è trovato a prendere forma in un contesto di necessaria riforma omogenea in materia di crisi di impresa. Nell'opera di riscrittura della disciplina, la Commissione incaricata si è in parte conformata all'approccio alla materia che si è affermato nel corso degli anni e ha dato spazio anche ad alcuni contenuti oggetto di dibattito quale quello del conflitto di interessi sia nell'ambito del concordato preventivo che in quello liquidatorio, pur non facendone il fulcro della riforma.

Nel testo del d.lgs. 14/2019 si prevede espressamente l'esclusione dal voto dei soggetti in conflitto all'articolo 243 comma 6 che ammette il voto di tali soggetti solo se la proposta di concordato li vede inseriti in una classe specifica e autonoma rispetto alle altre. In relazione alle nuove previsioni del Codice della crisi e dell'insolvenza tuttavia sorgono alcune critiche: la previsione di un obbligo di formazione di una classe autonoma dei creditori in conflitto di interessi mal si accompagna all'idea della facoltatività della formazione delle classi che invece è predominante nel campo; il classamento obbligatorio è da considerarsi solo in relazione al computo delle maggioranze giacché non si prevede l'esistenza di un trattamento obbligatoriamente differenziato tra i soggetti in conflitto collocati in classi diverse ed è per altro ammesso che si formi una classe composta da una sola persona²⁸¹; l'art. 243 del nuovo Codice fa espreso richiamo solo al primo comma dell'art. 2359 del Codice civile non prevedendo pertanto che la stessa disciplina di

²⁸¹ Contro l'idea della classe formata da un solo soggetto M. FABIANI, "*Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*", *Il Fall.*, 2009, p. 437 ss.

isolamento venga applicata a coloro che si trovano nella situazione di essere soggetti «collegati» o sottoposti ad «attività di direzione e coordinamento» né tantomeno per le società «correlate». Sorgono problemi anche in relazione al concordato proposto dall'unico creditore²⁸².

²⁸² M. SPIOTTA, “Chi formula la proposta di concordato non può votarla: il *dictum* delle Sezioni unite”, *Giurisprudenza Italiana*, 2018, p. 2414

CONCLUSIONI

Il conflitto di interesse nell'ambito del concordato fallimentare è il tema portante dell'intera pronuncia della Suprema Corte presa in analisi, la sentenza 17186/2018. In breve, la sentenza si occupa del caso in cui nell'ambito di una scelta di composizione negoziale di un fallimento, due società creditrici del fallito, appartenenti ad un medesimo gruppo propongono un concordato fallimentare che viene approvato col voto decisivo di due ulteriori società anch'esse parte del gruppo delle proponenti. In particolare, la questione sottoposta all'attenzione della Cassazione si individua nell'estensione da attribuirsi al conflitto di interessi che, a seguito della motivazione della Corte, si rivela investire non solo i soggetti presenti nell'elenco fornito dall'art. 127 commi 5, 6 l. fall. ma abbracciare anche chi propone il concordato e i soggetti a lui correlati. È necessario quindi estendere il trattamento particolare riservato a chi si trova in tale posizione di conflitto a tutti coloro che si trovano nell'area individuata dai giudici di legittimità.

Con la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione in essere si è quindi data un'interpretazione estensiva ai commi dell'articolo sopra citato della legge fallimentare ribaltando l'orientamento precedente degli stessi giudici di legittimità. Laddove in passato si era negata la possibilità di configurare l'esistenza di un conflitto di interessi in ambito fallimentare con la giustificazione che non fosse ravvisabile in tale contesto un autonomo centro di interessi in capo alla compagine dei creditori, venendo pertanto a mancare il soggetto cui attribuire l'interesse che si trova in conflitto con quello del singolo creditore; oggi si ammette invece che in realtà poco importa che l'interesse comune sia ravvisabile o meno: il vero punto focale del caso deve identificarsi, secondo quanto riportato dalla Corte nel suo nuovo orientamento, nell'importanza che l'autonomia negoziale ricopre in una soluzione del fallimento che ha uno slancio sempre più marcatamente privatistico, in cui sono le parti ad accordarsi in modo autonomo tagliando fuori dalle trattative il Tribunale e relegandolo ad un ruolo di mera garanzia.

Proprio in forza del principio privatistico dell'autonomia privata non si può permettere una modifica diretta della sfera giuridica di un soggetto senza che questo abbia partecipato alla discussione o al voto del negozio che produrrà nei suoi confronti tali effetti. Il

principio di maggioranza cui assegniamo il compito di dirimere le controversie e prendere le decisioni all'interno di un insieme di individui, svolge correttamente le sue funzioni solo se ciascuno degli appartenenti al gruppo è legato a questo da un interesse condiviso in forza del quale la decisione presa dai più sia capace di produrre legalmente i suoi effetti nei confronti di tutti. Qualora all'interno della comunità sottoposta al principio di maggioranza si agisse non seguendo il fine comune ma quello personale, allora si renderebbe necessario isolare tale diverso interesse che può essere in grado di incrinare l'equilibrio necessario per il funzionamento del principio di maggioranza.

