

## IL CONFLITTO D'INTERESSI FRA CREDITORI NEI CONCORDATI

1. Per una casuale e non certo voluta concomitanza, il rinnovato novero di soluzioni giuridiche che il legislatore italiano ha messo a disposizione degli imprenditori per risolvere convenzionalmente le crisi d'impresa ha avuto modo di essere ampiamente messo alla prova, per effetto dell'attuale difficile congiuntura economica. Conseguenza della combinazione della diffusa difficoltà finanziaria, che ha colpito un ampio numero di imprenditori, e della opportunità di affrontare la crisi con strumenti giuridici più flessibili è stato il massiccio ricorso alle procedure concordatarie.

Il moltiplicarsi delle procedure porta con sé benefici, in termini di conservazione dei livelli produttivi ed occupazionali e di rapidità nelle definizioni, ma anche, ed inevitabilmente, delle esternalità negative, con il trasferimento dei “costi” in capo ai creditori.

Senza indugiare in analisi di tipo economico o sociologico, un valido percorso d'indagine, in una prospettiva di stretta interpretazione e applicazione del diritto positivo, è quello che si interroghi sui mezzi di tutela che l'ordinamento appresta per i “creditori di minoranza”<sup>1</sup>, chiamati a sopportare non solo il peso ultimo della crisi dell'imprenditore, ma anche le scelte dei “creditori di maggioranza”. All'interno di questa ampia materia, uno specifico e peculiare rilievo assume il tema della disciplina del conflitto d'interessi tra i creditori nelle procedure di concordato, quale tipico strumento di protezione dei creditori di minoranza.

Proprio il problema del conflitto d'interessi fra i creditori nel concordato fallimentare e nel concordato preventivo, che, fatte salve alcune autorevoli eccezioni<sup>2</sup>, scarso interesse aveva suscitato nel vigore della previgente legge fallimentare, è tornato improvvisamente al centro della scena, tanto sul piano della riflessione teorica<sup>3</sup> quanto su quello delle pronunce giurisprudenziali.

<sup>1</sup> Sui “creditori di minoranza”, vedi SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fall.*, 2009, 1062 ss.

<sup>2</sup> SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, *passim* e spec. 261 ss.; JAEGER, «Par condicio creditorum», in *Giur. comm.*, 1984, I, 88 ss.; D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti*, in *Fallimento*, 1990, 189 ss. il quale osservava che i temi del conflitto di interessi e dei diritti individuali dei creditori «mi sembrano di rilevante interesse pratico e teorico e invece parecchio trascurati dagli interpreti; il che sorprende se si considera l'ampia elaborazione a tutti nota dei corrispondenti problemi societari». Alcuni spunti anche in CASSOTTANA, *Convenienza del concordato preventivo e pari trattamento dei creditori*, in *Fallimento*, 1996, 918 ss. ed in GHIA, *Conflitti tra creditori e decisioni gestionali nelle procedure concorsuali*, in *ivi*, 1996, 5 ss.

<sup>3</sup> Fra i contributi più significativi vedi SACCHI, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fall.*, 2009, 32 ss.; ID., *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, cit., 1062 ss.; FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, 437 ss.; ID., *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 164 ss.; STANGHELLINI, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, 381; PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, 209 ss.

Le ragioni di questa mutata attenzione verso il tema sono diverse. Anzitutto, l'originaria disciplina del concordato preventivo e del concordato fallimentare prevedeva quale momento caratterizzante della procedura un giudizio di convenienza del tribunale. L'intervento obbligatorio del tribunale veniva così ad "immunizzare", sia pure *ex post* rispetto alla votazione, i possibili effetti pregiudizievoli per i creditori di minoranza che potevano prodursi per effetto dell'esplicarsi di un conflitto d'interessi<sup>4</sup>. Lo scenario è mutato a seguito della riforma fallimentare che, eliminando il controllo di convenienza del tribunale, ha reso più delicato e, allo stesso tempo, più sentito il problema della tutela della genuinità della manifestazione del voto dei creditori rispetto alle possibili influenze esterne. A ciò si aggiunga che, sempre nel sistema anteriore, la legittimazione alla proposizione del concordato fallimentare era riservata esclusivamente al fallito e che il legislatore disciplinava espressamente le esclusioni dal voto del coniuge e dei parenti del fallito (art. 177, comma 3, c.c.); nel sistema novellato, invece, la legittimazione è attribuita anche ai creditori ed ai terzi, così aprendo le porte al problema del possibile conflitto d'interessi del creditore che sia allo stesso tempo proponente.

Ad un maggior rilievo pratico della questione ha fatto, tuttavia, riscontro il permanere, in parte della dottrina e della giurisprudenza, di una certa diffidenza in ordine alla legittimità dell'inquadramento del tema nella fattispecie del conflitto d'interessi tra i creditori.

Al fondo di questa posizione vi è, più che la mancanza di una norma espressa al riguardo, l'idea secondo cui vi sarebbe una incompatibilità logica tra la fattispecie del conflitto d'interessi e la disciplina concorsuale, e ciò precluderebbe anche la possibilità di trasporre in campo fallimentare i principi e le soluzioni raggiunte in ambito societario con riferimento al conflitto d'interessi tra soci. La differenza di ordine strutturale tra le due fattispecie si rinviene nel fatto che le società (o anche il condominio) avrebbero una propria soggettività giuridica, così che può porsi un conflitto tra interesse del socio e interesse distinto della società (o del condominio), mentre nei concordati non si avrebbe una soggettivizzazione della massa dei creditori, così che il conflitto si porrebbe esclusivamente tra i singoli creditori, non già tra l'interesse particolare del creditore e l'interesse collettivo del distinto soggetto rappresentato dalla massa creditoria<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Vedi, ad esempio, SACCHI, *Il principio*, cit., 324 ss., secondo cui, nel sistema previgente, la tutela degli interessi dei creditori nel concordato non era affidata all'operare del principio maggioritario nella votazione, che svolgeva la sola funzione di "garanzia ulteriore" rispetto alla garanzia primaria rappresentata dal controllo del Tribunale.

<sup>5</sup> In questo senso, con specifico riferimento al conflitto d'interessi disciplinato dall'art. 37bis l.fall., ma con argomentazioni estese all'intero sistema concorsuale, si è affermato che «il richiamo al conflitto di interessi ci sembra improprio perché, nel significato assunto nel diritto societario, dal quale probabilmente è stato mutuato, esso presuppone un contrasto tra interesse unitario comune, perseguito essenzialmente da un ente collettivo, ed interesse individuale, perseguito dal singolo che di tale ente faccia parte, per finalità sue proprie ed extragruppo ... Ma qui coesistono tanti interessi individuali quanti sono i singoli creditori, ognuno dei quali è paritetico a quello degli altri con i quali è potenzialmente in conflitto ... La prevalenza è qui data non dall'esistenza di un interesse collettivo, riferibile ad un gruppo personificato (nel caso di specie la cd. massa), e destinato ad essere preferito, in quanto tale, a quello dei singoli, ma, a ben vedere,

E' proprio in questi termini che si esprime, sotto il vigore del testo riformato della legge fallimentare, una recente giurisprudenza di merito<sup>6</sup>, che, affrontando un complesso problema di legittimazione al voto di taluni creditori su una proposta di concordato fallimentare, ha affermato che *«il nostro ordinamento dà rilievo al conflitto d'interessi come causa d'invalidità delle dichiarazioni di volontà solo quando esso possa inquinare il comportamento di un soggetto, al quale sia attribuito il potere di esprimere o concorrere a formare la volontà di altro soggetto portatore di un interesse contrapposto al suo ... il conflitto d'interessi di più soggetti, ciascuno dei quali è chiamato ad esprimere direttamente la propria volontà trova, invece, forme diverse di soluzione»*. Partendo da questo presupposto, la Corte ha testualmente concluso nel senso che *«il sistema normativo che regge la disciplina del voto nel concordato non conosce la fattispecie del conflitto di interessi tra creditori rispetto alla proposta di concordato»*<sup>7</sup>.

La novità del dato normativo consiglia una revisione del problema del conflitto d'interessi fra creditori nei concordati, che verifichi in primo luogo la stessa configurabilità in astratto della fattispecie in ambito concorsuale e che, in caso di risposta affermativa, ne tratteggi campo di applicazione e conseguenze applicative.

2. Si diceva poc'anzi che nel sistema concorsuale, a differenza che in quello societario, non esiste una norma espressa che tipizzi e disciplini il conflitto d'interessi tra creditori nel concordato. Questa affermazione può tenersi ferma se si guarda alla legge fallimentare da un punto di vista formale, ma deve essere rettificata nel momento in cui si abbandona il piano meramente formale-terminologico e si affronta il testo normativo da un punto di vista sostanziale delle posizioni giuridiche tutelate.

Vero è che leggendo gli articoli dedicati al concordato preventivo ed al concordato fallimentare, sia nella versione originaria che in quella novellata, non troviamo una

---

solo dalla circostanza contingente che l'interesse da tutelare (e rispetto al quale gli altri sono in conflitto) appartiene ad un gruppo di creditori che è maggioritario, sul piano quantitativo» (SCHIAVON, Sub art. 37bis, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 329).

<sup>6</sup> App. Napoli, 19 maggio 2009, n. 7462 (inedita).

<sup>7</sup> Nello stesso senso, vedi Trib. Reggio Emilia, 1° marzo 2007, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it): «ad avviso del collegio la questione della validità o meno dei voti della società controllante L.V. S.r.l. è mal posta se inquadrata in termini di conflitto di interessi, vuoi perché alla esistenza di tale conflitto la legge non ricollega nel caso di specie alcuna conseguenza in ordine alla validità del voto – né pare lecito che sia il tribunale ad elaborare categorie di invalidità che devono essere espressamente previste dalla legge – vuoi perché la fattispecie del conflitto sussiste ogni volta che un soggetto, dovendo perseguire gli interessi di un altro soggetto, persegue invece i propri, come accade ad es. nella ipotesi dell'amministratore di società che vota in modo determinante nelle deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo (artt. 2391, 2629 bis c.c.) o del rappresentante che conclude un contratto con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte (art. 1395 c.c.); che nel caso in esame non può dirsi che L.V. S.r.l., nella espressione del voto, abbia realizzato un conflitto con interessi di terzi soggetti che era chiamata formalmente o istituzionalmente a rappresentare, essendo incontestabile, a parere del collegio, che la società, nel votare, abbia inteso realizzare un proprio interesse e che in definitiva tale interesse era del tutto coincidente con quello della sua debitrice; e, del resto, che poi il voto – e l'interesse da esso sotteso e perseguito da L.V. S.r.l. – si sia posto in conflitto con il voto dei creditori dissenzienti è fatto che appartiene alla stessa fisiologia della procedura concorsuale e non è certo idoneo a configurare la esistenza di un conflitto di interessi nel senso evocato dai F.; se non altro perché in alcun modo la società era portatrice di interessi degli altri creditori concorsuali».

