

NICCOLÒ ABRIANI – ANTONIO MARIA LEOZAPPA

SUL PRINCIPIO DELLA *PAR CONDICIO*
CREDITORUM NELLE PROCEDURE
CONCORSUALI



giuffrè editore - 2014

Estratto al volume:

**IL DIRITTO TRIBUTARIO
DELLE PROCEDURE CONCORSUALI
E DELLE IMPRESE IN CRISI**

a cura di
Franco Paparella

SUL PRINCIPIO DELLA *PAR CONDICIO CREDITORUM* NELLE PROCEDURE CONCURSUALI ⁽¹⁾

di NICCOLÒ ABRIANI - ANTONIO MARIA LEOZAPPA

SOMMARIO: 2.1. Premessa. — 2.2. Il principio della *par condicio creditorum* tra codice civile e legge fallimentare. — 2.3. *Par condicio* e fallimento. — 2.4. Segue: la *par condicio creditorum* nel concordato fallimentare. — 2.5. La *par condicio creditorum* nel « nuovo » concordato preventivo. — 2.6. La *par condicio creditorum* nell'amministrazione straordinaria. — 2.7. La *par condicio creditorum* nella liquidazione coatta amministrativa. — 2.8. La composizione della crisi da sovraindebitamento. — 2.9. Considerazioni conclusive in ordine all'operatività del principio della *par condicio creditorum* nelle procedure concorsuali.

2.1. Premessa.

Un fantasma si aggira per il diritto della crisi d'impresa: è il fantasma della *par condicio creditorum*. Eppure risuona ancor oggi stentorea, per la sua autorevolezza, l'eco delle puntuali critiche ad una visione « totemica » del principio della parità di trattamento dei creditori rivolte sin dagli anni ottanta dalla più avvertita e avanzata dottrina, che già allora metteva in guardia gli interpreti dalla tentazione di un approccio « giu-snaturalistico » all'istituto, volto a collocare la *ratio* del principio « in un empireo giuridico di idee universali e innate, come quella dell'uguaglianza tra i consociati » ⁽²⁾.

Da allora molta acqua è passata sotto i ponti del nostro diritto fallimentare, che, nella sua (apparentemente incessante) riforma, inau-

⁽¹⁾ Il contributo è il risultato di una riflessione condotta nel dialogo tra gli Autori. La stesura dei par. 2.6. e 2.8. è attribuibile a Niccolò Abriani; mentre quella dei par. 2.2., 2.3., 2.4., 2.5. e 2.7. ad Antonio M. Leozappa. La premessa (par. 2.1.) e le considerazioni conclusive (par. 2.9.) sono comuni.

⁽²⁾ JAEGER, « *Par condicio creditorum* », in *Giur. comm.*, 1984, I, 94. In tal senso v. anche, sul fronte processualistico, V. COLESANTI, *Mito e realtà della par condicio*, in *Fallimento*, 1984, 32.

gurata dalla disciplina dell'amministrazione straordinaria e proseguita impetuosa nell'ultimo decennio, a quella visione mitizzata della *par condicio* ha inferto — anche nel solco di quei magistrali insegnamenti — colpi tali da decretarne se non il definitivo superamento, almeno una doverosa riconsiderazione critica ⁽³⁾.

Ciò nondimeno, pare tuttora permanere nelle nostra giurisprudenza teorica e pratica un approccio ricostruttivo alla disciplina delle procedure concorsuali che riconosce una centralità assoluta alla parità di trattamento e considera le norme introdotte nel tempo dal legislatore a salvaguardia dell'impresa e a protezione di determinati rapporti o soggetti in termini di deroga od eccezione, con il conseguente riconoscimento di un "carattere generale" che proietta la *par condicio* a regola di chiusura del sistema: quale principio che, in questa prospettiva, risulta non soltanto destinato ad operare se e in quanto non esistano obiettive situazioni di disegualianza espressamente rilevate dal legislatore, ma altresì a condizionare, riducendone la portata, alcuni degli istituti innovativi introdotti dalle più recenti riforme.