Le modalità per evitare una contaminazione dell'interesse comune con quello personale sono molteplici: *i)* c'è la soluzione adottata nel sistema societario, in cui la delibera presa col voto determinante di colui che si trova in conflitto di interessi viene annullata –qualora si dimostrasse che la decisione così presa mette in pericolo la realizzazione dell'interesse comune stesso-; *ii)* un'altra possibilità è offerta dalla dal classamento dei creditori. Quest'ultima opzione consiste nella suddivisione del ceto creditorio in gruppi di soggetti che versano sulla nella medesima «*posizione giuridica*» e che hanno «*degli interessi omogenei*», così come indicato dagli articoli 124 e 160 della l. fall., con l'effetto di isolare in un gruppo autonomo coloro che si trovano in conflitto di interessi con l'interesse comune. In questo modo risulta più semplice gestire il conflitto e capire la portata e l'influenza che questo ha nella approvazione o meno dell'accordo. *iii)* L'ultima soluzione è la drastica esclusione dal voto di chi si trova in una posizione di conflitto. È proprio in questo senso che si è orientata la decisione presa dalla Corte di cassazione che ha ritenuto necessario agire con fermezza in assenza di una disciplina esplicita nella legge fallimentare e alla presenza di una necessità di colmare quella lacuna che metteva in bilico il rispetto dei principi di maggioranza e della autonomia privata -letta in negativo-.

Le critiche sulla possibilità di apertura alle altre soluzioni sono varie: l'impossibilità di applicare il metodo societario in modo analogico si spiega con la mancanza dei presupposti nel contesto del concordato fallimentare per l'identificazione dell'interesse comune. Secondo l'approccio contrattualistico al problema, l'interesse comune nell'ambito societario è ravvisabile tra i soci di un'assemblea di una società all'interno

del contratto societario e quindi nella volontà comune che li ha spinti a monte a trovare un accordo di collaborazione per il raggiungimento di un fine comune.

Tale impostazione invece non è rinvenibile nel contesto fallimentare dove i creditori si sono involontariamente trovati ad essere parte di un insieme ma hanno in comune il solo fatto di aver contratto un'obbligazione col medesimo debitore insolvente e di voler da questo trovare una soddisfazione del proprio credito.

La soluzione del classamento separato invece, adottato nell'ambito del concordato preventivo, è ritenuto efficace nell'isolare il voto inquinato di chi si trova in conflitto di interessi e allo stesso tempo rispettoso del ruolo di creditore rivestito da quest'ultimo al quale la legge attribuisce di regola il diritto di voto sul piano concordatario.

L'essere direttamente escluso dall'esprimere una preferenza infatti, costituisce un ostacolo all'accesso alla tutela del partecipante al voto da parte del Tribunale: questo può dirimere una controversia solo se adito da un creditore dissenziente in una classe a maggioranza dissenziente. La possibilità di una tutela da parte del Tribunale non è una situazione che può essere riconosciuta se si adotta la soluzione dell'esclusione dal voto del soggetto in conflitto di interessi giacché in questo frangente il soggetto escluso non può essere annoverato né tra i consenzienti né tra i dissenzienti essendo fin da principio sollevato dal prendere parte alle decisioni.

Una volta stabilito tuttavia che il creditore proponente non può votare la sua stessa proposta, la Cassazione estende ulteriormente il principio anche ai soggetti correlati a chi propone il concordato. Si riconosce appunto come questi siano facilmente influenzabili da chi propone l'accordo e come pertanto non farebbero altro che esprimere un voto che andrebbe nella stessa direzione del voto di colui che è stato esentato dalla possibilità di esprimersi. Per la nozione di correlazione si riprende la disciplina delle società e in particolare l'art. 2359 c.c. e lo IAS 24 per i principi contabili internazionali attraverso cui si identificano quali collegate le imprese che esercitano su altre un controllo di diritto, ovvero uno di fatto o, ancora, se esercitano un controllo che avviene su base esterna (vale a dire per mezzo di contratti tra le due società). Si presuppone che l'interesse personale che ha portato all'esclusione del proponente sia un interesse condiviso con questi soggetti

correlati e che il rischio di incorrere in un mercato del voto sia alto. Proprio per questo motivo anche i correlati debbono ugualmente essere sottoposti allo stesso trattamento di esclusione dal voto.

A livello europeo la questione del conflitto di interessi nell'ambito del fallimento è percepita come un argomento delicato trattato, così come anche in Italia, con determinati riguardi. In tutti gli ordinamenti presi in esame compare infatti almeno un articolo in cui il legislatore si preoccupa di escludere dal voto dei soggetti che si trovano in una particolare posizione di vicinanza col debitore e che non sarebbero certamente in grado di separare l'interesse comune col debitore di natura strettamente personale da quello comune con i creditori di natura economica: si tratta generalmente di escludere soggetti in un rapporto di parentela, di *trust*, di rapporti di lavoro subordinati o comunque di dipendenza economica. Tuttavia, in nessun altro Stato fuorché in Italia, si è rinvenuta la necessità di auspicare una norma che espressamente escludesse dal voto del concordato anche il proponente e i suoi correlati.