norma rubricata, al pari dell'art. 2373 c.c., "conflitto d'interessi", né questa locuzione la si incontra nel testo delle norme. Anzi, allargando lo sguardo all'intera legge fallimentare, e non solo alle Sezioni ed ai Titoli dedicati ai concordati, si nota come questa locuzione fosse del tutto estranea all'intera legge fallimentare nella sua versione originaria del 1942. Solo a seguito della riforma, la locuzione "conflitto d'interessi" ha fatto il suo ingresso nella legge fallimentare, ma non in relazione alla disciplina dei concordati, quanto con riferimento agli organi del fallimento. L'art. 28, u.c., l.fall., dispone che non possa essere nominato curatore chi «si trovi in conflitto di interessi con il fallimento». L'art. 37bis, comma 2, l. fall., in tema di sostituzione del curatore ad istanza dei creditori, dispone che «dal computo dei crediti, su istanza di uno o più creditori, sono esclusi quelli che si trovano in conflitto di interessi»; l'art. 40 l. fall., in tema di comitato dei creditori, precisa che «il componente del comitato che si trova in conflitto di interessi si astiene dalla votazione». Per quanto identiche sotto il profilo terminologico, le fattispecie di conflitto d'interessi ora disciplinate testualmente dagli artt. 28, 37bis e 40 l. fall. divergono rispetto a quella del conflitto d'interessi tra i creditori. La fattispecie di cui all'art. 28 l.fall. si verifica tutti i casi in cui il soggetto abbia avuto rapporti con il fallito che potrebbero determinare l'avvio di azioni da parte del fallimento nei suoi confronti: ad esempio, quando il soggetto abbia compiuto atti suscettibili di revocatoria ordinaria o fallimentare<sup>8</sup>. In tal caso, si corre il rischio che la sua successiva determinazione in ordine alle azioni da proporre possa essere condizionata da tale situazione. Il conflitto d'interessi rilevante ai sensi dell'art. 37bis è il conflitto che i creditori hanno nei confronti del curatore in conseguenza delle decisioni e delle attività da questi assunte sino all'udienza fissata per l'esame dello stato passivo<sup>9</sup>. Più vicino a quello dei concordati, ma comunque non pienamente coincidente, è il conflitto d'interessi del componente del comitato dei creditori *ex* art. 40 l.fall., che ricorre allorché un componente sia portatore di un proprio interesse personale rispetto alla decisione da assumere, «talché egli non può perseguire la difesa del bene comune senza sacrificare il proprio personale tornaconto»<sup>10</sup>. In via di prima approssimazione, invece, il conflitto d'interessi tra creditori nei concordati evoca il diverso problema che si realizza quando, in occasione del voto su una proposta di concordato, il creditore (qualunque creditore, non solo il componente del comitato dei creditori) si trovi ad essere portatore di due diversi interessi: l'uno, tendenzialmente comune a tutti i creditori, diretto alla migliore regolazione del dissesto, l'altro, personale e non condiviso con gli altri creditori, incompatibile con il primo. Altra differenza è da ravvisare nel diverso rilievo che assumono i creditori quando devono votare in qualità di componenti del comitato dei

<sup>8</sup> SPAGNUOLO, *Sub art. 28*, in in *La riforma delle legge fallimentare* a cura di A. Nigro e M. Sandulli, I, Torino, 2006, 175.

<sup>9</sup> Vedi, in argomento, BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, (cap. 5, par. 5); D'ATTORRE, *Sub art. 37 bis*, in *La riforma delle legge fallimentare* a cura di A. Nigro e M. Sandulli, I, Torino, 2006, 239; PAJARDI, *Codice del fallimento* a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, Milano, 2009, 421.

<sup>10</sup> SCHIAVON, *Sub art. 40*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 354.

creditori e quando devono votare sulla proposta di concordato: solo nel primo caso essi sono portatori di un *munus publicum* che impone di assicurare la serenità della manifestazione del voto. Come di vede, si tratta di fattispecie differenti e non sovrapponibili.

Nondimeno, per quanto non formalmente presente nelle rubriche o nei testi degli articoli, il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati era già (ed è tuttora) disciplinato sostanzialmente dalla legge fallimentare. Disciplina sostanziale vuol dire che il legislatore ha dettato talune norme che trovano la propria *ratio* nella volontà di evitare che il voto dei creditori sulla proposta di concordato sia oggetto di influenze esterne, non condivise fra tutti i creditori e non determinate sulla base della convenienza della proposta di concordato.

Il riferimento è, ovviamente, all'art. 127, commi 5 e 6, l. fall. (comma 3 nella versione ante riforma), che, in tema di voto nel concordato fallimentare, dispone che «sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge del debitore, i suoi parenti ed 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 fallimento. La stessa disciplina si applica ai crediti delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo»; norma simile, pur se meno analitica, è dettata in tema di concordato preventivo dall'art. 177, comma 4, l. fall.

La dottrina, sia nel vigore della disciplina previgente che nel sistema novellato, non ha mai avuto dubbi nell'individuare la *ratio* delle esclusioni nella esigenza di evitare possibili distorsioni dell'impiego del voto rispetto a quello che sarebbe l'unico interesse a tutela del quale il voto è concesso, cioè la migliore e più rapida soddisfazione dei crediti chirografari<sup>11</sup>, o, con formula ancora più significativa, nella presunzione assoluta di conflitto d'interessi con gli altri creditori concorsuali<sup>12</sup>. Un problema di conflitto d'interessi, quindi, esiste nel sistema concorsuale e nella sua disciplina, e degli effetti che da tale conflitto derivano per i creditori il legislatore si è fatto carico, dettando una normazione puntuale. Alcune specifiche categorie di creditori, analiticamente individuate dalla legge, non sono legittimate a votare sulle proposte di concordato preventivo e di concordato fallimentare perché si presume che esse versino in stato di conflitto d'interessi e che, per ciò stesso, il loro voto potrebbe essere indebitamente influenzato da condizionamenti esterni, non comuni agli altri creditori.

Si tratta di un primo dato significativo, che già di per sé mette in dubbio radicali affermazioni circa la strutturale incompatibilità tra il sistema concorsuale e la fattispecie

---

<sup>11</sup> Così BONSIGNORI, *Concordato fallimentare*, in *Commentario Scialoja-branca. Legge Fallimentare* a cura di F. Bricola, F. Galgano e G. Santini, Bologna-Roma, 1977, 259.

<sup>12</sup> PAJARDI, *Codice*, cit., 1458. In questo senso, nel sistema novellato, PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, 1446, secondo cui «l'art. 127, 5° e 6° co., l. fall., con elencazione che appare tassativa, vuole evitare che soggetti in evidente o molto probabile conflitto di interesse influenzino sulla sorte di una proposta concordataria».

del conflitto d'interessi, in ragione di un'asserita mancanza di un soggetto collettivo cui imputare l'interesse comune.

Certo, il legislatore da una parte evita di usare la locuzione "conflitto d'interessi" a proposito delle esclusioni dal voto di taluni creditori, dall'altro delimita in modo rigoroso e puntuale l'area dei creditori in capo ai quali il conflitto d'interessi si configura (coniuge del debitore, parenti ed affini sino al quarto grado, cessionari ed aggiudicatari di crediti da dette persone da meno di un anno prima della dichiarazione di fallimento, nonché, per il solo concordato fallimentare, società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo). E, infatti, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti hanno sempre considerato la norma di natura eccezionale, con esclusione di ogni applicazione analogica<sup>13</sup>.

Ma, se di impossibilità logica si trattasse, essa dovrebbe comunque trovare applicazione sempre, imponendosi in qualche modo allo stesso legislatore. Allora, delle due l'una: o le esclusioni dal voto previste dagli artt. 127 e 177 l.fall. trovano la loro spiegazione in ragioni altre rispetto alla presunzione del conflitto d'interessi, ma non sembra che questo sia sostenuto, nemmeno da chi nega la configurabilità del conflitto in materia concorsuale, oppure le stesse rappresentano il punto di emersione normativa di un conflitto d'interessi tra creditori che lo stesso legislatore ritiene astrattamente configurabile (e potenzialmente pericoloso) anche in sede di votazione dei creditori, così da richiedere un'apposita disciplina. In questo secondo caso, la natura eccezionale della norma, oltre ad essere affermazione spesso apodittica e non meglio argomentata, non impedirebbe comunque di trarre le conseguenze sul piano sistematico della disciplina legislativa, conseguenze rappresentate dalla possibile configurabilità, in astratto, di un problema di conflitto d'interessi tra creditori in sede di concordato.

Sempre sul piano sistematico, non può trascurarsi il divieto penalmente sanzionato del mercato di voto nel concordato preventivo e nel concordato fallimentare disciplinato dall'art. 233 l.fall., richiamato dall'art. 236, comma 2, n. 4, l.fall. La norma è diretta ad assicurare la regolarità della procedura concorsuale e vuole evitare condotte che possano inquinare le votazioni sui concordati<sup>14</sup>. Per quanto non suscettibile di applicazione analogica, al pari di tutte le norme incriminatrici penali, essa rappresenta un ulteriore tassello in un mosaico che viene delineandosi e che delinea con sempre maggiore nettezza la volontà del legislatore di sterilizzare i voti espressi dai creditori sulla base di condizionamenti esterni<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Trib. Reggio Emilia, 1° marzo 2007, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Milano, 9 dicembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, 610; Trib. Chieti, 5 settembre 1986, in *Fallimento*, 1987, 631; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, 724, MANFEROCE, *Sub art. 177*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 1558; PAJARDI, *Codice*, cit., 1457.

<sup>14</sup> Cfr. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, II, Torino, 1991, 400; ROSSI VANNINI, *Disposizioni penali*, in *Commentario Sciaoloja-Branca. Legge fallimentare* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997 53 ss.; SANDRELLI, *Sub art. 233*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 1874.

<sup>15</sup> Cfr. SACCHI, *Concordato preventivo*, cit., 33: «L'impossibilità di applicare per analogia le norme incriminatrici penali non impedisce, infatti, di trarne indicazioni a livello di sistema nel senso della

Da questo punto di partenza, è legittimo per l'interprete percorrere il cammino che si intravede alle spalle del varco testuale, verificando se, oltre ai casi espressamente previste dal legislatore, il conflitto d'interessi fra creditori possa assumere rilievo giuridico anche in ulteriori situazioni.

3. L'ostacolo di ordine logico-sistematico al tentativo di mutuare in ambito concorsuale la fattispecie disciplinata in campo societario del conflitto d'interessi si rinviene in ciò, lo si accennava sopra, che la società ha soggettività giuridica, così che può porsi un conflitto tra interesse del singolo socio e interesse della società, mentre nei concordati non vi sarebbe questa soggettivizzazione della massa dei creditori, che, in quanto non rappresenta un autonomo soggetto giuridico, non potrebbe essere titolare di per sé di un interesse<sup>16</sup>. Mancherebbe, in questo secondo caso, il centro unitario cui imputare la titolarità dell'interesse collettivo contrapposto a quello individuale del singolo creditore e questo precluderebbe la stessa possibilità di parlare di un interesse collettivo; il binomio interesse-soggetto titolare dell'interesse sarebbe inscindibile, in modo tale che l'assenza del secondo si tradurrebbe inevitabilmente in assenza del primo. Se, infatti, per interesse si deve intendere la relazione tra un soggetto ed un bene idoneo a soddisfare un suo bisogno<sup>17</sup>, la mancanza del soggetto preclude la stessa configurabilità della relazione e, quindi, dell'interesse.

L'argomentazione ora riportata è certo suggestiva perché apparentemente conforme ad una inattaccabile e coerente sequenza logica: il conflitto d'interessi presuppone che vi sia un interesse collettivo contrapposto ad un interesse individuale; l'interesse collettivo, a sua volta, richiede che vi sia un soggetto giuridico collettivo che sia titolare dello stesso, non potendo esistere interessi senza titolari; il fallimento o la massa dei creditori non costituiscono un soggetto giuridico autonomo che possa essere titolare di un proprio interesse; *ergo*, non è configurabile un conflitto d'interessi fra creditori nel fallimento.

---

sterilizzazione del voto espresso in modo abusivo sulla base di interessi atipici che confliggono con l'interesse tipico del votante e degli altri creditori». Per uno spunto in questo senso vedi già D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza*, cit., 190.