Esemplare è la lettura data ad alcuni dei più recenti interventi emendativi della normativa sul concordato preventivo (vedi legge n. 134/2012). Si tratta, come noto, di innovazioni della legge fallimentare concepite con grande attenzione alle ragioni dell'impresa e della conservazione dei valori inerenti alla continuità aziendale, in funzione della

⁽³⁾ In argomento, per tutti, cfr. PIRAS, *Introduzione a AA.Vv., Diritto fallimentare, Manuale breve*, II ed., Milano, 2013, 7, ove si segnala, « per la sua forte valenza innovativa, il temperamento (se non anche il superamento) del principio della *par condicio* derivante dalla novellata disciplina del concordato (preventivo e fallimentare), che consente la suddivisione dei creditori secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, in funzione di trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse; JORIO, *Le crisi d'impresa. Il Fallimento*, Milano, 2000, 9 che nel ribadire come « la tutela dei creditori si persegue nel fallimento, ed in ogni procedura concorsuale, nel rispetto della parità di trattamento » rileva che « la storia passata e soprattutto recente della *par condicio* ci insegna tuttavia che questa regola, inizialmente espressione di una sorta di diritto naturale dei creditori al trattamento paritetico in presenza della "deconfiture" del debitore (Colesanti), è andata in parte perdendo il connotato di universalità che le era inizialmente riconosciuto e ha visto restringere il proprio campo di applicazione (...) »; GUGLIEMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, 17, secondo il quale nel soddisfacimento dei creditori « più che il principio di parità di trattamento (o *par condicio creditorum*) vanno rispettate le regole sulla graduazione dei crediti e solo in via residuale il principio della *par condicio* »; FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 140 ss.

migliore soddisfazione dei creditori ⁽⁴⁾. In tale ambito è stata introdotta una specifica disciplina per il concordato in continuità e, al suo interno, una disposizione per consentire, su autorizzazione del giudice delegato, il pagamento dei creditori anteriori alla presentazione della proposta concordataria (art. 182-*quinquies*, comma 3, L. fall.) ⁽⁵⁾. La disposizione ha il suo precedente normativo nella disciplina della amministrazione straordinaria delle c.d. imprese di maggiori dimensioni che, all'art. 3, comma 1-*bis*, della legge Marzano consente sempre al giudice delegato, sino all'approvazione del programma, di autorizzare il pagamento dei creditori anteriori quando necessario ad evitare un grave pregiudizio alla continuazione alla attività di impresa o alla sua consistenza patrimoniale.

Le due disposizioni sono state oggetto di indirizzi interpretativi che tendono a ridimensionare il criterio funzionale nell'ottica di assicurare la tutela dei creditori. Secondo il Tribunale di Roma il pagamento *ex art. 3, comma 1-bis* della legge Marzano sarebbe autorizzabile « solo quando è certo ed apprezzabile il vantaggio per gli altri creditori » ⁽⁶⁾. Nel solco di questa interpretazione sembrano collocarsi anche i primi orientamenti relativi alla portata dell'art. 182-*quinquies*: dalla qualificazione in vertice di tale norma come eccezione alla regola generale del divieto di violazione della *par condicio creditorum* ⁽⁷⁾, si è desunto il corollario che l'autorizzazione potrebbe riguardare solo il tempo, ma non l'importo, dovendo il pagamento anticipato seguire le modalità operative che riguardano i crediti di pari rango o classe ⁽⁸⁾. L'esigenza di evitare pregiudizi alla parità di trattamento è stata richiamata, anche in sede di prima applicazione dell'art. 169-*bis*, al fine di giustificare l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione al momento della presentazione del ricorso per il concordato preventivo, con particolare

⁽⁴⁾ Sulla protezione dell'impresa nel concordato preventivo si veda la recente Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fallimento*, 2013, 149. *Ante* riforma cfr. Cass. civ., 29 novembre 1990, n. 11445, in *Fallimento*, 1991, 562. L'orientamento, tuttavia, non è costante registrandosi altri indirizzi secondo i quali l'interesse alla conservazione dell'impresa poteva coesistere ma non sovrapporsi a quello dei creditori, cfr. Cass. civ., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fallimento*, 1991, 1248. Si tratta di una tendenza comune anche ad altre procedure concorsuali che risale alla fine degli anni '70, in tema cfr. B. INZITARI, *Sistema del concorso e modelli di garanzia nell'esperienza italiana e straniera*, in *Dir. fall.*, 1991, I, 540.

⁽⁵⁾ Nel prosieguo, gli articoli citati senza fonte sono riferiti al R.D. n. 267/1942.

⁽⁶⁾ Cfr. Trib. Roma, 28 novembre 2008, inedito.

