

Procedure concorsuali e *par condicio creditorum*: la protezione dei creditori tra parità e ragionevolezza.

Oreste De Cicco

ricercatore di diritto commerciale

UNISU

SOMMARIO: 1. La *par condicio* nella riforma della legge fallimentare... – 2. ...e nei suoi aspetti più specifici: il classamento dei creditori. – 3. La prededucibilità degli apporti di “nuova finanza”: i finanziamenti dei soci. – 4. Parità dei creditori: un’esigenza ormai superata? – 5. L’affermazione di una *par condicio* di classe e il (difficile) rapporto tra autonomia contrattuale e concorso. – 6. La *ragionevolezza* della discriminazione: la *par condicio* quale strumento di tutela dei creditori deboli.

*

1. Il percorso riveditivo del legislatore intorno alla legge fallimentare, giunto, da ultimo, alla legge n. 122 del 30 luglio 2010, spinge l’interprete a soffermarsi sulla perdurante significatività dei profili della stessa tradizionalmente ritenuti centrali. In particolare, va presa in considerazione la *par condicio creditorum*, nel tentativo di verificarne l’attuale nozione e, all’esito di una breve - e, ciò di cui fin da ora ci si scusa, certamente non esaustiva - panoramica sulle norme che ne hanno apparentemente minato il fondamento, delimitarne, evidentemente in ambito meramente concorsuale, gli attuali limiti di operatività.

In un saggio edito su *Giurisprudenza Commerciale* del 1984, Jaeger scriveva che la *par condicio creditorum* non è “un principio assoluto, ispirato ad interessi superiori di carattere economico, sociale o ideologico” e che “essa risponde, piuttosto, a criteri di ordine nelle procedure concorsuali, che passano in secondo piano di fronte al riconoscimento di interessi prevalenti meritevoli di tutela”. Tale considerazione, che pure aveva l’indubbio pregio di liberare l’interprete

dallo stato di *soggezione* con il quale si guardava alla par condicio, si inseriva in un contesto, innanzitutto normativo, certamente diverso da quello con il quale si è oggi chiamati a confrontarsi. In primo luogo, perché assai minori erano le deroghe alla paritarietà, nel tempo invece costantemente incrementate in ragione dei privilegi riconosciuti alle più diverse categorie di crediti; ancora, perché proprio l'incremento di tali deroghe ha finito per mettere in crisi finanche la correttezza del riconoscimento alla par condicio del rango di principio, lasciando spazio all'opinione che essa sia null'altro che una regola, valida fin tanto che sia esplicitamente affermata e inapplicabile negli altri casi. Sembra assolutamente incerto se possa dirsi oggi pienamente accolta l'una o l'altra tesi; quel che però pare sicuro è che, quando si ha riguardo alle procedure concorsuali, la volontà di assicurare al ceto creditorio un trattamento paritario ha senza dubbio rappresentato uno dei fondamenti stessi – verrebbe quasi da dire, con tutta l'imprecisione che comporta l'utilizzo di questo termine, uno dei *motivi* basilari, anche se non l'unico – della loro disciplina. Volontà che si è concretizzata proprio nella previsione del concorso, soggettivo ed oggettivo, che manca invece nell'esecuzione individuale dove il soddisfacimento dei creditori è lasciato integralmente all'iniziativa del singolo.

D'altro canto, l'affermazione che le procedure concorsuali – in special modo il fallimento e il concordato preventivo – siano destinate in via assolutamente prioritaria a consentire una efficiente soddisfazione dei creditori in quanto tali non può essere tuttora messa in alcun modo in discussione: il punto è ovvio tanto per il concordato preventivo – per il quale non occorre proprio spendere parole, trattandosi di una proposta che il debitore formula ai creditori, pur con rilevanti elementi di giudiziarietà -, quanto per il fallimento – che, in assenza di creditori, o in assenza di fondi minimi da ripartire in favore dei creditori, addirittura si chiude ex art. 118 l.f.

Questa affermazione può tuttavia essere sviluppata seguendo prospettive essenzialmente differenti: se cioè sia tuttora da riconoscere alle procedure concorsuali anche il compito di *orientare* il soddisfacimento dei creditori, o se piuttosto queste abbiano assunto una funzione, per così dire, meramente *organizzativa*. Un sicuro dato di fatto è che sotto numerosi profili l'intervento giudiziale è stato fortemente ridimensionato, ciò che militerebbe nel secondo senso: senza menzionare l'eliminazione del fallimento di ufficio, maggiore significato assume la qualificazione del ruolo riservato al Tribunale nelle soluzioni concordate della crisi, non per delimitarne l'ambito di operatività - argomento sul quale tanto, e autorevolmente, si è detto, e intorno al quale sembra ci sia oggi una sufficiente coincidenza tra quanti ascrivono al giudice un controllo di legalità sostanziale -, quanto per evidenziare come anche tale ridimensionamento testimoni oggi una diversa considerazione di quei meccanismi dapprima ritenuti irrinunciabili, tra i quali per l'appunto si potrebbe andare ad inserire anche la *par condicio creditorum*.