<sup>16</sup> Sulla mancata soggettivizzazione della massa dei creditori, vedi, ad esempio, Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, in *Giur. Comm.*, 1993, II, 360 ss. che, discorrendo in tema di ammissione al passivo di un credito fondato su documento privo di data certa e criticando l'argomentazione secondo cui il curatore che contesta l'antioriorità del credito rispetto alla sentenza di fallimento esercita un diritto proprio del fallimento, afferma testualmente che «detta opinione, individuando il fallimento (o la massa, come altrimenti si suole dire), come portatore di un diritto tutelato dalla regola della certezza di data, finisce per proporre il fallimento come entità soggettivizzata; qualificazione sostenuta sotto la vigenza del passato codice di commercio, ma non più fondata sotto l'attuale legge fallimentare che, individuando il fallimento come preminente procedura esecutiva, rende estranea ad un procedimento, ed agli organi che in esso operino, qualsiasi ipotesi di entificazione». Vedi anche ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Fallimento*, 2008, 257: «E' incontestabile che la collettività dei creditori non assurge a persona giuridica e, neppure, a soggetto collettivo non personificato».

<sup>17</sup> JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 3 ss.

Ma, se si passa ad esaminare più da vicino ciascuno di questi passaggi, ci si avvede che non tutti mostrano la stessa tenuta, taluni evidenziando una debolezza (o forse proprio una fallacia) che per ciò stesso pregiudica la correttezza dell'intera sequenza.

Partiamo dal passaggio che, apparentemente, sembrerebbe essere dotato dei caratteri propri dei postulati, la evidenza di per sé che esclude la necessità di una argomentazione o spiegazione esterna che lo giustifichi: il fallimento o la massa dei creditori non costituiscono un soggetto giuridico autonomo che possa essere titolare di un proprio interesse. Effettivamente, appare conforme a logica, prima ancora che a diritto, l'affermazione secondo cui la massa dei creditori non è un autonomo soggetto giuridico dotato di una propria capacità giuridica<sup>18</sup>, come, invece, lo sono le società di persone o di capitali ed i condomini; il fallimento, qui ovviamente inteso come massa dei creditori e non come istituto dettato dal legislatore per disciplinare l'insolvenza dell'imprenditore commerciale, sta solo ad indicare l'insieme dei creditori che partecipano al concorso. Sono, infatti, rimaste senza alcun seguito le risalenti ricostruzioni della dottrina italiana e non solo che, muovendo dal disagio che sempre suscita l'applicazione del principio di maggioranza nei suoi effetti sulla minoranza dissenziente, avevano cercato di giustificare l'operatività in ambito concorsuale riconducendo la massa dei creditori alla persona giuridica o ad altre collettività organizzate di natura privatistica<sup>19</sup>, oppure ravvisando una comunione tra i creditori del fallito<sup>20</sup>.

Se, tuttavia, distinguiamo la soggettività giuridica, quale capacità di essere titolari di propri diritti ed obblighi, rispetto alla mera idoneità ad essere titolari di un proprio interesse distinto da quello dei componenti, la soluzione comincia ad essere meno certa.

Allargando, infatti, lo sguardo ad altro campo del sistema concorsuale, diverso dal concordato, ci imbattiamo nel consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il fallimento rappresenta un centro autonomo di interessi, che, in quanto tale, può essere portatore di un proprio interesse contrapposto a quello di altro soggetto. La giurisprudenza si è formata in tema di impugnazioni avverso il provvedimento di liquidazione del compenso del curatore e la massima, tanto ripetuta da divenire tralaticia, è la seguente: *«Il principio per cui, in caso di conflitto di interessi tra rappresentante in giudizio e rappresentato, deve nominarsi a questo ultimo un curatore speciale, ha validità generale e comprende tutti i casi in cui vi sia contrasto tra un centro autonomo di interessi, ancorché non dotato di personalità giuridica, ed il suo rappresentante, sicché esso s'applica anche quando il conflitto d'interessi sorga tra il fallimento ed il suo curatore, come nell'ipotesi in cui si controversa sulla misura del compenso, con la*

---

<sup>18</sup> Vedi, per tutti, BIANCA, *Diritto civile. I. La norma giuridica, I soggetti*, Milano, 2002, 315 ss., che identifica gli enti giuridici nei soggetti dotati di capacità giuridica propria e, quindi, portatori in proprio di diritti ed obblighi.

<sup>19</sup> Per una elencazione delle varie tesi e per la critica alle stesse, vedi, diffusamente, SACCHI, *Il principio*, cit., 10 ss.

<sup>20</sup> A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento. Trattato teorico-pratico*, Torino, 1902, 152 ss.



*conseguenza che il curatore ove intenda impugnare per cassazione il provvedimento di liquidazione di detto compenso, deve richiedere previamente al primo presidente della corte di cassazione - e non al giudice delegato – la nomina del curatore speciale del fallimento, nei cui confronti va proposto il ricorso, risultando questo, in mancanza, inammissibile»<sup>21</sup>.*

Si è riportata integralmente la massima perché particolarmente significativa: in essa si parla, apparentemente senza alcuna problematicità, del fallimento come centro autonomo di interessi, si accetta che il fallimento, proprio perché tale, possa essere titolare di un proprio interesse e si dà atto che sia configurabile un conflitto d'interessi tra il fallimento ed il curatore. Certo, nel caso specifico si tratta del conflitto d'interessi tra il rappresentante (il curatore) ed il rappresentato (il fallimento), non del conflitto d'interessi fra più soggetti (i creditori) chiamati ad esprimere la propria volontà su un tema comune, ma la soluzione del problema è rinvenuta dalla giurisprudenza partendo dalla qualificazione del fallimento come centro autonomo di interessi.

Ora, se il fallimento può essere titolare di un proprio interesse quando si controverte sulla determinazione del compenso del curatore, non si vede per quale motivo lo stesso fallimento, o massa dei creditori, cesserebbe di essere un centro autonomo di interessi quando i creditori sono chiamati ad esprimere il proprio voto sulla proposta di concordato. Tornando ancora al possibile parallelismo tra conflitto d'interessi nelle società e nel fallimento, la società per azioni è un autonomo centro di interessi sia quando si tratta di dover nominare un curatore speciale *ex art. 78 c.p.c.* per conflitto d'interessi tra la società stessa ed il suo legale rappresentante, sia quando si tratta di disciplinare il voto del socio che sia titolare anche di un interesse proprio. Resterebbe da spiegare, allora, la ragione giuridica, sistematica e logica, secondo cui l'idoneità del fallimento ad essere titolare di un proprio interesse dovrebbe rimanere "ghettizzato" alla sola problematica della nomina del curatore speciale *ex art. 78 c.p.c.*, senza poter essere utilizzato altrove, nella risoluzione di altri problemi di diritto concorsuale.

Sotto altro e concorrente profilo, l'idoneità del fallimento o della massa dei creditori concorrenti ad essere titolare di un proprio interesse è riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità anche in tema di verifica dello stato passivo, quando si controverte sulla opponibilità al curatore di una scrittura privata che manchi della data certa. Anche in questo caso, è illuminante la lettura della massima, ormai pacifica: *«In tema di ammissione al passivo fallimentare di un credito fondato su scrittura privata, questa può essere opposta al curatore soltanto se l'antiorità della data al fallimento risulti nei modi indicati dall'art. 2704, comma 1, c.c., atteso che, essendo l'esecuzione concorsuale caratterizzata dal conflitto tra creditori anteriori alla dichiarazione di fallimento, al cui soddisfacimento sono riservati i beni del fallito, e creditori posteriori, ai quali è fatto divieto di far valere le proprie ragioni nell'ambito del concorso, nel conflitto tra il*

---

<sup>21</sup> Cass., 14 marzo 2000, n. 2918.

creditore che presenta domanda di ammissione al passivo e la massa dei creditori il curatore si pone come terzo sia verso il fallito ed il creditore richiedente sia verso gli altri creditori concorrenti<sup>22</sup> (sottolineatura nostra). Come si vede, si parla espressamente di conflitto tra creditore che chiede di essere ammesso e “massa dei creditori”. Se la massa dei creditori è in conflitto con il creditore richiedente, vuole dire che esiste un interesse, di cui quella stessa massa è titolare, che è contrapposto al diverso interesse del creditore richiedente. Pur senza alcuna soggettivizzazione della massa, si riconosce alla stessa la titolarità di un interesse.

Ancora, dell’interesse della massa dei creditori fa costante applicazione la giurisprudenza quando deve valutare la sussistenza di un interesse ad agire del curatore per la proposizione di un’azione revocatoria fallimentare<sup>23</sup> o quando si trova a decidere della riconducibilità di una spesa tra i crediti prededucibili *ex art. 111, n. 1, l. fall.*<sup>24</sup>.

Passando dall’esame dei consolidati orientamenti giurisprudenziali allo scrutinio del dato positivo, si è già ricordata sopra la novellata norma dell’art. 40 l. fall. in tema di comitato dei creditori, ai sensi della quale «il componente del comitato che si trova in conflitto di interessi si astiene dalla votazione». Qui il conflitto si pone tra l’interesse personale del creditore chiamato a votare e l’interesse comune di tutti i creditori. Ora, che si voglia o meno soggettivizzare la massa dei creditori, non può dubitarsi che essa sia titolare di un interesse o, quantomeno, che vi sia un interesse comune ai creditori concorrenti, al quale si contrappone un interesse personale del singolo componente del comitato dei creditori; se, infatti, un conflitto di interessi esiste, accanto all’interesse personale del creditore votante deve esistere un altro interesse, distinto dal primo.

Si è, così, dato atto che anche la massa dei creditori, al pari delle società (o dei condomini) può essere titolare di un proprio interesse.

**4.** Acquisito questo primo dato, si può compiere un passo indietro e verificare l’attendibilità del secondo passaggio del percorso argomentativo sopra esposto: l’interesse collettivo richiede che vi sia un soggetto giuridico collettivo che sia titolare dello stesso, non potendo esistere interesse senza un soggetto che ne sia titolare. Già sulla base di quanto si è fin qui detto, l’apparente solidità dell’affermazione comincia a mostrare le prime crepe, essendosi verificata la possibilità, in taluni profili, che la massa dei creditori concorrenti, pur non essendo un autonomo soggetto giuridico, sia titolare di un interesse che si contrappone a quello di altri soggetti, siano essi interni (gli altri creditori concorrenti) o esterni alla massa (il curatore o i creditori posteriori alla sentenza di fallimento).

---

<sup>22</sup> Cass., 17 giugno 1995, n. 6863, in *Fallimento*, 1996, 52. Nello stesso senso vedi anche Cass., 9 ottobre 1993, n. 10013; Cass., 29 aprile 1992, n. 5138; Cass., sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, in *Fallimento*, 1990, 1225.

<sup>23</sup> Vedi, tra le altre, Cass., sez. unite, 28 marzo 2006, n. 7028; Cass., 14 ottobre 2005, n. 20005.

<sup>24</sup> Cfr. Cass., 25 luglio 2007, n. 16426; Cass., 9 giugno 1997, n. 5104.

Questa considerazione non sarebbe tuttavia decisiva per superare l'obiezione che si muove alla configurabilità anche in sede concorsuale della fattispecie del conflitto d'interessi, in analogia a quanto disciplinato in ambito societario. Mentre nell'art. 2373 c.c. si pone un conflitto tra l'interesse individuale del socio e l'interesse generale, perseguito da un ente collettivo come la società, nel concordato non sarebbe configurabile un interesse comune imputabile ad un ente collettivo, non potendosi equiparare la società, quale autonomo soggetto giuridico, e la massa dei creditori, priva di una propria soggettività giuridica.