Nella circostanza in cui il proponente o i suoi correlati si esprimessero per l'approvazione del concordato, il problema più rilevante si configurerebbe nel caso in cui il creditore proponente detenesse anche la maggioranza dei crediti del debitore e pertanto la maggioranza dei voti esprimibili poiché si darebbe vita alla situazione in cui il creditore proponente -tramite il suo prevedibile voto a favore del piano da lui concepito- è in grado, da solo, di dare il via libera alla produzione degli effetti giuridici di tale accordo nei confronti di tutto il ceto creditorio andando a cagionare un danno alle minoranze incapaci di far pesare il proprio orientamento all'interno della decisione. All'interno dei meccanismi previsti per l'approvazione dell'accordo che pone fine al fallimento il voto espresso a maggioranza dei crediti e a maggioranza delle classi, la cui formazione rimane peraltro facoltativa e oggetto di ulteriori discussioni, è vincolante per tutti coloro abbiano preso parte alla delibera.

A ben guardare però, la tutela alle minoranze, nonostante la mancanza di una norma che espressamente vieti il configurarsi di una tale fattispecie, viene comunque fornita dai principi di diritto che stanno alla base di ogni ordinamento: il principio di maggioranza, che risulta efficace e correttamente applicato solo in presenza di un interesse comune ai

votanti, il principio di autonomia privata. Non ultimo a salvaguardia della minoranza la legge attribuisce a questa altri strumenti che è chiamata ad utilizzare ogni qual volta ritenga di essere stata ingiustamente schiacciata dal potere dei più. Si riporta come esempio il potere di fare ricorso al Tribunale per un riesame della decisione presa dalla massa dei creditori o quanto meno per un riesame della correttezza della procedura seguita nell'approvazione della stessa. Il ruolo del Tribunale pertanto, nonostante abbia perso la sua tradizionale centralità nell'ambito di una scelta di trattazione del dissesto finanziario dell'impresa per vie negoziali, rimane comunque fondamentale per assicurare il rispetto delle garanzie, della legge e la protezione delle minoranze.

Negli altri ordinamenti che sono stati presi in esame in Europa, segnatamente quello tedesco, quello inglese e quello francese, non ci sono stati precedenti giuridici nello stesso senso del caso italiano sottoposto all'attenzione della Corte di cassazione, nonostante le leggi vigenti in ciascun Paese siano pressoché uniformi in quanto ispiratesi tutte quante dall'esperienza statunitense del *Bankruptcy Act* e nello specifico del *Chapter 11* e si conformino alle direttive e ai regolamenti dell'Unione Europea.

L'orientamento seguito in passato dalla giurisprudenza italiana basandosi sulla sola lettera della legge, equivalente a quella degli altri Stati membri, non risulta affatto condivisibile alla luce della nuova pronuncia di legittimità. Si sosteneva infatti l'inesistenza del soggetto cui attribuire l'interesse comune di cui si parlava e che risulta necessario al fine di avere un conflitto con l'interesse personale di ciascuno, che certamente esiste. Si dava ulteriore sostegno a questa interpretazione sottolineando come il conflitto in un momento quale quello del concordato a chiusura del fallimento sia immanente poiché ognuno cercherà di ottenere dall'accordo il massimo soddisfacimento senza curarsi di ciò che possa essere attribuito agli altri componenti della massa creditoria se non nell'ottica di sviluppare un accordo svantaggioso per gli altri e migliore per sé. Oltretutto, l'esistenza di norme più chiare e comprensive in altri ambiti in cui il conflitto di interessi si presentava, non lasciava spazio ad una concezione di errore o dimenticanza da parte del legislatore ma rafforzava il convincimento dell'inesistenza di un pericolo di inquinamento del voto reso da coloro che pur versando palesemente in un conflitto di interesse non erano stati resi parte dell'elenco degli esclusi ex art. 127 commi 5, 6 L. fall.

Applicare la disciplina del conflitto in un panorama quale quello descritto avrebbe solamente comportato il paradosso di non avere la possibilità di vedere il voto di alcun partecipante.

La giustificazione della Cassazione tuttavia appariva del tutto incoerente con il comportamento pacificamente accettato delle azioni revocatorie proposte dal curatore fallimentare o con l'ammissione al passivo di un nuovo creditore poiché in ciascuna di queste situazioni la massa dei creditori, che nell'ambito del voto di approvazione del concordato non rappresenta un autonomo centro di interesse, appare invece come tale e non potrebbe in alcun modo considerarsi in modo contrario. Questo è il punto del sillogismo apparentemente inoppugnabile della Corte di cassazione che la dottrina ha smontato rivelandolo nella sua debolezza e non condivisibilità. Alla luce del rispetto dell'autonomia privata e del corretto funzionamento del principio di maggioranza è inoltre innegabile la necessità di interpretare estensivamente il comma 6 dell'art. 127 l. fall al fine di scongiurare lacune e gravi contrasti tra i principi fondamentali del nostro ordinamento e la legge che governa la risoluzione della crisi di impresa.