Non pare poi irrilevante porre in luce che ad incidere sulla tutela dei creditori, e, dunque, sulle modalità in cui questa si realizza, è il rinnovato interesse per il recupero dell'impresa in crisi. Per quanto, difatti, sia opportuno uscire dall'equivoco che costruisce il rapporto tutela dei creditori/tutela dell'impresa in termini di contrapposizione, al punto da doversi piuttosto affermare che, anzi, una più efficace tutela dei creditori "passa" anche per il tramite di una normativa che renda più agevole la conservazione dell'impresa *valida*, seppure in crisi, è tuttavia innegabile una certa confusione del legislatore, che sembra porre in più punti in maggiore evidenza quest'ultimo aspetto, sulla scorta dell'esperienza - invero, molto discutibile - dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, *nonostante* i creditori, e talora, privilegiando la continuazione della stessa attività dell'imprenditore persino *a scapito* dei creditori, come certamente è ben

rappresentato, ad esempio, dalle *chances* offerte dalla esdebitazione, com'è noto già in uso da tempo in altri ordinamenti e ora recepita anche in quello nazionale. O ancora, da altra disposizione - implicitamente desumibile dalla sottrazione del controllo di meritevolezza al tribunale - secondo cui nel concordato preventivo sia ora possibile che il debitore non coinvolga nel soddisfacimento dei creditori l'intero suo patrimonio, eventualmente riservandosene una parte, nella speranza che ciò incontri l'assenso dei creditori, proprio nella prospettiva di continuazione della sua esperienza imprenditoriale.

D'altra parte, tutte queste previsioni sono ulteriormente motivate dalla volontà di agevolare i concordati, deflazionando i tribunali dalle innumerevoli procedure fallimentari: basti pensare, ancora, al superamento normativo di un vecchio, noto scoglio alle procedure concordate, costituito dal pagamento integrale di tutti i privilegiati, mediante il riconoscimento della legittimità di un pagamento percentuale di costoro, sempre che la percentuale offerta non sia inferiore a quanto essi avrebbero potuto ottenere mediante la realizzazione della garanzia.

2. Vi sono poi due ulteriori dati normativi la cui considerazione ben si inserisce in questo discorso. Uno, relativo alla possibilità di distinguere i creditori in classi, che rientra nel novero delle primissime novità introdotte nel 2005, quando cioè si è messo per la prima volta mano alla revisione della legge fallimentare; l'altro, ex art. 182 *quater* l.fall. (introdotto dall'art. 48 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78), relativo al trattamento dei finanziatori dell'impresa, secondo il quale il credito di questi ultimi viene espressamente qualificato, o quanto meno parificato, ai prededucibili nei casi ivi previsti, e che rappresenta, invece, l'ultima espressione di riforma del legislatore: su tali profili sia consentito allora rapidamente soffermarsi.

Quanto al primo, è a tutti noto che, tanto nel concordato preventivo quanto nel concordato fallimentare, è consentito ripartire i creditori in classi, distinte per posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei, attribuendo a ciascuna di esse un trattamento soddisfacente di diversa entità o misura. La portata di tale novità, apparentemente dirimpante, e della quale si è studiata in altra sede la rilevanza, va forse per taluni aspetti ridimensionata: la distinzione dei creditori non è, né lo era prima del 2005, fenomeno sconosciuto al nostro ordinamento. Non solo, infatti, la prevedeva l'art. 4 bis del d.l. n. 347/03 convertito in legge 18 febbraio 2004 n. 39 nell'ambito della disciplina dell'amministrazione straordinaria della grandi imprese in crisi, ma, a ben vedere, la "classica" distinzione dei creditori in privilegiati e chirografari è essa stessa una ripartizione, tanto è vero che il dibattito dottrinale sembra oggi concordare sul fatto che sia questa la prima distinzione che deve essere compiuta perché sia soddisfatto il criterio della diversa "posizione giuridica".

Si aggiunga poi che la ripartizione dei creditori in classi rappresenta in definitiva un'evoluzione di tutte quelle convenzioni con le quali il creditore e il debitore modulano l'obbligazione che li lega, sul presupposto della ricorrenza di altri crediti. E tra questi, ad esempio, degli accordi di postergazione, mediante i quali il creditore accetta il sacrificio del proprio credito implicitamente privilegiandone altri. O, ancora, della cosiddetta clausola di *pari passu*, con la quale il creditore conviene, al contrario, che il suo credito non sarà postergato ad altri crediti di pari natura contratti successivamente dal debitore. Il motivo per il quale si parla di evoluzione è il seguente: in questi casi la modifica della posizione del credito è sempre frutto di un accordo; nel caso di ripartizione in classi nel concordato la proposta che la contiene è approvata invece a maggioranza, quindi, eventualmente anche con il dissenso di alcuni creditori che pure ne subiscono le conseguenze. E'

proprio questo aspetto, dunque, la necessità cioè di una preesistente disposizione normativa che autorizzi il trattamento deteriore di un creditore pur in mancanza del suo assenso, che giustifica l'intervento del legislatore.