Senza voler qui entrare in complesse e irrisolte dispute sulla ipostatizzazione delle società e sul reale significato cognitivo e normativo della personalità giuridica<sup>25</sup>, sembra ad ogni modo che la tesi sopra riportata si fondi su un equivoco. Il conflitto d'interessi del socio non è quello che intercorre tra l'interesse del socio e l'interesse della società in sé, quanto quello tra l'interesse esclusivo e non condiviso con gli altri di cui il socio è portatore in forza di una posizione esterna al rapporto sociale e l'interesse di cui lo stesso socio è portatore in quanto appartenente alla collettività sociale e, quindi, comune anche agli altri soci.

L'interesse sociale che l'art. 2373 c.c. vuole tutelare non è l'interesse della impresa in sé o l'interesse proprio della società come persona giuridica, secondo le note versioni dell'istituzionalismo proposte in Germania negli anni trenta del secolo scorso e riprese da alcune risalenti pronunce della nostra Cassazione degli anni cinquanta<sup>26</sup>. La dottrina prima<sup>27</sup>, e la giurisprudenza poi<sup>28</sup>, hanno da tempo abbandonato queste artificiose

---

<sup>25</sup> Per la tesi che ravvisa nella persona giuridica uno strumento del linguaggio giuridico, usato per sintetizzare una complessa normativa di rapporti tra persone fisiche, vedi, tra gli altri, nella dottrina italiana, ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 244 ss.; ID., *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. soc.*, 1957, 981 ss.; GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 551 ss.; D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, I, Milano, 1969, 241 ss.

<sup>26</sup> Vedi Cass., 25 ottobre 1958, n. 3471 e Cass., 20 giugno 1958, n. 2148, in *Foro it.*, 1958, I, 1150 ss., nelle quali si affermava che «autonomia e diversità di soggetti, importando l'esistenza di diritti e interessi propri da tutelare, rendono possibile la configurabilità di un conflitto tra la totalità dei soci e la società ... questo Supremo Collegio, dopo maturo e attento esame, è d'avviso che, riconosciuta all'ente societario una propria personalità giuridica, esso si ponga non come un punto di riferimento di una comunione d'interessi, di cui sono soggetti i soci e soltanto i soci, sibbene come la personificazione di un interesse superiore, distinto da quello dei singoli soci, oggetto come tale di una autonoma tutela giuridica». Nello stesso senso anche Cass., 18 aprile 1961, n. 853, in *Foro it.*, 1961, I, 572. In anni più recenti, la teoria dell'interesse sociale come interesse proprio della società quale persona giuridica era stata ripresa in alcune pronunce di merito (Trib. Milano, 17 settembre 1987, in *Giur. Comm.*, 1988, II, 797; Trib. Milano, 15 ottobre 1987, in *Società*, 1988, 255; Trib. Milano, 9 ottobre 1987, in *Giur. Comm.*, 1988, II, 975).

<sup>27</sup> Vedi, tra i molti, ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 c.c.*, in *Riv. soc.*, 1956, 93 ss.; MINERVINI, *Sulla tutela dell'"interesse sociale" nella disciplina delle delibere assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 332 ss.; MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 725 ss.; JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano 1964, *passim*; ID., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, 795 ss.; GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 1987, 231 ss.; PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3, 2, Torino, 1993, 1 ss.

<sup>28</sup> Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, 329. Nello stesso senso, più di recente, Cass., 11 giugno 2003, n. 9353, in *Dir e Giust*, 2003, f. 26, 95; Cass. 12 dicembre 2005, n. 17387.

costruzioni, che partono dagli interessi comuni dei soci, ne attribuiscono la titolarità ad un diverso soggetto, la società-persona giuridica e, in questo modo, li rendono indisponibili per gli stessi soci. Si è notato, al riguardo, che la persona giuridica non si pone in termini di alterità o contrapposizione rispetto ai soci, essendo solo espressione di una particolare disciplina dei rapporti tra soci e tra questi ed i terzi. Abbracciando la visione contrattualista, l'interesse sociale è considerato nient'altro che l'interesse comune dei soci, quale desumibile dalla causa del contratto di società delineata dall'art. 2447 c.c.<sup>29</sup> o anche dalla rimanente disciplina societaria, da identificarsi prioritariamente nell'interesse dei soci alla massimizzazione del valore globale delle azioni<sup>30</sup>. Non, quindi, interesse di un soggetto giuridico diverso (la società), ma interesse comune di tutti i soci, in quanto appartenenti alla collettività societaria. Anche le tesi istituzionalistiche, che tutt'ora riaffiorano, lungi dall'invocare ancora "battelli sul Reno" o altri interessi della società, si limitano ad affermare che l'interesse sociale non possa essere ristretto ai soli interessi comuni dei soci, ma debba rappresentare una sintesi tra l'interesse dei soci e interessi-altri, di volta in volta identificati con l'interesse dei dipendenti, dei risparmiatori o anche dei creditori della società<sup>31</sup>.

Se si ritiene di condividere l'approdo cui si sono attestati dottrina e giurisprudenza dominanti in tema di identificazione dell'interesse sociale *ex art. 2373 c.c.* (e la soluzione pare difficilmente contestabile), viene a perdere di rilievo il problema della mancanza di soggettività della massa dei creditori e della conseguente impossibilità di tracciare un parallelo tra conflitto d'interessi tra creditori e conflitto d'interessi tra soci. Allo stesso modo in cui l'interesse sociale va identificato con l'interesse comune dei soci in quanto partecipanti alla compagine sociale, senza alcuna intestazione di questo interesse alla società-persona giuridica, così l'interesse collettivo della massa dei creditori va identificato nell'interesse comune dei creditori in quanto ammessi a partecipare al concorso, senza la necessità di andare alla ricerca di un ente cui imputare il detto interesse.

Ogni creditore, in quanto ammesso al concorso, ha un interesse comune con gli altri soci, ed è l'interesse alla massimizzazione della percentuale di soddisfazione del credito ed alla speditezza della procedura<sup>32</sup>. Si tratta di un interesse comune perché di esso è titolare ogni creditore concorrente, per il solo fatto di essere ammesso alla partecipazione al concorso, allo stesso modo in cui l'interesse sociale è comune a tutti i soci, per il solo fatto di far parte della compagine sociale.

Non osta alla configurabilità di questo interesse comune dei creditori l'intuitiva circostanza secondo cui, nell'ambito del concorso, ogni creditore voglia massimizzare la

---

<sup>29</sup> MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 744.

<sup>30</sup> PREITE, *Abuso di maggioranza*, cit., 24 ss.

<sup>31</sup> Di recente vedi COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo (variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppò)*, in *Riv. soc.*, 2005, pp. 693 ss.

<sup>32</sup> FABIANI, *Brevi riflessioni*, cit., 439 parla di interesse comune alla migliore regolazione del dissesto.

propria soddisfazione a danno degli altri creditori. Anche nelle società ogni socio ha un proprio interesse ad accrescere la propria quota di diritti patrimoniali ed amministrativi a danno degli altri soci, ma ciò non esclude che esso sia anche titolare di un interesse comune agli altri soci alla realizzazione degli elementi costitutivi del contratto sociale, ovvero un interesse alla massimizzazione dell'efficienza produttiva dell'impresa sociale, alla massimizzazione del lucro ed alla massimizzazione del dividendo. Nel fallimento, le pretese dei creditori sono istituzionalmente contrapposte in sede di verifica dei crediti, ove l'ammissione di ogni credito inevitabilmente pregiudica gli altri creditori nella misura in cui riduce la loro quota di partecipazione al concorso<sup>33</sup>, ma, al di fuori della fase di verifica, i creditori sono titolari di un interesse comune, ovvero di un interesse che necessariamente fa capo a ciascuno, alla massimizzazione della percentuale di soddisfazione ed alla velocizzazione dei tempi della stessa. Il conflitto tra i creditori nella fase di verifica non esclude che, al di fuori di questa fase, siano configurabili interessi comuni tra tutti i creditori, legati alle modalità di svolgimento della procedura cui tutti necessariamente partecipano e dalla quale dipende la soddisfazione dei propri crediti<sup>34</sup>.

A questo punto, si potrebbe notare come l'interesse alla massimizzazione della percentuale di soddisfazione dei crediti e l'interesse alla velocizzazione dei tempi della procedura possono entrare in conflitto tra di loro, in quanto la liquidazione dei beni dell'attivo fallimentare a valori più alti potrebbe richiedere tempi più lunghi e viceversa. Ora, se alcuni creditori hanno un interesse prevalente alla massimizzazione dei tempi della procedura ed altri creditori hanno un interesse alla velocizzazione dei tempi, anche a scapito delle percentuali di liquidazione, sembrerebbe vanificata, già a livello definitorio, la pretesa di individuare un interesse comune tra tutti i creditori. L'obiezione è superata dalla semplice osservazione di quanto avviene nell'ambito societario. Anche lì si riconosce l'esistenza di una pluralità di interessi sociali, tutti tipici, e si dà atto che tra gli stessi possa esistere un conflitto, spettando alla maggioranza di decidere quale interesse sociale far prevalere<sup>35</sup>. Analogamente, quindi, anche nel fallimento esistono una pluralità di interessi comuni ai creditori, i quali possono entrare in conflitto, lasciando alla maggioranza il potere di decidere quale interesse far prevalere. E' proprio ciò che accade, di prassi, nelle proposte di concordato preventivo o fallimentare, dove l'interesse alla più rapida definizione del dissesto (di cui solitamente portatrici le proposte) si contrappone

---

<sup>33</sup> Con espressione forte, ma efficace, la Corte Costituzionale (22 aprile 1986, n. 102, in *Dir. fall.*, 1986, II, 177) ha affermato che «il carattere concorsuale della ripartizione dell'attivo della quale la verifica del passivo funge da presupposto, fa sì che ciascun creditore si atteggi rispetto a ciascun altro creditore *homo homini lupus*».

<sup>34</sup> *Contra* JAEGER, *Par condicio creditorum*, cit., p. 98, il quale contesta la tesi che ravvisa una solidarietà di interessi tra i creditori, in quanto «fra i creditori il conflitto si rinviene proprio a livello di interessi tipici, perché qualsiasi soddisfazione maggiore che uno di essi riesca a ottenere si risolve in un danno per gli altri».

<sup>35</sup> PREITE, *Abuso di maggioranza*, cit., 20 ss.. L'Autore osserva, ad esempio, che «non vi è infatti un interesse alla distribuzione degli utili, ma più, conflittuali, interessi rispetto all'alternativa tra distribuzione immediata e reinvestimento per distribuzione successiva».

all'interesse ad una maggiore, anche se in tempi più lunghi, percentuale di soddisfazione mediante la prosecuzione della liquidazione fallimentare, rimettendosi alla maggioranza il potere di decidere quale tra i due interessi comuni prescegliere.

5. Superate le obiezioni di ordine sistematico alla possibile configurabilità in astratto della disciplina del conflitto d'interessi nella materia delle votazioni dei creditori sulla proposta di concordato, il tema degli strumenti per garantire una corretta e libera esplicazione del diritto di voto dei creditori può essere affrontato serenamente, senza pregiudiziali preclusioni. Un valido punto di partenza può essere quello che si proponga di individuare l'esistenza di limiti e cautele al diritto di voto dei creditori guardando il problema all'interno del più ampio tema del principio di maggioranza nel concordato.