Sembra quindi che la pronuncia della Cassazione del maggio 2018 abbia solo rispolverato il ruolo dell'aspetto logico oltre che quello letterale e dell'approccio teleologico e sistematico nell'individuazione del significato delle norme. I giudici di legittimità hanno quindi reso esplicito, nella sentenza presa in esame, ciò che già di per sé era palese. Il trattamento che si riserva al conflitto di interesse in altri ambiti dell'ordinamento e all'interno della stessa legge fallimentare è omogeneo almeno nell'idea della necessità di evitare alcuna contaminazione delle decisioni prese con l'ottica di soddisfare un bisogno comune con gli interessi personali. Ma come spesso accade, i profili che si danno per scontati nell'attuazione di una regola finiscono poi per venire dimenticati o soverchiati da interpretazioni poco stabili delle norme -quali quelle fornite dagli orientamenti precedentemente seguiti da diverse sentenze di merito e dal precedente in sede di legittimità rappresentato dalla sentenza della Cassazione 10 febbraio 2011, n. 3274-.

BIBLIOGRAFIA

- A. AMATUCCI, *“Temporanea difficoltà e insolvenza”*, Liguori, 1979
- A. BASSI, *“Il concordato fallimentare”*, in V. BUONOCORE, A. BASSI, *“Trattato di diritto fallimentare”*, vol. III, CEDAM, 2011
- A. DI IULIO, *“Il concordato fallimentare: dalla presentazione del ricorso all’approvazione dei creditori”*, in U. APICE (a cura di) *“Trattato di diritto delle procedure concorsuali. Il fallimento”*, vol. II, G. Giappichelli editore, 2010
- A. FAROLFI, *“La crisi dei gruppi alla luce del nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza”*, 22/05/2019, disponibile su ilfallimentarista.it
- A. GIOVETTI, B. CONCA, *“La dichiarazione di fallimento”*, IPSOA, 2002
- A. IRACE, *“Sub art. 118”*, in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *“La riforma della legge fallimentare”*, II, 2006
- A. JORIO E S. FORTUNATO (a cura di), *“Relazione”*, in *“La riforma delle procedure concorsuali. I progetti”*, Milano, 2004.
- A. JORIO, *“I lineamenti di una nuova...improbabile legge fallimentare”*, *Giur. Comm. I*, 2005, p. 323.
- A. JORIO, *“Luci ed ombre della nuova Prodi”*, *Giurisprudenza Commerciale, I*, 1999, p. 5 ss.
- A. JORIO, *“Nuove regole per le crisi di impresa”*, *Il Fallimento*, 2000, p. 993 ss.
- A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *“Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali”*. Il Mulino, 2014
- A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *“Il diritto delle crisi delle imprese. Le procedure concorsuali”*, Il Mulino, 2009
- A. PALUCHOWSKY, *“I poteri del Tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo, con particolare riferimento alle ipotesi di conversione della procedura in fallimento”*, *Dir. Fall.*, I, 2006, p. 595.
- A. ROSSI, *“Gli interessi nel comitato dei creditori”*, *Il Fall*, 2010, p. 1122

- B. LIBONATI, “*Prospettive di riforma sulla crisi dell’impresa*”, *Giurisprudenza Commerciale*, II, 2001, p. 330.
- B. LIBONATI, “*Prospettive di riforma sulla crisi dell’impresa*”, *Giur. Comm.*, II, 2001, p. 327
- BIENENSTOCK, “*Bankruptcy reorganization*”, in *Practicing law institute*, New York City, 1987, p. 620
- C. FERRI, “*I creditori privilegiati nella disciplina del nuovo concordato preventivo*”, *Il fall.*, 2006, p. 697
- C. M. BIANCA, “*Le autorità private*”, E. Jovene, 1977
- C. VALENTE, “*La Corporate Reorganization: elementi di comparazione e di prospettiva a seguito della recente riforma della disciplina concorsuale italiana*”, *Dir. Fall.*, I, 2008, pp. 470-471.
- CALANDRA BUONAURA, R. SACCHI, “*Verso un nuovo diritto della crisi di impresa?*”, *Giur. Comm.*, II, 2016, p. 930 e 935
- Code de Commerce, Article L626-30-2
- D. PREITE,” *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio*”, in G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE, “*Trattato delle società per azioni*”, 3, UTET, 1993
- D.l. 23 dicembre 2003, n. 347.
- DANOVI, GIACOMELLI, RIVA, RODANO, “*Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d’impresa: il concordato preventivo*”, in “*Questioni di Economia e Finanza*”, II, disponibile su www.bancaditalia.it
- E. AGUGLIA, “*Il processo per la dichiarazione di fallimento*”, CEDAM, 2001
- E. FRASCAROLI SANTI, “*Il concordato fallimentare*”, in A. DIDONE, “*Modelli e tecniche dei processi civili. Le riforme della legge fallimentare*”, tomo II, UTET Giuridica, 2009
- E. GARBAGNATI, “*Fallimento ed azioni dei creditori*”, *Rivista di diritto processuale civile*, 1960, p. 370
- E. NORELLI, “*La sistemazione dell’insolvenza attraverso il nuovo concordato fallimentare*”, *Rivista dell’esecuzione forzata*, 2006, p. 279