Senza dire, infine, che la considerazione dei creditori in categorie e, quindi, il rilievo affidato alle caratteristiche precipue di ciascuna di esse, sembra inserirsi nel solco di quella corrente, anche normativa, che in un più ampio novero di soggetti ne considera alcuni in virtù degli interessi di cui essi sono portatori: si fa riferimento alla cosiddetta legislazione per *status*.

Orbene, a parte tali considerazioni, non certo tese a ridimensionare la portata della previsione normativa quanto ad evidenziarne, per quanto di derivazione estera, la sua attitudine a ben inserirsi nel nostro ordinamento, è indubbio che, relativamente ai profili che si stanno trattando, il classamento dei creditori si mostri in apparente contrasto con la *par condicio*. Certamente laddove dei creditori si faccia una considerazione unitaria, fondata, ad esempio, sulla circostanza che essi siano tutti creditori chirografari. O, ancora, laddove si ritenga che la *par condicio* sia espressione del principio di uguaglianza, cosicché in tanto la si può dire rispettata in quanto a tutti i creditori si assicuri uguale soddisfazione. Sennonché, entrambe le conclusioni pare che debbano essere contraddette. A cominciare proprio dal fatto che la disciplina fallimentare, come d'altra parte quella comune, orientino verso una considerazione unitaria del credito. Non solo difatti in questo senso milita la ricorrenza della categoria del privilegio legale, che fonda le sue radici proprio nella considerazione del diverso interesse che una determinata obbligazione è chiamata a soddisfare, ma soprattutto a questi fini sembrano delineati i già menzionati criteri utili alla formazione delle classi. Se, dunque, prima si è fatto riferimento alla "posizione giuridica", sembra ora opportuno rimarcare il rilievo del secondo criterio indicato

dall'art. 160, lett. c, l.fall., ovvero l'interesse economico, perché proprio la sua previsione testimonia la considerazione della possibile disomogeneità tra categorie di crediti anche solo economicamente differenti, e, dunque, anche di pari rango o grado.

Per altro verso, neppure sarebbe corretto ricercare il fondamento esclusivo della par condicio nel concetto di uguaglianza, non fosse altro perché la nozione di paritarietà non si esaurisce in esso, cosicché ben può aversi un soddisfacimento paritario di diversi crediti anche nel caso in cui si realizzi attraverso forme e misure di adempimento differenti. In questa ottica, d'altra parte, si pongono oggi quegli interventi giurisprudenziali in materia di concordato, nei quali il classamento dei creditori viene qualificato non già come una mera facoltà del debitore - o di chi propone il concordato fallimentare -, sulla quale nelle ipotesi e secondo le modalità previste può talora esprimersi il tribunale, ma come un suo obbligo: nel senso che è necessario motivare anche il mancato uso che si faccia della allocazione dei creditori in classi, destinatarie di trattamenti differenti, qualora la situazione concreta lo esiga.

3. Un discorso non del tutto difforme va fatto con riguardo all'art. 182 *quater* della legge fallimentare. Come è noto, tale norma prevede la prededucibilità ex art. 111 l.fall. dei crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari, in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, ai quali sono parificati i finanziamenti erogati da questi stessi soggetti in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, purchè siano previsti dal piano di cui all'art. 160 o dall'accordo di ristrutturazione, e purché “la prededucazione sia

espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato". Altra novità di estremo rilievo risiede poi nel terzo comma dell'art. 182 *quater* l. fall., ai sensi del quale "in deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il primo comma si applica anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare".

Ora, di fronte ad una norma siffatta si prospettano due strade. La prima, che non considera i crediti prededucibili come parte del concorso, con la conseguenza che per tale via si rende l'art. 182 *quater* estraneo al ragionamento che stiamo facendo. Epperò l'opinione ampiamente più diffusa non concorda con tale premessa; volendo allora seguire tale convincimento, sembra doversi desumere che anche tale disposizione si presti ad incidere sulla nozione di par condicio, anzi, a ben vedere, di tutte quelle che si sono fin qui menzionate, essa appare quella che più di tutte è, almeno in astratto, idonea a perseguire tale effetto. Essa, infatti, è l'unica che realmente consente un trattamento differente di crediti, o creditori, di identica natura: ad esempio tra crediti derivanti da finanziamenti effettuati da banche e intermediari finanziari in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, e crediti derivanti da finanziamenti effettuati da banche e intermediari finanziari in diverse occasioni. O, vieppiù, tra il credito del socio finanziatore prededucibile per l'ottanta per cento e il credito del socio finanziatore chirografario per il residuo venti per cento. D'altro canto, a conferma di tale affermazione, e cioè della differente considerazione di posizioni per molti versi coincidenti, resta il fatto che lo stesso art. 182 *quater*, al quinto comma, dispone che i titolari dei crediti innanzi dichiarati prededucibili, così come il professionista incaricato di redigere la relazione prevista dagli artt. 161 e 182 *bis* l.fall., sono esclusi dal voto e

dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'articolo 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-bis, primo e sesto comma. Ebbene, giacché sembra doversi ritenere che proprio tale disposizione abbia definitivamente confermato la circostanza che anche i crediti prededucibili, così come quelli postergati, debbano essere contemplati nel piano di risanamento, sembra innegabile anche sotto il profilo del voto e, come detto, del computo ai fini del calcolo della maggioranza, che vi sia una sperequazione tra fattispecie assai simili.

4. Fatte queste esemplificazioni, testimonianza evidente del percorso rimeditativo del legislatore sulla qualificazione della par condicio, pare tuttavia estraneo ad esso l'obiettivo di un suo superamento, pure affermato da più parti, e proprio alla luce delle norme che si sono richiamate.

Innanzitutto, perché tra i molteplici richiami fatti, di alcuni può affermarsi la sicura unicità, e, dunque, la non attitudine a rappresentare il perno intorno al quale costruire un *iter* argomentativo di generale applicazione. E' il caso proprio della previsione dell'art. 182 quater: vero è che tale norma qualifica prededucibili crediti altrimenti postergati, sovvertendo così l'ordine del loro soddisfacimento e, in definitiva, ammettendoli ad un pagamento dal quale sarebbero diversamente esclusi; ma è altresì vero che tale previsione è integralmente motivata dall'intento di favorire la cd. nuova finanza, agevolando, o per così dire, rendendo appetibile, il finanziamento, interno o esterno che sia, della società in crisi. Non si dimentichi infatti che, certamente per quanto riguarda le banche o gli altri intermediari finanziari, ma, secondo l'unica lettura che appare corretta, anche per i soci, la norma ha riguardo ai finanziamenti effettuati in occasione di un concordato o di un accordo di

ristrutturazione dei debiti omologato, attuandosi così il medesimo intento di tutela che ha indotto ad annoverare i pagamenti effettuati in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti tra quelli esclusi dalla sfera della revocatoria. Se ciò è esatto, se è allora chiaro che il legislatore ha inteso descrivere una situazione particolare, e consentire che in questa situazione, nella quale certo nessuno finanzierebbe l'impresa attesi i rischi, indiscutibili, per i terzi, e ancora più evidenti per i soci, ciò invece possa avvenire, non si può che concludere per il carattere eccezionale della norma considerata, con la conseguenza che da essa non possono potersi trarre affermazioni di principio.

Un discorso totalmente differente, ma che tuttavia, quanto al discorso in parola, non conduce a conclusioni dissimili, va prospettato in merito alla previsione che consente il pagamento in percentuale dei creditori privilegiati. Questa, difatti, oltre al già menzionato fine di agevolazione dei concordati, è, da un lato, immediata conseguenza della perdita del connotato di premialità del concordato, e, dunque, anche della necessità che attraverso il pagamento integrale di parte dei propri crediti l'imprenditore mostri di meritare quel beneficio, dall'altro, esito di una più adeguata ed effettiva qualificazione proprio del principio di par condicio creditorum. Fermo restando che, per espressa disposizione normativa, in quest'ottica non si possa in nessun caso intaccare l'ordine dei privilegi, pare sinceramente più equo trattare nei medesimi termini chi sia titolare di un privilegio di mera facciata, che in sede fallimentare "ordinaria" non offrirebbe a costui una posizione differenziata rispetto ai chirografari, e questi ultimi, piuttosto che apprezzare una (vuota) posizione dei primi in nome di un puro nominalismo. Ed anzi, questa previsione impone una maggiore cautela ai creditori nella ordinaria vita dell'impresa, confermando loro che un'ipoteca di decimo grado su di un immobile già esaurito non altererà in alcun caso la loro posizione di rischio, ciò che, invece, con il rispetto formale dell'obbligo di pagamento

integrale dei privilegiati, indubbiamente si realizzava, in via fortemente distorsiva e innaturale.

Ne discende, dunque, che non solo la disposizione in esame non “spezza” la par condicio, non contraddicendone affatto il fondamento, ma, anzi, di essa contribuisce a dare una definizione più compiuta, o, se si vuole, di maggiore effettività.