Il concordato, sia quello fallimentare che quello preventivo è obbligatorio per i creditori (artt. 135 e 184 l. fall.), imponendo a tutti, anche a quelli dissenzienti, la falcidia concordataria e le altre pattuizioni espresse del concordato medesimo. L'effetto vincolante del concordato anche per i creditori dissenzienti e l'effetto invasivo che esso può avere sulla sfera giuridica di soggetti che non abbiano espresso il proprio consenso alla proposta di concordato si pongono in apparente contrasto con il principio dell'autonomia privata che presiede all'intero ordinamento giuridico. Duplice è, infatti, il significato che assume l'autonomia privata<sup>36</sup>: in positivo autonomia privata indica il potere per i privati di porre in essere atti negoziali con i quali perseguire i propri interessi; in negativo, autonomia privata significa che nessuno può essere obbligato se non dalla propria volontà (art. 1372 c.c.). Per effetto del concordato, invece, il creditore può subire una modifica della percentuale o delle modalità di soddisfazione del proprio credito e ciò anche contro la propria volontà, laddove abbia espresso voto negativo alla proposta ma la stessa abbia ciononostante raggiunto le maggioranze prescritte.

La necessità di conciliare i due termini (autonomia privata e concordato) cessa di rappresentare una mera esigenza pandettistica di ordine logico-classificatoria ed assume un significato ben più cogente nel momento in cui si ritenga di condividere la tesi, ormai prevalente, che attribuisce rango costituzionale al principio dell'autonomia privata in negativo. Al principio costituzionale di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., a lungo relegato ai margini del diritto privato proprio in ragione della sua incompatibilità con il principio inderogabile della libertà negoziale, si è attribuito, infatti, il compito di garanzia dell'autonomia privata in "negativo", nel senso che l'esigenza di una eguaglianza reciproca tra soggetti farebbe discendere il divieto di assoggettamento al potere autoritario, inteso come potere di imporre giuridicamente agli altri le proprie decisioni<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti*, cit., 189.

<sup>37</sup> C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, pp. 4 ss. Vedi anche Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 1467 ss., con note di A. PACE ed E. CATERINI.

Sul problema del controllo dei cc.dd. poteri privati, vedi G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970; M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova,

Sotto l'ombrello protettivo del principio di eguaglianza trova in questo modo riparo anche il diritto del privato a non subire modificazioni senza il concorso della propria volontà.

Affermato il rango costituzionale, e perciò assolutamente inderogabile da parte della legge ordinaria, del principio di autonomia privata "in negativo", il passaggio ulteriore, radicale quanto inevitabile, sembrerebbe essere quello dell'affermazione della incostituzionalità dell'applicazione del principio di maggioranza non solo nel concordato, ma in tutte le collettività organizzate.

Non sorprende, allora, che la difficile convivenza tra principio di maggioranza nelle decisioni sociali e principio dell'autonomia privata sia stata a lungo al centro della riflessione della dottrina, per la necessità di giustificare la regola del "volere dei più" con il sistema del diritto privato, che non tollera, o mal tollera, modificazioni della sfera giuridica dei privati senza il concorso della loro volontà<sup>38</sup>. All'esito di un lungo percorso, è ormai risultato acquisito quello secondo cui nelle decisioni collettive il principio di maggioranza sia compatibile con la tutela delle posizioni del singolo quando vengono rispettate due condizioni, rappresentate dall'osservanza del metodo collegiale e, soprattutto, dal perseguimento di un interesse comune da parte della maggioranza<sup>39</sup>.

Il potenziale contrasto tra principio maggioritario e tutela della libertà negoziale ha tormentato la dottrina italiana anche con specifico riferimento all'operare della regola maggioritaria nel concordato, tanto che nel vigore del sistema previgente autorevole dottrina<sup>40</sup>, ravvisando l'impossibilità di ricondurre l'operare del principio di maggioranza nei concordati ai principi del diritto dei contratti, individuava la giustificazione di questa sottoposizione del singolo creditore all'altrui volontà nella "eterotutela" attribuita al tribunale mediante il giudizio di convenienza. In questa prospettiva, la tutela degli interessi dei creditori nel concordato non passa attraverso l'operare del principio maggioritario nella votazione, che avrebbe soltanto la funzione di "garanzia ulteriore"<sup>41</sup>, ma è sottratta alla libera disponibilità dei creditori stessi ed è affidata all'autorità giudiziaria, che vi provvede nel giudizio di omologazione attraverso il controllo di convenienza.

---

1986; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, *passim*, spec. pp. 375 ss.; C. TEDESCHI, "Potere di orientamento" dei soci nelle società per azioni, Milano, 2005, 231 ss..

<sup>38</sup> Sull'argomento sia consentito il richiamo a D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007, 92 ss.

<sup>39</sup> Sul punto, vedi, in luogo di molti, JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 185; GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, 32 ss.; ID., *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 19. Con specifico riferimento alla disciplina concorsuale, vedi, tra gli altri, D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti*, cit., 189 s. e, più di recente, STANGHELLINI, *Creditori «forti»*, cit., 381.

<sup>40</sup> Cfr. SACCHI, *Il principio*, cit., *passim*, spec. 314 ss. E' tutt'ora orientato in questo senso, pur nell'attuale sistema, ABETE, *Il ruolo del giudice*, cit., 253 ss., il quale ritiene che solo un'opzione «processual-pubblicistica» possa legittimare l'operare della regola maggioritaria nel concordato.

<sup>41</sup> SACCHI, *Il principio*, cit., 324 ss.

Venuto meno il controllo di convenienza del tribunale (ora solo eventuale, in caso di opposizione proposta da un creditore appartenente ad una classe dissenziente), si ripropone il problema di rinvenire il fondamento giuridico e la giustificazione teorica della limitazione del principio di autonomia privata che i creditori dissenzienti soffrono per effetto dell'applicazione del principio di maggioranza nel concordato<sup>42</sup>.

Se, come si è sopra detto, la regola maggioritaria può legittimamente operare solo in presenza di una comunione di interessi tra coloro i quali sono coinvolti nella decisione che sarà assunta dalla maggioranza, non potrà essere consentito l'esercizio del diritto di voto al soggetto che sia portatore, con riferimento alla specifica delibera, di un interesse in conflitto con quello comune agli altri partecipanti alla votazione. L'esistenza di un interesse proprio soltanto di alcuni partecipanti alla votazione rompe la comunione di interessi, perché la decisione collettiva viene in questo modo piegata al raggiungimento non già dell'interesse comune, quanto di un interesse particolare, esclusivo ed egoistico del singolo partecipante, non condiviso e non comune agli altri<sup>43</sup>.

Ad evitare che attraverso il voto esercitato da un singolo partecipante sulla base di un interesse proprio possa impropriamente utilizzarsi la regola di maggioranza a strumento di prevaricazione della maggioranza in danno della minoranza, il legislatore interviene prevedendo un'apposita disciplina del voto per il soggetto in conflitto. E' questa la soluzione individuata espressamente dal legislatore in materia di società per azioni dall'art. 2373 c.c., che stabilisce l'annullabilità della deliberazione approvata con il voto determinante del socio in conflitto d'interessi, qualora possa recare danno alla società. In questa prospettiva, la disciplina del conflitto d'interessi del socio diventa punto di emersione normativa di un principio costituzionale a monte, in forza del quale deve essere "sterilizzato" il voto del soggetto che sia portatore di un interesse particolare, laddove l'esito della votazione possa incidere anche sulla sfera giuridica dei soggetti dissenzienti<sup>44</sup>. La diretta derivazione costituzionale dell'autonomia privata e la possibilità di derogare all'autonomia privata per mezzo della regola di maggioranza solo quando quest'ultima sia rispettosa della comunione di interessi tra i soggetti destinatari della

---

<sup>42</sup> FABIANI, *Brevi riflessioni*, cit., 437 osserva che «ora che questo controllo di convenienza è stato rimosso (recte, relegato all'ipotesi del test introdotto dal creditore appartenente alla classe dissenziente), mi pare che sia decisivo capire per quale ragione gli effetti del concordato si espandano anche su terzi che non hanno voluto (o potuto) partecipare all'accordo»; vedi anche, SACCHI, *Concordato preventivo*, cit., 32: «Il legislatore che ha riformato il concordato non sembra aver avuto un sufficiente grado di consapevolezza delle implicazioni delle scelte giusprivatistiche da lui compiute e, in particolare, della necessità di predisporre strumenti giuridici idonei a neutralizzare l'interferenza nella votazione di conflitti di interessi dei votanti». Sul punto vedi anche AZZARO, *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Fallimento*, 2007, 741; CATALLOZZI, *Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori «deboli»*, in *Fallimento*, 2007 331 ss.

<sup>43</sup> SACCHI, *Concordato preventivo*, cit., 32.

<sup>44</sup> Sul ruolo dell'art. 2373 c.c., vedi, tra gli altri, D'ALESSANDRO, *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 5: «Si tratta del meccanismo (o di uno dei principali meccanismi) inteso ad assicurare che lo svolgersi dell'attività sociale avvenga nell'interesse comune di tutti i soci. Rovesciando i termini: si tratta del meccanismo inteso ad assicurare che la maggioranza, o comunque il gruppo di controllo, si serva del proprio potere a beneficio dell'intera compagine sociale, e non già, come si dice, per estrarre vantaggi privati dalla propria posizione».



decisione collettiva impone, a pena di incostituzionalità, di adottare regole e strumenti che tutelino contro l'inquinamento del voto derivante dalla partecipazione alla votazione del soggetto in conflitto d'interessi<sup>45</sup>.

All'esito del percorso argomentativo che precede, la soluzione in tema di votazione dei creditori nei concordati discende in modo inevitabile. La intromissione nella propria sfera giuridica che il creditore dissenziente subisce per effetto del concordato, rispetto al quale non ha espresso il proprio consenso, trova la propria giustificazione nel principio di maggioranza, il quale, a sua volta, presuppone una comunione di interessi tra tutti i soggetti coinvolti nella decisione<sup>46</sup>. Il tritico autonomia privata-principio di maggioranza-comunione di interessi si spezza quando un creditore è portatore di un interesse proprio, in conflitto con l'interesse comune, perché la mancata omogeneità delle posizioni dei votanti rompe la comunione di interessi e, per l'effetto, priva il principio di maggioranza della propria legittimazione a derogare alla regola della intangibilità dell'autonomia privata. Ne consegue la necessità, a pena di una lesione delle norme costituzionali<sup>47</sup>, di predisporre strumenti che consentano di "immunizzare" la posizione del creditore che sia portatore di un interesse in conflitto, condizione necessaria per consentire la perdurante vigenza del principio di maggioranza nel concordato preventivo e nel concordato fallimentare<sup>48</sup>.

**6.-** Il discorso non può dirsi chiuso con la conclusione che precede. Anche nella materia societaria, dove vi sono una norma espressa e decenni di riflessione teorica e di applicazione pratica, restano tutt'ora delicati problemi in punto di corretta delimitazione dei confini applicativi e delle conseguenze operative di una situazione di conflitto d'interessi. Analoghi problemi, per di più aggravati dalla relativa novità della materia e dall'assenza di una compiuta disciplina positiva, si ripropongono nel campo concorsuale. Due, in particolare, sono i punti controversi, che richiedono un'attenta valutazione: quando si realizza, concretamente, la situazione di conflitto d'interessi tra creditori? quale deve essere la reazione dell'ordinamento in presenza di un conflitto d'interessi?

La prima domanda nasce dalla constatazione che il creditore chiamato a votare sulla proposta di concordato può essere portatore di una pluralità di interessi, alcuni dei quali configurano interessi giuridici, mentre altri si atteggiavano come interessi di mero fatto.