⁽⁷⁾ Cfr. Trib. Modena, 15 dicembre 2012, consultabile sul sito web: www.ilcaso.it.

⁽⁸⁾ Cfr. *Plenum* del Trib. Milano, sez. II, del 20 settembre 2012 consultabile sul sito web: www.unijuris.it.

riferimento ai rapporti bancari, sull'assunto che « le somme incassate dalla banche successivamente alla pubblicazione del ricorso di concordato sarebbero trattenute definitivamente dagli istituti in violazione della *par condicio creditorum* »⁽⁹⁾.

Si tratta di un'impostazione rivelatrice di una certa difficoltà ad abbandonare principi radicati. Tendenza diffusa e, per certi versi, comprensibile. Emerge, così, l'esigenza di considerare sino a che punto si sia di fronte a principi tuttora immanenti all'ordinamento ovvero a *idola theatri* che velano la portata applicativa e, prima ancora, la dimensione sistematica del nuovo diritto della crisi d'impresa. E di verificare se, all'interno di tale sistema, si possa tuttora pervenire a conclusioni unitarie o non si debba operare piuttosto delle differenziazioni in relazione alle singole procedure e alle rispettive funzioni.

Ciò vale in particolare per il concordato preventivo, in ordine al quale gli interpreti convengono circa il progressivo affievolimento, se non la residualità, del principio della *par condicio creditorum* alla luce della previsione dell'art. 160 che consente al debitore di ripartire i creditori in classi in ragione del criterio della « posizione giuridica e interessi economici omogenei »⁽¹⁰⁾.

La tendenza a ridimensionare in via interpretativa gli effetti sulla parità di trattamento dei recenti interventi legislativi si rinviene peraltro anche in materia di fallimento, con riferimento alle misure che, mediante la esenzione dall'azione revocatoria, tutelano determinate categorie di soggetti o consolidano gli effetti dei contratti dell'impresa in crisi (art. 67)⁽¹¹⁾.

Il presente scritto intende soffermarsi sulle principali disposizioni che, anche a seguito delle riforme degli ultimi anni, regolano il trattamento dei creditori al fine di accertare se e in che termini la *par condicio creditorum* continui a configurare un principio ordinatore del fallimento

⁽⁹⁾ Trib. Como, 5 novembre 2012, consultabile sul sito web: www.ilcaso.it. Nella stessa direzione, cfr. Trib. Busto Arsizio, 11 febbraio 2013, consultabile sul sito web: www.ilcaso.it.

⁽¹⁰⁾ Per tutti, PIRAS, *Introduzione*, cit., 8; BUONOCORE, *Principio di eguaglianza e diritto commerciale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 551, secondo il quale il legislatore tende « a favorire sia la composizione dei conflitti anche senza il rispetto rigoroso della parità di trattamento, sia gli accordi transattivi, come dimostrano, del resto, gli artt. 182-bis e 182-ter e di cui è pure espressione la possibilità di formare "classi" di creditori » (570).

⁽¹¹⁾ In tema, cfr. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* (a cura di Di Marzio e Macario), Milano, 2010, 44.

e, più in generale, delle procedure concorsuali⁽¹²⁾. E ciò nel solco di quella risalente, ed autorevolissima, indicazione secondo la quale « la parità di trattamento è un principio direttivo, variamente applicato nelle singole disposizioni di legge, alle quali, e non al non meglio identificato principio, deve farsi capo »⁽¹³⁾.

2.2. Il principio della *par condicio creditorum* tra codice civile e legge fallimentare.

Nel codice civile, il regime della responsabilità patrimoniale del debitore risulta regolato dall'art. 2740, che destina a garanzia delle obbligazioni tutti i suoi beni, presenti e futuri, salvo le limitazioni disposte con riserva di legge, a fronte del quale l'art. 2741 — in caso di insufficienza del patrimonio⁽¹⁴⁾ — riconosce a favore di tutti i creditori il diritto alla eguale soddisfazione, salve le cause di prelazione.

Avendo riguardo allo stato di insolvenza dell'imprenditore commerciale, l'impianto codicistico trova rispondenza nella disciplina del fallimento con l'art. 42, che attrae alla procedura i beni, anche futuri, del fallito, e con l'art. 52, che introduce il concorso dei creditori.