5. Quella “straordinarietà” poi non si ritrova neppure nelle norme che consentono la ripartizione dei creditori in classi. Si tratta allora di verificare se, affermata anche con riguardo ad esse l’astratta attitudine ad incidere sulla nozione di par condicio, sia corretto ritenere, loro tramite, il superamento. Alla luce di quanto esposto fin qui, e della diversa definizione di par condicio che si sta cercando di delineare, la conclusione si fa però intuibile: non pare che il classamento neghi rilievo alla par condicio, ma che piuttosto contribuisca ad uscire dall’equivoco di considerare nei medesimi termini fattispecie profondamente differenti. E differenti sia sotto il profilo giuridico che economico: non dimentichiamo infatti che la Corte di Cassazione, con la decisione n. 2706 del 2009, ha precisato non potersi inserire nella medesima classe creditori portatori di interessi economici diversi. Risulta, così, da una parte, affermata – invero, per coloro i quali ne avessero avuto bisogno - la non alternatività, bensì la cumulabilità dei due criteri indicati dall’art. 160, lett. c, l.fall., dall’altra, escluso che della medesima classe possano far parte creditori di uguale posizione giuridica ma dal diverso interesse economico: il che, questo sì, avrebbe rappresentato un effettivo *vulnus* al trattamento paritario dei creditori. Posti tali termini, si rende così immediatamente evidente che, se correttamente effettuato, anche il classamento dei creditori, pur modificandone, al più, i modi di operatività, non attenta alla par condicio.

Tale conclusione si fonda sia sulla considerazione secondo la quale nell'ambito di ciascuna classe la considerazione dei creditori avviene su un piano di paritarietà; sia perché, a ben vedere, se l'insieme delle norme che si sono ricordate ha avuto un effetto, non è quello di rendere inoperativa la par condicio, quanto di conformarla quanto meno ad un principio di non discriminazione; sia, ancora, perché è questa differente considerazione che lascia, in adesione all'intento del legislatore, un più ampio spazio per ridefinire i margini di intervento che residuano in favore dei creditori e del rapporto dialettico che essi instaurano con l'imprenditore-debitore, consentendo in esso di cercare un adeguato contemperamento tra la fonte legale e quella di origine convenzionale. E che, in fatto, rendono concreta la "spinta" verso soluzioni che mostrano di rappresentare la sede in cui la dialettica debitore-creditori ha seri margini di intervento, anche declinando regole che, si è detto, non è affatto certo siano "di principio" e, dunque, in quanto tali, inderogabili.

In effetti, è proprio questo il profilo che si mostra di maggiore interesse in relazione al ragionamento in esame: il rapporto tra trattamento paritario dei creditori e cd. privatizzazione della crisi d'impresa, espressione con la quale si ha riguardo all'accentuata natura contrattuale dei "nuovi" concordati, come alla più significativa contrattualizzazione dello stesso fenomeno fallimentare nella sua interezza, al fine di verificare se, e, nel caso entro quali limiti, tale autonomia lasci ai privati, anche in ambito concorsuale, la facoltà di incidere sulle stesse regole del concorso.

La riforma della legge fallimentare ha dichiaratamente attinto all'esperienza di quegli ordinamenti stranieri nei quali la dialettica debitore/creditori si è ormai da tempo consolidata. E' il caso dell'*Insolvenzordnung* tedesco o del *Bankruptcy Reform Act* statunitense, e nell'ambito di quest'ultimo, del cd. *Chapter 11*. Proprio con riferimento

a tale fonte, e alla procedura che essa descrive, un interessante studio (Ayotte e Morrison) ha evidenziato come il ruolo dominante compete ai creditori, anche sul piano della allocazione tra loro delle risorse, e che esse constano di una fase nella quale “*equityholders and managers exercise little or no leverage*”, in cui si afferma piuttosto un “*pervasive creditor control*”. Si comprende cioè come nella fase di crisi dell’impresa, quella fase che, come pure si è detto, è oggi costruita a salvaguardia non più solo del ceto creditorio, sia proprio quest’ultimo ad assumere una indubbia capacità di orientarne le sorti. Sono i creditori, cioè, che, si passi l’espressione, condividono la gestione dell’impresa, non più costretti a subire le scelte altrui ma direttamente partecipi delle soluzioni che ne determinano o meno il prosieguo. E’ in tale rapporto dunque, e, in esso, nella profonda accentuazione del ruolo dei creditori nella definizione della crisi, che si fa spazio l’eventualità che anche la par condicio dalla “staticità” con la quale era tradizionalmente intesa si orienti verso una sua considerazione più dinamica, o, come si diceva, che la conformi alle diverse esigenze e ai diversi interessi che nelle singole procedure possono emergere. In questo senso, concludono allora quegli autori, non vi è violazione della par condicio ogni qual volta i creditori, anche mediante il voto maggioritario, confermino il proprio assenso ad un trattamento che, seppure apparentemente discriminatorio, sia per essi in ogni caso soddisfacente.