---

<sup>45</sup> D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti*, cit., 190.

<sup>46</sup> SACCHI, *Concordato preventivo*, cit., 32

<sup>47</sup> Vedi FABIANI, *Brevi riflessioni*, cit., 444, il quale sia pure con riferimento al connesso tema della obbligatorietà della formazione delle classi nel concordato preventivo, afferma che «poiché è compito dell'interprete ricercare le soluzioni ermeneutiche più coerenti con i valori costituzionali, a me pare che, *de iure condito*, il sistema del concordato nella parte in cui gli effetti dell'accordo si replicano anche verso i dissenzienti e gli estranei, possa resistere alla sola condizione che si organizzi la procedura in modo che il singolo voto sia espressione di un voto dato nel contesto di una comunione di interessi omogenei».

<sup>48</sup> Per l'applicabilità della disciplina del conflitto d'interessi nel concordato preventivo o fallimentare, vedi SACCHI, *Concordato preventivo*, 32 ss.; FABIANI, *Contratto e processo*, cit.; 212 ss.; STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 223; PATTI, *Crisi di impresa*, cit., 213.

Dando rilievo anche agli interessi di mero fatto, si assisterebbe inevitabilmente ad una moltiplicazione delle fattispecie di conflitto d'interessi, perché, guardando anche alle posizioni di fatto, nessun creditore si trova in una condizione omogenea rispetto a quella degli altri.

Per una corretta impostazione del problema, può essere utile volgere lo sguardo alle soluzioni raggiunte in ambito societario, laddove il tema della corretta identificazione dell'interesse personale del votante si è posto già da tempo, atteso che l'art. 2373 c.c. disciplina gli effetti del manifestarsi dell'interesse in conflitto ma non definisce lo stesso.

Al riguardo, è largamente prevalente l'affermazione secondo cui l'interesse particolare del socio deve avere carattere obiettivo e non può identificarsi in un mero atteggiamento psicologico. Si giunge a questa conclusione sulla base della osservazione che, nel linguaggio del legislatore, l'interesse si distingue solitamente dai motivi, nei quali sono rilevanti gli atteggiamenti psicologici; si osserva, inoltre, che un atteggiamento meramente psicologico non può mai essere incompatibile con l'interesse sociale, che necessariamente deve avere carattere oggettivo; si corrobora, infine, la soluzione con le risultanze della ricognizione storica sulla origine dell'art. 2373 c.c.<sup>49</sup>.

Se vi è una relativa concordia nell'escludere che l'interesse personale possa essere ricondotto ad un mero atteggiamento psicologico dell'agente, minore consenso sussiste nella identificazione del significato da attribuire all'interesse personale. Una prima tesi identificava l'interesse personale del socio nella posizione di controparte che, in base all'oggetto della deliberazione, il socio è destinato ad assumere nei confronti della società, in analogia alla figura civilistica del contratto con se stesso (art. 2395 c.c.)<sup>50</sup>. Questa versione "minimalista" dell'interesse personale del socio si è giustificata sulla base della esigenza di ridurre o escludere del tutto la possibilità che il giudice possa, in sede di impugnazione, procedere ad un pieno riesame del merito; se, infatti, l'interesse personale si identifica nella qualità di controparte del socio, per ravvisare il conflitto con l'interesse sociale non è necessario individuare il concorrente interesse della società nella concreta operazione. La tesi ora esposta è stata oggetto, in tempi relativamente più recenti, di una serrata critica, che ne ha evidenziato i limiti, sia in punto di analogia con la figura del contratto con se stesso, che non si giustificerebbe in quanto il conflitto d'interessi del socio è destinato a coprire un'area più vasta, sia in punto di inadeguatezza a colpire le fattispecie di abuso che si manifestano attraverso comportamenti omissivi della società, nei quali manca un rapporto contrattuale tra socio e società<sup>51</sup>.

Escluso che l'interesse particolare del socio si identifichi con il suo atteggiamento psicologico o che debba essere limitato alla sola posizione di controparte, lo si è definito

---

<sup>49</sup> GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 200; PREITE, *Abuso di maggioranza*, cit., 123.

<sup>50</sup> JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 210; MENGONI, *Appunti per una revisione*, cit., 441.

<sup>51</sup> GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 180 ss.; nello stesso senso vedi anche PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, in *Riv. soc.*, 1988, 368 ss., spec., 399; ID., *Abuso di maggioranza*, cit., 138 ss.

come l'interesse ad un vantaggio particolare da conseguirsi mediante la deliberazione, non condiviso dagli altri soci e fondato non già sulla partecipazione del socio al contratto di società, quanto su di una situazione esterna del socio<sup>52</sup>. Si è poi precisato che l'interesse particolare deve essere valutato in concreto, in relazione alla specifica delibera sottoposta ai soci; deve essere preesistente rispetto alla deliberazione, perché la disciplina del conflitto mira ad evitarne l'influenza sulla formazione della delibera, ma non necessariamente deve avere ad oggetto un bene presente, in quanto attuale è l'interesse, non l'oggetto dello stesso; può consistere non solo in un incremento di utilità, ma anche nel tentativo di riuscire ad evitare un sacrificio<sup>53</sup>.

La disciplina societaria conferisce rilievo anche all'interesse del socio «per conto di terzi». Parte della dottrina interpreta la formula nel senso tecnico che sia necessario un rapporto di mandato tra il socio ed il terzo<sup>54</sup>. Altra parte della dottrina<sup>55</sup> attribuisce una significato più ampio alla locuzione, che sarebbe diretta a riconoscere la rilevanza dell'interesse indiretto del socio anche in presenza di situazioni nelle quali manca, in capo al votante, un obbligo giuridico di conformarsi alle direttive del terzo. In quest'ultima prospettiva, assumono rilievo ai fini della configurabilità dell'interesse per conto di terzi anche i rapporti di controllo o collegamento societario<sup>56</sup>, così come, ma il punto è più controverso, i rapporti di parentela<sup>57</sup>.

I risultati raggiunti nella definizione dell'interesse personale del socio ex art. 2373 c.c. possono costituire una solida base di partenza per selezionare, tra i molteplici interessi di cui ogni creditore può essere portatore, quelli che assumono rilievo ai fini della configurabilità del conflitto d'interessi perché vengono a rompere l'omogeneità che deve sussistere tra tutti i creditori votanti.

Si è detto, anzitutto, che l'interesse non può consistere in un mero atteggiamento psicologico del votante; per fare un esempio, eventuali amicizie o inimicizie personali o

---

<sup>52</sup> PREITE, *Abuso di maggioranza*, cit., 123.

<sup>53</sup> GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 202; PREITE, *Abuso di maggioranza*, cit., 123.

<sup>54</sup> JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 209, nota 62; MINERVINI, *Sulla tutela*, cit., 317.

<sup>55</sup> GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 209 ss.; PREITE, *Abuso di maggioranza*, cit., 127; SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 233.

<sup>56</sup> Per una rassegna vedi NAZZICONE, *Note minime sul conflitto di interessi «per conto di terzi»*, in *Foro it.*, 1994, I, 896 ss. In argomento vedi anche, sia pure con specifico riferimento alla previgente disciplina del conflitto d'interessi degli amministratori, ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, 154.

<sup>57</sup> Vedi, infatti, Cass., 23 marzo 1996, n. 2652, in *Società*, 1996, 1146: «In tema di deliberazioni assembleari assunte con il voto di un socio in conflitto di interessi con la società, se è vero che, ai sensi dell'art. 2373, comma 1, c.c., sono rilevanti anche quelle situazioni in cui l'interesse in conflitto non faccia capo direttamente al socio, bensì a terzi, tuttavia occorre individuare in questi casi indici precisi ed univoci in base ai quali possa affermarsi che il socio ha votato in funzione dell'interesse altrui. Non costituisce indice significativo in tal senso il mero fatto che il socio si trovi in rapporto di parentela con altro soggetto, estraneo alla società e con essa in conflitto d'interessi. (Nella specie, l'assemblea aveva deciso di porre termine alla locazione dell'immobile ove la società aveva esercitato la propria attività industriale e di concedere in affitto l'azienda ad altra società, di cui era socio il figlio di un socio della prima società, il quale figlio era anche proprietario dell'immobile)».

familiari tra il proponente ed il votante rimangono irrilevanti e non possono limitare o escludere la legittimazione al voto.

Certamente, di contro, sussiste un interesse personale del votante quando esso assuma la posizione di controparte del fallimento o della massa dei creditori, sussistendo in questo caso una situazione di incompatibilità assoluta tra la realizzazione dell'interesse personale del creditore e l'interesse comune di tutti i creditori. E' questa la situazione che si verifica quando il creditore sia anche proponente del concordato fallimentare<sup>58</sup>: qui il creditore-proponente si pone come controparte della massa dei creditori, ed i due interessi personale e collettivo sono tra di loro inconciliabili, passando necessariamente la soddisfazione dell'uno attraverso il sacrificio dell'altro. Il creditore quale proponente ha un interesse a sopportare il minore esborso finanziario e, quindi, ad offrire la minore percentuale di pagamento ai creditori; questi ultimi, in quanto tali, hanno un interesse alla massimizzazione della percentuale di soddisfazione. Anche quando il creditore è legato da vincoli di parentela, oppure di controllo o collegamento con il proponente, sussiste un interesse personale "per conto di terzi", tale da giustificare l'applicazione della disciplina sul conflitto d'interessi.

Il discorso diventa meno agevole quando si passa ad identificare il possibile interesse personale, per conto proprio o di terzi, del creditore che non sia anche controparte della massa rispetto alla proposta di concordato. Proseguendo il parallelo con la fattispecie societaria, si può, in linea teorica, affermare che si configura un interesse personale, tale da rompere l'omogeneità tra i creditori ed assumere rilievo ai fini della votazione, quando il creditore sia portatore, per conto proprio o di terzi, di un interesse ad un vantaggio particolare da conseguirsi mediante il concordato, non condiviso dagli altri creditori e fondato non già sulla partecipazione al concorso, quanto su una situazione esterna del creditore; questo interesse deve essere valutato in concreto, in relazione alla specifica proposta di concordato, deve essere preesistente rispetto alla proposta e può consistere non solo in un incremento di utilità, ma anche nel tentativo di riuscire ad evitare un sacrificio.

Chiara e precisa in astratto, la definizione ora esposta lascia aperti dubbi e perplessità quando ci si appresta a farne applicazione in concreto. Non è infrequente, infatti, che uno o più creditori possano essere portatori, accanto all'interesse alla migliore regolazione del dissesto, anche di un distinto interesse personale, non condiviso con gli altri perché

---

<sup>58</sup> Per il conflitto d'interessi in cui versa il creditore che sia anche proponente, vedi già STANGHELLINI, *Sub art. 124*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario* diretto a A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, II, Torino, 2007, 1977, il quale propone il suo inserimento in una classe separata (nel caso di concordato con classi) o l'esclusione dal voto (nel caso di concordato senza classi); SANZO, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006, 293; PACCHI, *Il concordato fallimentare*, cit., 1446; GUGLIELMUCCI, *Sub art. 128*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 1245; FABIANI, *Brevi riflessioni*, 438; VITIELLO, *Sub art. 127*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario* diretto a A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, II, Torino, 2007, 2010; GUERRERA, *Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*, in *Fallimento*, 2008, 1082.

basato su una posizione esterna. Sul punto, è già stata proposta una casistica, che ricomprende, ad esempio, l'interesse a non subire l'esercizio di azioni revocatorie fallimentari<sup>59</sup> o l'interesse a proseguire i rapporti commerciali con il debitore dopo la chiusura della procedura<sup>60</sup>. In via esemplificativa possono aggiungersi altri possibili "interessi personali" del creditore: l'interesse a non subire lo scioglimento del contratto in caso di fallimento, l'interesse a non subire la revocatoria fallimentare o l'azione risarcitoria, laddove questi giudizi siano stati già avviati e la proposta di concordato fallimentare preveda la rinuncia a questi giudizi; l'interesse a vedere stabilizzata la propria posizione creditoria in capo al creditore convenuto in un giudizio di impugnazione o revocazione *ex art. 98 l.fall.*, laddove la proposta preveda la rinuncia a questi giudizi.