- F. CARNELUTTI, “*Natura del processo di fallimento*”, *Rivista di diritto processuale civile*, I, 1937, p. 213
- F. D’ALESSANDRO, “*Conflitto di interesse tra socio e società*”, *Giur. Comm.*, I, 2007, pp. 7-8
- F. FAZZALARI, “*La giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*”, CEDAM, 1953
- F. FERRARA, “*Il fallimento*”, Giuffrè, 196
- F. GUERRERA, “*Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*”, *il Fall.*, 2008, p 1081
- F. GUERRERA, “*Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi, prospettive, anche alla luce del decreto correttivo*”, *Il fall.*, I, 2007, p. 826.
- F. JR. FERRARA, A. BORGIOLI, “*Il fallimento*”, V ed., Giuffrè, 1995
- F. MARELLI, “*Cassazione della sentenza di fallimento per incompetenza, nuova dichiarazione e prospettive di conservazione degli effetti*”, *Il fall.*, II, 2004 pp. 915 e ss.
- F. RUSSO, “*Procedimento per la dichiarazione di fallimento*”, in U. APICE (a cura di) “*Trattato di diritto delle procedure concorsuali. La dichiarazione e gli effetti del fallimento*”, vol. I, G. Giappichelli Editore, 2010
- F. SANTI, “*Amministrazione e controlli*”, Cedam, 2010
- FALCONE, GUALANDI, BONFATTI, NICOLINI, DE BIASI E GRANATA, “*La riforma della legge fallimentare in Quaderni di giurisprudenza commerciale*”, Giuffrè, 2005
- FIORI, TISCINI, *Economia aziendale*, Egea Edizioni, 2014
- FORTUNATO, “*Il nuovo diritto fallimentare*”, *Commentario* diretto da A. JORIO E M. FABIANI, Bologna, 2006
- G. BAVETTA, voce “*Liquidazione coatta amministrativa*” in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974
- G. BOCCUZZI, “*L’inefficacia delle procedure di gestione delle crisi in Italia*”, in “*Crisi dell’impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*”, Banca d’Italia, Roma, 1996.
- G. BONELLI, “*Del fallimento*”, in “*Commentario al Codice del commercio*”, terza edizione, V. ANDRIOLI (a cura di), Vallardi editore, 193

- G. BONGIORNO, “*Commento all’art. 9 e 9-ter*”, in A. JORIO, M. FABIANI (a cura di) “*Commentario il nuovo diritto fallimentare*”, 2007
- G. BOZZA, “*La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*”, *Il fall.*, 2005, p. 1209
- G. BOZZA, “*Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*”, *il Fallimento*, 2005, p. 954
- G. CAPO, “*La chiusura e la riapertura del fallimento*”, in U. APICE (a cura di), “*Trattato di diritto delle procedure concorsuali. La procedura fallimentare*”, vol. II, G. Giappichelli editore
- G. COTTINO, “*Contrattualismo e istituzionalismo (variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*” in *Rivista delle Società*, 2005, pp. 693 ss.
- G. D. MOSCO, “*Le società quotate. Casebook*”. Cacucci editore, 2018, p. 262
- G. D’ATTORRE, “*Il conflitto di interessi tra i creditori nei concordati*”, *Giur. Comm. I*, 2010, p. 404
- G. D’ATTORRE, “*Il voto nei concordati e il conflitto di interessi fra creditori*”, *Il Fall.*, 2012, p. 757 ss.
- G. D’ATTORRE, “*La maior pars non è sempre la sanior pars: i creditori in conflitto di interessi non possono votare sulla proposta di concordato*”, *Giur. Comm., II*, 2018, p. 318
- G. D’ATTORRE, “*Le sezioni unite riconoscono (finalmente) il conflitto di interessi nei concordati*”, *Il fall.*, 2018, p. 964
- G. F. CAMPOBASSO, “*Diritto commerciale. Contratti titoli di credito procedure concorsuali*”. V edizione, UTET giuridica, 2015
- G. FERRI JR., “*In tema di piccola impresa tra Codice civile e legge fallimentare*”, *Riv. Dir. Comm., I*, 2007, p. 735 ss.
- G. LO CASCIO, “*Il fallimento e le altre procedure concorsuali*”, IV ed., IPSOA, 2007
- G. LO CASCIO, “*Insolvenza Alitalia: conversione del decreto legge sull’insolvenza*”, *Il Fallimento*, 2008, pp. 1115 ss.
- G. MINUTOLI, “*Quale futuro per il Giudice delegato (la riforma del diritto fallimentare tra pretese di efficienza ed emarginazione della giurisdizione)*”, *Il Fall.*, 2005, pp. 1466 ss