D’altra parte, nel sistema italiano il passaggio della responsabilità dell’impresa dal debitore – così come dal Tribunale – ai creditori non soltanto è analizzato dalla dottrina più attenta (per tutti, Stanghellini), ma trova al contempo più di un riscontro normativo: basti pensare alla decisione determinante del comitato dei creditori in merito alla continuazione o all’interruzione dell’esercizio dell’impresa nel fallimento, ed al ruolo dei creditori anche in merito all’affitto di azienda o alle operazioni di rilievo che il curatore è chiamato a compiere; così

come alla possibilità che la crisi sia definita anche mediante il passaggio agli stessi creditori della proprietà dell'impresa, eventualmente anche mediante la costituzione a tal fine di apposite società.

Questo percorso conferma che quelle conclusioni sembrano valide anche con riguardo all'esperienza italiana, che pure ha tradizioni differenti e viene da un tempo assai lontano, in cui si è guardato alle procedure concorsuali come luogo in cui all'emersione dell'interesse pubblico faceva seguito il declino assoluto di quello privato: sia dell'imprenditore debitore, quasi per definizione considerato immeritevole e verso il quale un sistema sanzionatorio era visto come più che giustificato; sia degli stessi creditori, la cui pretesa era sì tutelata in ambito concorsuale ma più per rimediare al rischio che l'insolvenza avrebbe potuto esercitare sull'equilibrio del mercato in generale che a garanzia del singolo. E' difatti proprio con riguardo all'esperienza italiana che, superata questa ottica tradizionale, si è evidenziato come il conflitto tra creditori, e le possibili soluzioni di esso, non prevedono un'unica modalità generalmente efficiente, ma transitano per una valutazione anche politica di opportunità del legislatore, prima, e della pratica in fase attuativa, poi (Denozza).

6. E' nel contemperamento di questi due fattori, dunque, l'autonomia del ceto creditorio e i limiti ad essa imposti dalle scelte normative, che deve individuarsi l'odierna nozione di par condicio. Un contemperamento, questo, che si svolge tra differenti soluzioni.

La prima alternativa si pone tra concorso giudiziale, che tuttora regola la liquidazione fallimentare vera e propria, e nella quale la volontà dei creditori ha una rilevanza comunque meno decisiva – il rilievo di questi emerge prima e durante la fase che conduce alla liquidazione dell'attivo, ma può semmai riguardare la condivisione dell'insorgenza dei

creditori prededucibili, ma mai l'allocazione dei fondi tra chirografari e privilegiati –, e concorso contrattuale, che si realizza nel concordato fallimentare, e, più ancora, in quello preventivo, nel quale, una volta rispettato, nei sensi che si accennavano anche prima, il criterio di congruità del privilegio rispetto al credito vantato, e, in questi termini, l'integrale soddisfazione dei creditori privilegiati, il resto è affidato all'autonomia contrattuale.

La seconda, che tutta risiede nell'ambito del concorso contrattuale, e che conduce alla verifica circa la ricorrenza di eventuali limiti a tale autonomia, prende le mosse proprio dalla conclusione alla quale siamo prima giunti, la rinnovata considerazione della volontà dei creditori. E' da credere, infatti, che, per quanto la lettura del disposto normativo lasci immaginare che sia il solo debitore a redigere la proposta di concordato, sottoponendola quindi all'approvazione del ceto creditorio, in realtà, questa sia solo una delle possibili evenienze, e forse, neppure la più consueta. E' probabile, piuttosto, che essa sia frutto di una vera e propria concertazione, se non preventiva, da porre in essere in corso di approvazione, ciò che, d'altro canto - oltre ad essere certamente consentito dalla sostanziale atipicità del concordato, non più relegato nelle rigide opzioni del concordato con garanzia e del concordato con cessione dei beni ai creditori -, sembra presumere lo stesso art. 175 l.fall. che, nel disporre che la proposta di concordato "non può più essere modificata dopo l'inizio delle operazioni di voto", consente, *a contrario*, che essa sia fino a quel momento oggetto di modifiche, e proprio in ragione delle osservazioni mosse dai creditori. Ma se ciò è esatto, si comprende come non solo in questa fase il ruolo dei creditori sia centrale, ma che, tra essi, ai creditori tradizionalmente considerati "forti" si riconosca ora un carattere addirittura dominante. E che, dunque, proprio a tale categoria di creditori siano in certi termini rimesse le sorti del concordato: sia perché l'approvazione a maggioranza, e l'incidenza su di

essa che ha la ripartizione in classi, consente di deciderne l'approvazione; sia perché, come detto, è credibile che l'imprenditore in crisi giunga alla decisione di tentare la strada concordataria, e, quindi, di formulare la relativa proposta, solo dopo aver raccolto il consenso di un considerevole numero di creditori, tra i quali certamente si annoverano coloro che sono titolari delle pretese di maggiore entità.