Questi interessi, come detto, rilevano anche se "per conto terzi", dovendosi guardare anche ai rapporti di controllo, collegamento o sottoposizione a comune controllo intercorrenti tra il creditore e terzi soggetti in potenziale conflitto. Ad esempio, si configura un "interesse personale per conto di terzi" quando tra il creditore ed il terzo convenuto nell'azione revocatoria o risarcitoria intercorre un rapporto di controllo o collegamento.

Particolare cautela deve essere adottata nella individuazione del possibile interesse personale del creditore, evitando di dare rilievo a mere posizioni di fatto che non assumono carattere giuridico. La perimetrazione del conflitto d'interessi dei creditori dovrà procedere nello stretto sentiero che si snoda tra due muraglie: da un lato, l'obbligo costituzionalmente fondato di garantire la comunione di interessi tra tutti i votanti; dall'altro, l'esigenza di evitare una caccia senza fine agli interessi personali in conflitto. A ciò si aggiunga la necessità, pratica ma non meno importante, di agevolare l'autorità giudiziaria nel proprio compito di individuazione degli "interessi personali" dei creditori, sia perché all'autorità giudiziaria è attribuito solo un controllo di legalità sulla correttezza della formazione della classi, sia perché in questa fase il giudice delegato ed il tribunale sono privi di adeguati strumenti per accertare l'eventuale sussistenza di posizioni non omogenee tra i creditori<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Per questo esempio vedi D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza*, cit., 190.

<sup>60</sup> SACCHI, *Concordato preventivo*, cit., 35; BONSIGNORI, *Del concordato*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare* a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna-Roma, 1977, 267.

<sup>61</sup> Vedi SACCHI, *Concordato*, cit., 34, che, pur argomentando a favore della obbligatorietà della formazione delle classi in caso di interessi non omogenei dei creditori, ammette che "in questo modo si rimette al tribunale un compito assai delicato e difficile, quello di individuare le soglie minime di eterogeneità di interessi fra i creditori che impongono la formazione di una pluralità di classi". L'A. sottolinea, inoltre, le difficoltà pratiche cui incorre il Tribunale nella ricerca delle situazioni che creano conflitti d'interessi. Particolare enfasi su questo aspetto, in coerenza con la tesi che nega l'obbligatorietà della formazione delle classi, è posta da BOZZA, *La facoltatività*, cit., 430.

In giurisprudenza, vedi Trib. Milano, 4 dicembre 2008 (ord.), in *Fallimento*, 2009, 423: "Nel procedimento per l'ammissione al concordato preventivo, il tribunale può richiedere all'imprenditore informazioni in merito alla collocazione dei crediti nelle singole classi ed in particolare se i creditori fruiscono di garanzie collaterali, in funzione di verificare l'omogeneità delle classi".

Nel tentativo di ridurre, o addirittura, eliminare del tutto i margini di discrezionalità dell'autorità giudiziaria, limitando il rischio di incertezze interpretative, si potrebbe essere tentati di proporre un criterio oggettivo che distingua tra interessi personali rilevanti e interessi personali non rilevanti sulla base del tipo di rapporto che sussiste tra la proposta e l'interesse del creditore. Se la proposta ha come oggetto diretto (anche) il soddisfacimento dell'interesse personale del creditore, quest'ultimo è rilevante; se il soddisfacimento dell'interesse non è oggetto diretto della proposta, ma solo l'effetto indiretto, non assume rilievo. Con formula icastica si potrebbe dire che interesse rilevante ai fini del conflitto è solo quello il cui soddisfacimento sia oggetto e non mero effetto della proposta.

Cerchiamo di spiegare il concetto con l'ausilio di alcuni esempi.

Se la proposta di concordato fallimentare è formulata da un creditore, l'interesse personale di quest'ultimo a ridurre al minimo al fabbisogno concordatario trova direttamente nella proposta di concordato la propria fonte ed è oggetto della stessa. Analogamente, quando la proposta di concordato fallimentare preveda la rinuncia alle azioni revocatorie fallimentare già proposte, l'interesse personale del creditore convenuto in revocatoria fallimentare trova soddisfazione direttamente nella proposta. Ancora, se un creditore è convenuto in un giudizio di impugnazione o revocazione *ex art. 98 l.fall.*, oppure se è stato convenuto in un'azione risarcitoria, e la proposta di concordato prevede la rinuncia a questi giudizi, l'interesse personale del creditore ad ottenere la stabilizzazione definitiva del proprio credito è oggetto proposta. Al contrario, in caso di proposta di concordato preventivo, l'interesse personale del creditore a non subire possibili azioni revocatorie oppure a non dover sopportare lo scioglimento del contratto da parte del curatore non trova la propria fonte direttamente nella proposta e non è oggetto della stessa, che sul punto nulla direttamente dispone.

Il criterio distintivo sopra proposto è certo suggestivo, perché consente di restringere gli ambiti di discrezionalità e di errore dell'autorità giudiziaria, ma non sembra che questa argomentazione, che si fonda sulle problematicità della diversa soluzione, possa da sola giustificare l'accoglimento, in mancanza di diversi e ben più fondati argomenti di ordine testuale o sistematico. Se la disciplina del conflitto d'interessi si impone per evitare che il voto sia inquinato da posizioni esterne del creditore, non vi è ragione di limitare la tutela ai soli casi in cui si ponga un rapporto diretto tra la proposta e l'interesse del creditore; questa limitazione appare, infatti, opinabile, al limite dell'arbitrario. Non è facile, ad esempio, trovare giustificazione al diverso trattamento riservato al creditore già convenuto in azione revocatoria (escluso dal voto quando la proposta di concordato preveda la rinuncia al giudizio) ed al creditore che tema la proposizione di una futura azione revocatoria nei suoi confronti (ammesso al voto sia sulla proposta di concordato preventivo che su quella di concordato fallimentare).

Non resta, quindi, che ribadire la validità della soluzione “tradizionale”, secondo cui la valutazione della sussistenza dell’interesse personale del creditore deve essere compiuta di volta in volta in concreto da parte dell’autorità giudiziaria.

Ai fini del configurarsi della fattispecie del conflitto d’interessi, l’art. 2373 c.c. richiede che tra i due termini del rapporto (interesse sociale e interesse personale) si ponga una relazione di incompatibilità, di conflitto appunto. Anche sulla definizione del tipo di conflitto rilevante *ex art. 2373 c.c.* la dottrina si presenta divisa e la giurisprudenza non ha finora accolto con decisione e consapevolezza una delle due soluzioni. Parte della dottrina afferma che assuma rilievo il conflitto solo quando vi sia una incompatibilità assoluta tra i due interessi, nel senso che la soddisfazione dell’uno implica necessariamente il sacrificio dell’altro<sup>62</sup>. Altra parte della dottrina, invece, ritiene rilevanti anche i casi di incompatibilità relativa, cioè situazioni nelle quali i due interessi potrebbero in concreto risultare compatibili<sup>63</sup>. L’accoglimento dell’una o dell’altra interpretazione conduce a restringere (nel primo caso) o ampliare (nel secondo caso) la fattispecie del conflitto d’interessi, e ciò sia in ambito societario che in quello concorsuale. In mancanza di sicuri indici letterali o sistematici che depongano verso la tesi restrittiva, appare preferibile la tesi più ampia che meglio consente di reprimere casi di conflitto idonei a pregiudicare i creditori<sup>64</sup>, privilegiando quella interpretazione che si presenta più conforme ai principi costituzionali di tutela della libertà contrattuale. Si pensi, per fare un esempio, alla posizione del creditore che abbia un interesse a proseguire nei rapporti commerciali con il debitore o con l’assuntore una volta chiusa la procedura per concordato fallimentare: qui non si può dire che vi sia una incompatibilità assoluta tra l’interesse personale e l’interesse comune dei creditori alla migliore definizione del dissesto, potendo essere ben compatibili in concreto i due interessi, eppure il creditore si trova comunque in una posizione tale da non poter esercitare con serenità il proprio voto sulla proposta di concordato fallimentare.

7.- Ultimo problema lasciato scoperto dalla disciplina normativa del conflitto d’interessi è quello del trattamento da riservare al creditore che sia portatore di un interesse in conflitto.

La norma ripetutamente richiamata dell’art. 2373 c.c. in tema di società per azioni non vieta al socio in conflitto di esercitare il diritto di voto, ma si limita a statuire l’annullabilità della delibera assunta con il voto determinante del socio in conflitto, qualora possa recare danno alla società.

---

<sup>62</sup> GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 234 ss.

<sup>63</sup> PREITE, *Abuso di maggioranza*, cit., 138; SCIMENI, *La vendita del voto nelle società per azioni*, Milano, 2003, 126.

<sup>64</sup> Per queste argomentazioni di carattere sistematico, con riferimento all’interpretazione dell’art. 2373 c.c., vedi PREITE, *Abuso di maggioranza*, cit., 141; ID., *Il conflitto di interessi*, cit., 399.

In ambito concorsuale, le soluzioni proposte sono due<sup>65</sup>: a) esclusione dal voto del creditore in conflitto; b) inserimento in una classe separata.

L'esclusione del voto per taluni creditori, in relazione ai quali si presume il conflitto, è già testualmente previsto dal legislatore con gli artt. 127, commi 5 e 6, l. fall. e 177, comma 4, l. fall, norme che, come sopra visto, giurisprudenza e dottrina prevalenti ritengono di natura eccezionale e non suscettibili di applicazione analogica. Se si ritiene di condividere le considerazioni sopra esposte circa l'obbligo costituzionalmente fondato di evitare che il voto sia viziato da circostanze esterne che rompano la comunione di interessi, la tesi della natura eccezionale delle norme sulle esclusioni dal voto può superarsi<sup>66</sup>. Eccezionale non è la previsione dell'esclusione dal voto del creditore in conflitto, quanto la limitazione della propria libertà negoziale che subisce il creditore a seguito dell'applicazione del principio di maggioranza del creditore; questo giustifica, o meglio impone, di prevedere la sterilizzazione del voto per i creditori in conflitto anche al di fuori dei casi espressamente previsti dal legislatore.

In caso di esclusione dal voto, i creditori in conflitto devono senza dubbio essere esclusi anche dal computo delle maggioranze, in applicazione di quanto previsto dai citati artt. 127 e 177 l. fall., nonché in analogia del principio dettato in materia societaria dall'art. 2368 c.c.<sup>67</sup>

L'organo chiamato a decidere sulla individuazione del conflitto d'interessi del creditore in ordine alla proposta di concordato e sulla conseguente esclusione dal voto è da individuare nel giudice delegato.