È di diffusa convinzione che la disposizione dell'art. 2741 c.c. e quelle degli artt. 42 e 52 possano considerarsi espressione del principio di eguaglianza e, quindi, della parità di trattamento⁽¹⁵⁾. In mancanza di una norma a carattere generale che sancisca detti principi nell'ordinamento dei privati, è discusso il rapporto tra la norma civilista e le disposizioni

⁽¹²⁾ Il tema del fondamento della *par condicio* è complesso, richiedendo la sua trattazione una pregiudiziale presa di posizione intorno a questioni di teoria generale, come la configurabilità dei creditori in comunità. Qui, viene pertanto assunto come postulato di principio, rinviando per gli opportuni approfondimenti circa le diverse prospettive alle recenti analisi di FABIANI, *Contratto e processo nel concordato preventivo*, cit., nonché di SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, in *Fallimento* all. n. 1, 2009, 30 (di quest'ultimo A. v. già le considerazioni, largamente anticipatorie, svolte nel classico studio *Il principio di maggioranza nel concordato e nella amministrazione controllata*, Milano, 1984).

⁽¹³⁾ Così, con la consueta lungimiranza, V. ANDRIOLI, *Fallimento e atti che limitano la disponibilità dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, 569.

⁽¹⁴⁾ Cfr. INZITARI, *op. cit.*, 542 che sottolinea come, sino all'insolvenza, l'ordinamento riconosce il diritto a contrarre e a pagare senza vincoli soggettivi ed oggettivi.

⁽¹⁵⁾ In tema, cfr. BUONOCORE, *op. cit.*, 560 e 570; JAEGER, *op. cit.*, 105; FAUCEGLIA - ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, 17. Cfr., altresì, CELENTANO, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, 1, 2009, 484.

del fallimento. Da taluni sembra ritenersi che la prima — considerata anche alla stregua di un principio di diritto sostanziale ⁽¹⁶⁾ — costituisca il fondamento normativo delle seconde, che ne declinerebbero la regola con riferimento al debitore insolvente ⁽¹⁷⁾. Da altri, invece, i piani della loro operatività sono mantenuti distinti, sull'assunto che l'art. 2741 c.c. e la disciplina del fallimento diano autonoma attuazione al principio della parità di trattamento ⁽¹⁸⁾.

Significativamente da parte della Corte costituzionale è stato rilevato che « pur discutendosene il fondamento, è comunemente riconosciuto che la *par condicio creditorum* è la regola del procedimento fallimentare. Ma anche a ravvisarne il fondamento nel principio costituzionale di eguaglianza — in quanto mira a garantire ad ogni creditore la possibilità di soddisfacimento del credito in proporzione al suo ammontare — non per questo essa può vantare una assoluta inderogabilità. Il principio costituzionale di eguaglianza, infatti, tollera disparità di trattamento se queste siano giustificate da ragioni apprezzabili, e tanto più se lo siano dall'attuazione di un valore costituzionale » ⁽¹⁹⁾. Nella giurisprudenza costituzionale « la centralità » della *par condicio creditorum* viene riconosciuta — costituendo nell'attuale disciplina la chiave di lettura di vari istituti, fra i quali la revocatoria fallimentare — nella convinzione « che tutelare le ragioni del concorso tra i creditori può significare anche derogare alle regole generali, per consentire la ricostruzione del patrimonio del fallito e ripartire tra tutti i creditori, nel rispetto delle cause legittime di prelazione, eventuali perdite » ⁽²⁰⁾.

Dalle sentenze sopra citate emerge che quello della *par condicio creditorum* rappresenta sì un principio centrale della disciplina del fallimento, ma che costituisce la chiave di lettura per la ricostruzione non già dell'intera disciplina ma di « vari istituti », dovendosi in ogni caso escludere che abbia carattere assoluto posto che, ove se ne riconosca il fondamento nel principio di eguaglianza, devono ritenersi ammissibili

⁽¹⁶⁾ Cfr. NICCOLÒ, *Del concorso dei creditori e delle cause di relazione*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, 19.

⁽¹⁷⁾ Cfr. per tutti GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 17; FAUCEGLIA-ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 17; CELENTANO, *op. cit.*, 486 e 515. In senso critico JAEGER, *op. cit.*, 102. Richiamandosi espressamente a quest'ultimo, cfr., altresì, LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 334.