In tale prospettiva ciò che allora si fa più urgente è non più la tutela del ceto creditorio unitariamente considerato, bensì dei creditori deboli, la cui *voice*, come oggi si direbbe, è ancor più compressa di quanto non lo fosse già nella disciplina del "vecchio" concordato. E' a tale intento che, dunque, sembrano dare seguito le riaffermazioni di una componente "pubblicistica" delle procedure concorsuali e, nei limiti in cui di essa può essere considerata parte, della *par condicio creditorum*.

Una rilettura in questi termini sembra difatti poter essere data innanzitutto alle norme che affidano al Tribunale il giudizio circa la corretta formazione delle classi, che, probabilmente, pur nella consapevolezza della difficoltà che l'esclusione di una valutazione di merito comporta, potrebbe essere vagliata anche nella prospettiva di verificare che essa non conduca all'ingiustificato, o meglio irrazionale, sacrificio di alcuni.

Non diversamente è a dirsi per l'art. 174 l.fall., come delle norme immediatamente successive, che inducendo a concentrare la discussione nel tempo dell'adunanza, e, soprattutto, agevolando in essa la soluzione di ogni questione insorta, può anch'essa considerarsi un ulteriore "limite" all'adozione di decisioni extra-adunanza che, come si è visto, tendono ad escludere i creditori deboli.

Ma è ancora in questi sensi che sembra possano rileggersi talune pronunce giurisprudenziali delle Corti di merito e riempito di effettivo contenuto quel riferimento, che in esse ripetutamente si ritrova, al criterio della ragionevolezza, ormai peraltro fatto proprio - si pensi, a titolo

esemplificativo, ancora all'art. 2467 c.c. - anche dal legislatore, tanto da essere con ragione considerato un canone ermeneutico di generale applicazione e identificato, per quanto ora interessa, quale congruo limite all'autonomia concessa ai privati, e al diffondersi per tale via di condotte arbitrarie. Si ha riguardo, solo per ricordarne alcune, a quelle plurime decisioni che delineando, pur nei limiti innanzi descritti, il potere del Tribunale, in sede di avvio della procedura come in sede di omologazione, hanno attribuito ad esso un ruolo pregnante: è il caso delle sentenze del Tribunale di Roma, del 27 gennaio 2009 e del 20 aprile 2010, che hanno rispettivamente ritenuto che il tribunale può procedere, pur non modificandone il contenuto, ad una riqualificazione della proposta al fine di stabilire quali tra le classi nella stessa indicate abbiano diritto al voto, e che non possono essere formate, ciò che pure renderebbe la proposta inammissibile, classi distinte di creditori laddove non si intenda offrire loro trattamenti differenziati. Parimenti rilevanza assume la decisione del Tribunale di Monza del 5 agosto 2010, secondo cui, pur se nel solo caso in cui vi siano opposizioni che lo facciano valere, in presenza di interessi non omogenei il Tribunale può pronunciarsi sulla necessità di imporre il classamento dei creditori. O di quella, sempre del Tribunale di Monza del 30 settembre 2010, secondo cui la verifica giudiziaria "assolve allo scopo di accertare che la proposta concordataria abbia la stabilità e la coerenza necessarie per veicolare sulla stessa il consenso consapevole ed informato del ceto creditorio e risulta del tutto coerente con il ruolo che la nuova procedura concordataria assegna al tribunale: quello di garante di un corretto interscambio delle informazioni necessarie ad eliminare eventuali asimmetrie informative ed a consentire ai creditori - tramite il voto in adunanza - di esprimere con pienezza di informazioni quella valutazione di convenienza che di fatto ad essi solo è rimessa e che il tribunale può operare unicamente nella residuale ipotesi del cram down".

E' il caso, soprattutto, delle decisioni, tra le quali va ricordata, perché più risalente, Tribunale Roma 16 aprile 2008, ma anche Tribunale Arezzo 17 maggio 2009, che hanno negato tutela, sanzionandolo di inammissibilità, ad un piano di concordato che, distinguendo i creditori in classi, prevedeva per una o più di esse un pagamento di misura irrisoria.

Si è osservato (Fauceglia) che tali decisioni rappresentano un ritorno al passato, la nostalgia dell'antica disciplina, il tentativo di recuperare l'obbligatorietà di una percentuale minima all'offerta di pagamento contenuta nella proposta, anche semplicemente nella circostanza che essa non sia irrisoria. Si è detto ancora (Sacchi) che sostenere che la proposta è inammissibile quando prevede un soddisfacimento meramente simbolico, non potendo che transitare per l'affermazione che in tal caso non si è in realtà di fronte ad una proposta, conterrebbe in sé una chiara finzione, così come non altro che la reazione a scelte legislative non condivise. Questo è, oltre che evidentemente corretto, senza dubbio condivisibile. Se tuttavia anche a tali decisioni volesse restituirsi un valore, e, vieppiù, se ad esse volesse affidarsi un sostrato giuridico che non sia un mero artificio, lo si può forse ritrovare proprio nel discorso che si sta svolgendo, ascrivendo anch'esse al tentativo di riequilibrare i diversi pesi e le differenti forze che nella procedura di concordato hanno ora più ampio modo di esprimersi.