In sede di concordato fallimentare, l'art. 127 l. fall. dispone che «se la proposta è presentata prima che lo stato passivo venga reso esecutivo, hanno diritto al voto i creditori che risultano dall'elenco provvisorio predisposto dal curatore e approvato dal giudice delegato; altrimenti, gli aventi diritto al voto sono quelli indicati nello stato passivo reso esecutivo ai sensi dell'articolo 97. In quest'ultimo caso, hanno diritto al voto anche i creditori ammessi provvisoriamente e con riserva». Pertanto, nel caso di proposta anticipata, il potere di individuare i soggetti aventi diritto al voto è espressamente attribuito al giudice delegato<sup>68</sup>; ne consegue che tale potere comprende anche l'individuazione dei creditori esclusi per conflitto d'interessi. Nel caso, invece, di proposta successiva all'approvazione dello stato passivo, la legittimazione al voto spetta sulla base dello stato passivo, ma le esclusioni dal voto di creditori ammessi allo stato passivo non possono che essere decise dal giudice delegato.

Anche nel concordato preventivo, il potere di decidere sulla individuazione dei soggetti aventi diritto al voto spetta al giudice delegato, che potrà provvedere anche in senso

---

<sup>65</sup> SACCHI, *Concordato preventivo*, cit., 33 ss.; STANGHELLINI, *Sub art. 124*, cit., 386.

<sup>66</sup> In questo senso, vedi SACCHI, *Concordato preventivo*, cit., 33 ss. e, già con riferimento al sistema previgente, ID., *Il principio*, cit., 433 e D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza*, cit., 190.

<sup>67</sup> GUERRERA, *Aspetti problematici*, cit., 1083.

<sup>68</sup> Sull'ampiezza dei poteri del g.d. in questa fase, vedi BERTACCHINI, *Sub art. 127*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di A. Nigro e M. Sandulli, II, Torino, 2006, 791.



difforme rispetto al preventivo accertamento del commissario giudiziale ed anche in assenza di contestazioni (cfr. art. 176 l. fall.)<sup>69</sup>.

Le eventuali controversie in ordine alla partecipazione o meno al voto di un creditore in asserito conflitto d'interessi, attenendo alla "regolarità della procedura", saranno oggetto di valutazione del tribunale in sede di omologazione (cfr. artt. 129, comma 4 e 180, comma 3, c.c.). Così, ogni creditore potrà contestare l'ammissione al voto di altro creditore che assume essere in conflitto e, specularmente, il creditore escluso dal voto in ragione del proprio conflitto potrà censurare in sede di omologazione la propria esclusione. Nel giudizio di omologazione, il tribunale potrà riesaminare anche d'ufficio le decisioni del giudice delegato in ordine all'ammissione o esclusione dal voto del creditore in conflitto, dovendo verificare la "regolarità della procedura" anche "se non sono proposte opposizioni"<sup>70</sup>.

Ovviamente, l'eventuale errore nell'ammissione o esclusione di un creditore in conflitto avrà rilievo e potrà condurre alla mancata omologazione del concordato solo laddove sia integrata la prova di resistenza, ovvero quando si provi che l'ammissione o l'esclusione del creditore avrebbe avuto influenza sulla formazione delle maggioranze. In tal senso, si può argomentare con sicurezza sia sulla base dell'art. 2373 c.c., in tema di conflitto d'interessi societario, sia sulla base dell'art. 176 l. fall., in tema di contestazione dei creditori non ammessi al voto.

In alternativa alla esclusione dal voto del creditore in conflitto, si è proposto di includerlo in una classe separata, così da immunizzare il suo voto rispetto al voto degli altri creditori non in conflitto<sup>71</sup>. In questo modo, anche se il creditore in conflitto (per assurdo) fosse titolare della maggioranza dei crediti ammessi, il suo voto favorevole alla proposta sarebbe irrilevante ai fini del raggiungimento dei *quorum*, dovendo la proposta essere approvata dalla maggioranza dei crediti ammessi al voto nell'altra (o nella maggioranza delle altre) classe dei creditori non in conflitto (cd. "creditori esterni").

L'inclusione del creditore in conflitto in una classe separata condivide con la esclusione dal voto la comune natura di strumento di reazione dell'ordinamento al conflitto d'interessi dei creditori nelle votazioni sul concordato, ma se ne differenzia sotto il profilo pratico degli effetti.

Infatti, nel caso in cui vi sia un unico creditore in conflitto, o tutti i creditori in conflitto vengano inseriti in una medesima classe, l'effetto è equivalente: in tutte e due i casi, la proposta è approvata se riceve il voto favorevole della maggioranza dei creditori

---

<sup>69</sup> Cfr. NARDECCHIA, *Esercizio del diritto di voto, potere del g.d. e criteri di formazione delle maggioranze nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2008, 349; MANFEROCE, *Sub art. 176*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, 1546.

<sup>70</sup> Nello stesso senso, con riferimento al potere *ex art. 176*, comma 2, l. fall. del Tribunale di riesaminare le decisioni del giudice delegato sulla esclusione dal voto dei crediti contestati, vedi MANFEROCE, *Sub art. 176*, cit., 1548.

<sup>71</sup> SACCHI, *Concordato preventivo*, cit., 33; FABIANI, *Brevi riflessioni*, cit., 441; PACCHI, *Il concordato fallimentare*, cit., 1446.

“esterni”<sup>72</sup>. Diversamente accade, tuttavia, quando vi siano, ad esempio, due creditori interessati all’approvazione del concordato e gli stessi vengano inseriti in classi distinte: questi creditori, se sono esclusi dal voto per conflitto d’interessi, non concorrono all’approvazione del concordato, se sono inseriti in due classi distinte concorrono all’approvazione del concordato e la reazione al loro conflitto d’interessi è affidata al controllo del tribunale *ex art. 180, comma 4, l. fall.* se vi è l’opposizione di un creditore appartenente ad una classe dissenziente.

Le due tecniche divergono anche sotto un diverso profilo. Se il creditore in conflitto ha interesse alla non approvazione del concordato e, quindi, vota in senso contrario, l’eventuale inserimento in una classe separata gli consentirebbe, in sede di omologazione, di sottoporre al tribunale anche il giudizio di convenienza sulla proposta concordataria, trattandosi di creditore appartenente ad una classe dissenziente (artt. 129, comma 5 e 180, comma 4, l. fall.). Diversamente, se gli viene semplicemente vietato il diritto di voto, potrà solo chiedere al tribunale una verifica sulla regolarità della procedura.

La tesi secondo cui il creditore in conflitto deve essere inserito in una classe separata è sostenibile solo a condizione che, a monte, si affermi la tesi della obbligatorietà e non della mera facoltatività della formazione delle classi nei concordati<sup>73</sup>. Pur in presenza di talune resistenze interpretative<sup>74</sup>, la tesi della obbligatorietà della formazione delle classi laddove si sia in presenza di creditori con posizioni non omogenee va affermandosi in dottrina<sup>75</sup> e nella prima giurisprudenza<sup>76</sup>. L’ostacolo di ordine testuale<sup>77</sup> (art. 160 l. fall.: «il piano può prevedere ... la suddivisione dei creditori in classi»; art. 163 l. fall.: «ove siano previste diverse classi di creditori»; art. 177: «ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato»; norme corrispondenti sono dettate in tema di concordato fallimentare), non appare insuperabile tanto più se si considera l’espreso potere-dovere concesso al tribunale di valutare la «correttezza dei criteri di formazione delle classi» (art. 163 l. fall.). E, soprattutto, le alternative proposte per garantire una

---

<sup>72</sup> Per una esemplificazione vedi STANGHELLINI, *Creditori «forti»*, cit., 386, in nota.

<sup>73</sup> Il tema della obbligatorietà della formazione delle classi in presenza di situazioni economiche non omogenee tra i creditori ed il tema della obbligatorietà della inclusione in una classe separata del creditore in conflitto non vanno confusi l’uno con l’altro e non si sovrappongono. Il primo attiene alla facoltatività o meno della suddivisione in classi separate dei creditori che siano portatori di interessi economici non omogenei tra di loro, pur non essendo necessariamente in conflitto con l’interesse comune dei creditori (es: creditori bancari, creditori non finanziari, ecc.); il secondo attiene agli strumenti per sterilizzare il voto di soggetti che siano portatori di un interesse personale in conflitto con quello comune dei creditori (es: il creditore che sia anche proponente del concordato). Sul punto vedi le lucide e puntuali osservazioni di SACCHI, *Concordato preventivo*, cit., 32.

<sup>74</sup> Cfr. BOZZA, *La facoltatività*, 425; SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un’analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 581; BERTACCHINI, *Sub art. 124*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di A. Nigro e M. Sandulli, II, Torino, 2006, 772; MAROLLO, *Le classi di creditori nel concordato preventivo alla luce del d.lgs. 12 settembre 2007*, n. 169, in *Fallimento*, 2008, 1463.

<sup>75</sup> SACCHI, *Concordato*, cit., 33; FABIANI, *Brevi riflessioni*, cit., 441; CATALLOZZI, *Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori “deboli”*, in *Fallimento*, 2007, 339; PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, in *Fallimento*, 2009, 29.

<sup>76</sup> Trib. Milano, 4 dicembre 2008, cit.

<sup>77</sup> In questo senso BOZZA, *La facoltatività*, 425.

idonea tutela dei creditori dissenzienti in presenza di una disomogeneità delle posizioni dei creditori, fondate sulla possibilità per qualsivoglia ogni creditore dissenziente di chiedere al tribunale un giudizio sulla convenienza della proposta<sup>78</sup>, appaiono, queste sì, in contrasto con il dato testuale, che attribuisce al solo creditore dissenziente di classe dissenziente questo potere, e non in linea con la *ratio* legislativa di limitare entro stringenti limiti il giudizio di convenienza del tribunale.

Riconosciuta l'assenza di ostacoli alla tesi della obbligatoria inclusione del creditore in conflitto in una classe separata, resta aperto il problema di spiegare le ragioni del diverso trattamento riservato ai creditori per i quali il conflitto d'interessi è presunto dal legislatore (coniuge del fallito, ecc.) rispetto a quelli per i quali il conflitto deve essere accertato di volta in volta dall'autorità giudiziaria. Per i primi è espressamente prevista l'esclusione dal voto, mentre per i secondi sarebbe consentito il voto, sia pure nell'ambito di una classe separata. Le conseguenze di ordine pratico di questa distinzione sono, come detto, eventuali, ma nondimeno vi sono. Se una giustificazione di questa diversità si vuole trovare, può essere rinvenuta nel fatto che per i primi il legislatore individua una presunzione assoluta di conflitto d'interessi, mentre per gli altri non vi è alcuna presunzione, dovendosi il conflitto valutarsi in concreto, di volta in volta. Questa maggiore opinabilità del conflitto d'interessi può spiegare perché essi possano comunque votare, pur se in una classe separata, così essendo legittimati a provocare il giudizio di convenienza del tribunale. D'altra parte, anche in ambito societario il legislatore disciplina in modo diverso e più rigoroso la posizione dei soggetti per i quali vi è una presunzione assoluta di conflitto. A differenza che per gli altri soci in conflitto, infatti, per gli amministratori è posto un espresso divieto di voto nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità (art. 2373, comma 2, c.c.).

In ordine alle modalità di risoluzione delle controversie relative alla inclusione o meno in una classe separata di un creditore in asserito conflitto d'interessi possono ripetersi le conclusioni sopra esposte circa l'esclusione dal voto del creditore: il Tribunale, in sede di omologazione, potrà, sia d'ufficio, che a seguito di contestazione, riesaminare le decisioni del giudice delegato, trattandosi di profilo attinente alla "regolarità della procedura", sempre nei limiti della prova di resistenza.

Giacomo D'Attorre

---

<sup>78</sup> Vedi ancora BOZZA, *La facoltatività*, cit., 431 ss.