- G. NUZZO, “*Alcune proposte di “trapianto” del diritto straniero in tema di conflitti di interesse dei creditori nel concordato tra disciplina vigente e riforma della legge fallimentare*”, *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 659
- G. NUZZO, “*Rules vs. Standards e voto nei concordati*”, *Banca borsa e titoli di credito*, I, 2019, p. 83
- G. P. VILLANI, “*Il diritto fallimentare riformato*”, commento sistematico a cura di G. SCHIANO DI PEPE, CEDAM, 2007
- G. PELLEGRINO, “*La riforma della legge fallimentare*”, *Dir. Fall.*, I, 2006, pp. 335 ss.
- G. RAGUSA MAGGIORE, “*Istituzioni di diritto fallimentare*”, CEDAM, 1988
- G. TERRANOVA, “*Imprenditore e imprese nelle procedure concorsuali*”, G. Giappichelli Editore, 2014
- G. TERRANOVA, “*L’impresa nel sistema del diritto commerciale*”, *Rivista di Diritto commerciale e marittimo*, I, 2004, pp. 1 ss.
- G. TERRANOVA, “*Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*”, *Giur. Comm.*, I, 1996, pp. 82 ss.
- G. TERRANOVA, “*Stato di crisi, stato d’insolvenza, incapacienza patrimoniale*”, *Dir. Fall.*, I, 2006, pp. 562-564
- G. U. TEDESCHI, “*Della cessazione della procedura fallimentare*”, in “*Le procedure concorsuali. Il fallimento*”, I, 1996
- G. U. TEDESCHI, “*Manuale del nuovo diritto fallimentare*”, CEDAM, 2006
- Insolvency Act*, 1986, Section 435
- Intervista al Ministro delle attività produttive On. A. Marzano, quotidiano *Il sole 24 ore*, 27 dicembre 2003, p. 2.
- L. BIANCHI D’ESPINOSA, “*Progetti per una riforma di legge fallimentare*”, *Diritto fallimentare*, I, 1968, pp. 301 ss.
- L. GUATRI, “*Crisi e risanamento dell’impresa*”, Giuffrè, 1986

- L. STANGHELLINI, “*Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*”, il *Corriere giuridico*, aprile 2019, pp. 449 ss.
- L. STANGHELLINI, “*La crisi di impresa fra diritto ed economia*”, Il Mulino, 2007
- L. STANGHELLINI, “*Sub art. 124*”, in A. JORIO, M. FABIANI (a cura di), “*Il nuovo diritto fallimentare*”, Zanichelli editore, 2007
- Lo IAS 24 e la definizione di parti correlate*”, 13 aprile 2015, disponibile su www.borsaitaliana.it
- M. CRISTIANO, “*Sub art. 129*”, in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, “*La legge fallimentare dopo la riforma*”, II, G. Giappichelli editore, 2010
- M. FABIANI, “*Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*”, *Il fall.*, 2008, p. 1104.
- M. FABIANI, “*Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*”, *Il Fall.*, 2009, p. 437 ss.
- M. FABIANI, “*Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all’eccezione: un testo unico per l’amministrazione straordinaria e la gestione di gruppi transnazionali?*”, *Il foro italiano*, I, 2004, pp. 1570 ss.
- M. FABIANI, “*Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*”, *Il Fall.*, 2008, p. 9
- M. FABIANI, “*L’impugnazione del decreto di omologazione nel concordato preventivo*”, *Il fall.*, 2006, p. 1085
- M. FABIANI, “*La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*”, *Giur. Comm.*, II, 2012, p. 303
- M. FABIANI, “*Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*”, *Giur. Comm.*, I, 1996, pp. 82 ss.
- M. FERRO, “*L’istruttoria prefallimentare*”, UTET, 2001
- M. FERRO, “*La legge fallimentare. Commentario tecnico-pratico*”, CEDAM, 2008
- M. FERRO, A. RUGGIERO, A. DI CARLO, “*Concordato preventivo, Concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*”, G. Giappichelli editore, 2009.