In effetti, qualificare inammissibile una proposta di concordato che, fondando evidentemente sul computo delle maggioranze necessarie, aspiri all'approvazione nonostante il soddisfacimento irrisorio di taluni creditori può essere inteso come il tentativo di rimediare ad una condizione che, in fatto, ai creditori deboli, o, secondo l'espressione utilizzata da Sacchi in uno scritto pubblicato sulla rivista *Il Fallimento*, "di minoranza", che pure di quell'autonomia sono ugualmente, e degnamente, titolari, impedisce di esprimersi. Individuando così il

sostrato dell'intervento giudiziario, prima ancora che in un'indebita ingerenza del Tribunale nella sfera dell'autonomia privata, nella necessità, a monte di ciò, di assicurare che la proposta di concordato sia il risultato di un effettivo confronto al quale tutti i creditori abbiano partecipato in modo informato, e all'esito del quale tutti abbiano consapevolezza delle proprie scelte.

E' evidente, non lo si mette certo in dubbio, che anche tale conclusione deve fare i conti con la considerazione del ceto creditorio quale organo collegiale, le cui scelte, per l'appunto, sono prese a maggioranza, come con la circostanza che il debitore, consapevole di ciò, può legittimamente rivolgere il proprio impegno a taluni creditori piuttosto che ad altri. E' però forse altresì vero che questa stessa affermazione non è contraddetta da una tutela della par condicio che si intraveda ricorrere non solo quando si sanziona il comportamento *irragionevolmente discriminatorio* del debitore, sempre che, per quanto prima detto, si tratti di crediti omogenei, ma anche quando si operi perché dei creditori sia garantita l'uguale, o meglio, la paritaria considerazione. Lasciando così, a quella che si è detto essere la sempre maggiore dialettica debitore/creditori, la determinazione della misura del pagamento offerto e, più in generale, la configurazione del contenuto dell'accordo e dei modi della sua realizzazione, ma ancora oggi ritenendo corretto l'intervento dell'autorità giudiziaria laddove quel confronto testimoni, non l'uso, evidentemente, e pienamente, consentito, ma l'*abuso* delle posizioni di forza, tanto dell'imprenditore quanto dei creditori o di alcuni di essi.

Tuttavia, se è in questi termini che può, come sommamente si propone, identificarsi il significato che il legislatore oggi riconosce al trattamento dei creditori e, più in generale, alle regole che governano il concorso, è proprio tale ricostruzione che consente di recuperare un pur differente – e forse, per più versi, maggiormente effettivo ed efficace -

rilievo alla *par condicio* e, in definitiva, non condividendo l'opinione di quanti ne affermano il sostanziale superamento, di restituirle al contrario piena dignità e rilevanza.

Bibliografia essenziale

In uno alla corrente manualistica, ai trattati ed ai commentari in materia di legge fallimentare, cfr., tra gli altri, N. ABRIANI, *Finanziamenti anomali infragruppo e successiva rinegoziazione: tra postergazione legale e privilegio convenzionale (pareri pro veritate)*, in *RDS*, 2009, 738; S. AMBROSINI, *Il problema della fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in ID. (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008, 533; K. M. AYOTTE – E. R. MORRISON, *Creditor Control and Conflict in Chapter 11*, disponibile in <http://ssrn.com/abstract=1081661>; L.A. BEBCHUCK, *Chapter 11*, disponibile in <http://ssrn.com/abstract=76648>; P.F. CENSONI, *Sull'ammissibilità di un concordato preventivo non conveniente*, in *Fallimento*, 2010, 987; F. DENOZZA, *Different policies for corporate creditor protection*, in *European Business Organization Law Review*, 2006, 7, 409; M. FABIANI, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 711; G. FAUCEGLIA, *Paternalismo giudiziario ed esigenza di tutela dei creditori nella disciplina del concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2008, 1; ID., *Ancora sui poteri del tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*, in *Dir. fall.*, 2008, 6; D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006; ID., *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 919; F. GUERRERA, *Struttura finanziaria, classi dei creditori e ordine delle prelazioni nei concordati delle società*, in *Dir. fall.*, 2010, 707; P.G. JAEGER, *Par condicio creditorum*, in *Giur. Comm.*, 1984, 88; K.A. KORDANA – E.A. POSNER, *A positive theory of Chapter 11*, disponibile in <http://ssrn.com/abstract=137897>; G.B. PORTALE, *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, ancora in Studi per Franco Di Sabato, II, Napoli, 2009, 749; G. PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, in *Fallimento* (all.), 2009, 25; N. ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in Studi per Franco Di Sabato, II, Napoli, 2009, 785; R. SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fallimento*, 2009, 1063; ID., *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, in *Fallimento*, 2009, 30; M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2009, 1100; L. STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007; G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007.