- M. SANDULLI, *“La crisi dell’impresa il fallimento e le altre procedure concorsuali”*, G. Giappichelli Editore, 2009
- M. SCIUTO, *“La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un’analisi comparatistica)”*, *Giur. Comm.*, I, 2007, p. 566.
- M. SPIOTTA, *“Chi formula la proposta di concordato non può votarla: il dictum delle Sezioni unite”*, *Giurisprudenza Italiana*, 2018, p. 2413.
- MAFFEI ALBERTI, *“Sub art. 124”*, in *“Commentario breve alla legge fallimentare”*, V ed., CEDAM, 2009
- Ministro Guardasigilli Grandi, Relazione al re per l’approvazione del testo del Codice civile, udienza del 16 marzo 1942-XX.
- N. PICARDI, *“La dichiarazione di fallimento. Dal procedimento al processo”*., Giuffrè, 1974.
- N. ROCCO DI TORREPADULA, *“La crisi dell’imprenditore”*, *Giurisprudenza commerciale*, I, 2009, pp. 231 e ss.
- NORELLI, *“Il concordato fallimentare “riformato” e “corretto””* disponibile su www.judicium.it
- P. BASTIA, *“La soluzione negoziata della crisi d’impresa: dalla domanda all’attuazione operativa. I progetti aziendali e le scelte processuali”*, in M. FERRO, P. BASTIA, G. M. NONNO (a cura di), *“Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione”*, IPSOA- Gruppo Wolters Kluwer, 2013
- P. FARINA, *“Cessazione della vendita forzata: quale tutela per l’aggiudicatario?”*, *Rivista dell’esecuzione forzata*, 2006, pp. 625 ss.
- P. PAJARDI, *“Manuale di diritto fallimentare”*, Giuffrè, 1986
- P. PAJARDI, *“Riflessioni e appunti sul progetto di legge fallimentare dell’Ordine dei Dottori Commercialisti”*, *Monitore dei Tribunali*, 1973, pp. 84 ss.
- P. PAJARDI, A PALUCHOWSKY, *“Manuale di diritto fallimentare”*, VII ed., Giuffrè editore, 2008
- P. RONCOLETTA, *“Del concordato. Art. 124”*, in P. PAJARDI, V. COLESANTI, *“Codice del fallimento”*, V ed., Giuffrè editore, 2004
- P. VELLA, *“Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani”*, *Crisi di impresa e fallimento*, 31 dicembre 2015, disponibile su www.ilcaso.it.

- P.G. JAEGER, “*Par condicio creditorum*”, *Giur. Comm.*, 1984, I, pp. 88 e ss.
- POTITO, SANDULLI, *sub art. 1*, IN NIGRO, SANDULLI (a cura di), “*La riforma della legge fallimentare*”, G. Giappichelli Editore, 2006
- “*Principi e criteri direttivi per una nuova legge fallimentare*”, *Relazione*, *Giur. Comm.*, I, 1985, pp. 154 ss.
- R. BARONTINI, “*Costi del fallimento e gestione delle crisi nelle procedure concorsuali*”, in L. CAPRIO, “*La gestione delle crisi di impresa in Italia*”, 1997
- R. BIN, G. PITRUZZELLA, “*Diritto costituzionale*”, G. Giappichelli editore, 2014
- R. CARLEO, S. MARTUCELLI, S. RUPERTO, “*Istituzioni di diritto privato*”, DIKE giuridica editrice, 2014
- R. PROVINCIALI, “*Trattato di diritto fallimentare*”, vol. 1, Milano, 1962
- R. RIEDI, “*La chiusura del fallimento*”, in V. VITALONE, S. CHIMENTI, R. RIEDI, “*Il diritto processuale del fallimento*”, G. Giappichelli editore, 2008
- R. ROSSI, “*L’amministrazione straordinaria tra Prodi-bis, decreto Marzano e Legge 18 febbraio 2004, n. 39*”, *Diritto Fallimentare*, I, 2004, pp. 634 ss.
- R. SACCHI, “*Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell’Autorità giudiziaria*”, Allegato, *Il Fall.* 2009, p. 32
- R. SACCHI, “*Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*”, *Il Fall.*, 2009, p. 1067
- R. VIALE, “*L’uso alternativo del concordato preventivo*”, *Giur. Comm.*, I, 1979, p. 231 ss.
- Relazione al d.d.l. della seconda Commissione Trevisanato
- ROCCO DI TORREPADULA, “*La crisi dell’imprenditore*”, *Giur. Comm.*, I, 2009, p. 225.
- S. AMBROSINI, “*Chiusura e riapertura del fallimento*”, in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, “*Il fallimento, Trattato di diritto commerciale*”, diretto da Cottino, vol. XI, CEDAM, 2009
- S. AMBROSINI, “*La suddivisione in classi del ceto creditorio*”, in “*Le altre procedure concorsuali*”, G. Giappichelli Editore, 2014
- S. BONFATTI, L. PANZANI, “*La riforma organica delle procedure concorsuali*”, IPSOA- Gruppo Walters Kluwer, 2008

- S. BONFATTI, P. F. CENSONI, “*Manuale di diritto fallimentare*”, CEDAM, 2007
- S. CINIERI, “*Riforma crisi impresa: tutte le novità in sintesi*”, *Pratica Fiscale e Professionale*, n. 11 del 18 marzo 2019, p. 19.
- S. MORRI, F. GIOVANNARDI, “*Il conflitto d'interessi tra creditori nel concordato preventivo e fallimentare*”, Focus del 19 dicembre 2016, disponibile su www.ilfallimentarista.it
- S. PACCHI, “*Il nuovo concordato preventivo*”, Giuffrè, 2005
- S. PACCHI, “*Manuale di diritto fallimentare*”, Giuffrè, 2007
- S. SATTA, “*Diritto fallimentare*”, II ed. ampliata da R. VACCARELLA E F.P. LUISO, CEDAM, 1990
- S. SATTA, “*Istituzioni di diritto fallimentare*”, IV ed., Soc. ed. del foro italiano, 1953
- SAVIGNY, “*Sistema del diritto romano attuale*”, Torino, 1886.
- T. BAGNULO, “*Storia del fallito che a forza di lettere di credito si è finalmente liberato del berretto verde*”, *Filodiritto*, 5 aprile 2019, disponibile su <https://www.filodiritto.com/print/pdf/node/32375>.
- Titolo II d.d.l. Trevisanato.
- Titolo III d.d.l. Trevisanato.
- U. EHRICKE, “*München Kommentar zur InsO*”, 3. Aufl. Munich, 2013, paragrafo 78, Rn. 17
- V. CAVALAGLIO, “*Spunti in tema di regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza e riforma urgente della legge fallimentare*”, *Il fall.*, 2003, pp. 235 ss.
- V. COLUSSI, voce “*Amministrazione controllata*” in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1988.
- V. CONFORTINI, “*Interesse di classe e autonomia concorsuale*”, *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 1234
- V. NAPOLEONI, “*Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: i chiaroscuri della riforma*”, *Nuove leggi civ.*, 1999, p. 107.
- V. VITALONE, “*Il fallimento e la ragionevole durata del processo*”, in V. VITALONE, S. CHIMENTI, R. RIEDI, “*Il diritto processuale del fallimento*”, II ed., G. Giappichelli editore, 2010

V. VITALONE, S. CHIMENTI, R RIEDI, “*Il diritto processuale del fallimento*”, II, G. Giappichelli editore, 2010

V. ZANICHELLI, “*I concordati giudiziali*”, UTET, Torino, 2010

V. ZANICHELLI, “*La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs. 12.9.2007, n. 169*”, UTET Giuridica, 2008

SITOGRAFIA

<http://www.legislation.gov.uk/uksi/1986/1925/contents/made>

<https://www.filodiritto.com/print/pdf/node/32375>.

<https://www.gov.uk/government/publications/rule-741-statement-of-affairs-company-winding-up>

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/section/249>

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/section/435>

www.bancaditalia.it

www.ilcaso.it

www.ilfallimentarista.it

www.judicium.it

GIURISPRUDENZA

Case C-200/97, *Ecotrade v Altiforni e Ferriere di Servola*, I-7907

Case C-295/97 *Soc. Industrie aeronautiche e meccaniche Piaggio v Dornier Luftfahrt GmbH*, I-3735

Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274 in *Il Fall.* 2011

Cass. 18 aprile 2006, n. 8959.

Cass. 18 maggio 2006, n. 11732, in *Il fall.*, 2006

Cass. 31 dicembre 2009, n. 28318, in CED Cassazione 2010.

Cass. Sez. Unite 28 marzo 2006 n. 7028.

Cass. Sez. Unite, Sent. 28 maggio 2018, n. 17186

Corte costituzionale 22 dicembre 1989, n. 570, in *Fall.* 1990

Corte costituzionale sent. 141/1970

Corte d'Appello di Bari, 18 novembre 2003, in *Il fall.*, II, 2004

Corte d'Appello Reggio Calabria, 5 febbraio 2009, *Il Fall*, 2009

Corte d'Appello Roma 1luglio 1985, *Fallimento*, 1986

Kaisha v. Dodson, 423 B.R. 888, 901 (N.D. Cal. 2010)

Reinbold, 182 B.R. 244, 246 (D. S.D. 1995)

Trib. Avezzano, 8 febbraio 1978, *Giur. Comm.*, II

Trib. Bari, 4 marzo 1985, *Il fall.*, 1985

Trib. Cassino, 10 febbraio 1989, *Dir. Fall.*, 1990, II

Trib. Ferrara 28 giugno 1980, *Giur. Comm.*, II, 1981

Trib. La Spezia, 29 gennaio 2008 disponibile su www.ilcaso.it;

Trib. Massa, 3 dicembre 1984, *Il fall.*, 1985

Trib. Milano, Sez. II, 18 gennaio 2011, *Giurisprudenza Italiana*, I, 2012

Trib. Pescara 20 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2006

Trib. Roma, 28 maggio 1986, *Il Fall.*, 1986,

Trib. di Roma, Sent. 4 maggio 2015, n. 9479

Trib. Teramo 24 giugno 2014, disponibile su <https://www.unijuris.it/node/2476>

Trib. Teramo, 28 luglio 2017, disponibile su www.ilfallimentarista.it, 12 febbraio 2018