⁽¹⁸⁾ Cfr. JORIO, *op. cit.*, 9.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Corte Cost., 20 aprile 1989, n. 204, in *Fallimento*, 1989, 590. Cfr., altresì, Corte Cost., 18 giugno 1991, n. 287, in *Fallimento*, 1991, 1032.

⁽²⁰⁾ Corte Cost., 27 luglio 2000, n. 379, in *Fallimento*, 2001, 377.

disparità di trattamento giustificate da « ragioni apprezzabili » anche — ma non solo — in attuazione di valori costituzionali.

Una tale impostazione risulta in linea con la riflessione dottrinale che tende, ormai, a riconoscere nella parità di trattamento un valore « mezzo » preordinato alla realizzazione del valore « fine » costituito dal governo razionale della crisi d'impresa, risultando certamente alternativo a quello della preferenza temporale ma configurando solo uno dei criteri per ordinare i rapporti tra i creditori nell'ambito del sistema concorsuale per la regolazione dell'insolvenza ⁽²¹⁾.

Alla luce dell'insegnamento della Corte costituzionale, vale ora svolgere alcune riflessioni circa le principali norme in materia di concorsualità e allocazione dell'attivo nel fallimento, che costituiscono la disciplina di riferimento delle altre procedure concorsuali.

2.3. *Par condicio e fallimento.*

Notoriamente, il fallimento è una procedura, con finalità esecutivo-satisfattiva, preordinata alla unitaria regolazione dei rapporti, attivi e passivi, dell'impresa commerciale in stato di insolvenza. In tal senso è certamente qualificabile come concorsuale. È tuttavia discusso in che termini il fallimento possa continuare a configurarsi « come lo strumento per il soddisfacimento equo e giusto di tutta la rete dei suddetti rapporti » ⁽²²⁾.

L'art. 52 riconosce a tutti i creditori anteriori alla dichiarazione di fallimento il diritto a soddisfarsi sui beni del fallito secondo un sistema di allocazione dell'attivo — il cui procedimento tipico è quello della ripartizione disciplinata dagli artt. 110 e ss. — conformemente ai risultati del procedimento di accertamento (artt. 93 e ss.), a cui sono assoggettate *ex art. 52* tutte le pretese relativamente all'*an*, al *quantum* e alle cause di prelazione (salvo specifiche eccezioni).

A fronte del riconoscimento di detto diritto e a garanzia della sua effettività, il sistema — tendenzialmente — dispone a disfavore del singolo creditore una serie di misure preordinate a conservare e reintegrare

⁽²¹⁾ Cfr., per tutti, COLESANTI, *op. cit.*, 36; FABIANI, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, in PROTO, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo*, Milano, 2010, 8.

⁽²²⁾ CELENTANO, *op. cit.*, 484 che così prosegue: « i concetti di equità e giustizia trovano espressione, per i creditori, nel principio della *par condicio creditorum* ».

grare la consistenza del patrimonio del debitore ⁽²³⁾ e a consolidarne l'indebitamento (artt. 44, 51, 55, 59, 64 e ss), i cui effetti sono destinati ad operare a vantaggio di quella parte del ceto creditorio che abbia formalizzato domanda di ammissione al passivo (c.d. creditori concorrenti). Nel fallimento, ai sensi dell'art. 93, il diritto del creditore è tutelato solo previa insinuazione al passivo e, pertanto, la procedura va considerata funzionale — più che alla tutela delle ragioni dell'intero ceto creditorio, così come riconosciute nell'art. 2741 c.c. — alla soddisfazione del credito concorrente. Adempiuti gli obblighi di comunicazione ex art. 92 da parte del curatore, agli organi della procedura è precluso ammettere al passivo e/o soddisfare creditori che non si siano ritualmente insinuati ancorché gli stessi risultino dalla documentazione sociale messa a disposizione dal fallito. Significativamente l'art. 188 dispone la chiusura della procedura nel caso di mancanza di domande di insinuazione ovvero nel caso in cui le stesse risultino tutte soddisfatte, anche al di fuori della procedura.

La soluzione di continuità è evidente: nel fallimento il ceto creditorio non coincide con quello che può vantare pretese ex art. 2741 c.c. Una graduazione in difetto viene a determinarsi in ragione del prescritto accertamento della pretesa — subordinato all'assolvimento dell'onere dell'insinuazione — che presenta un gravame probatorio che, alla luce della c.d. terzietà del fallimento, può condannare all'irrilevanza crediti altrimenti azionabili nei confronti del debitore *in bonis* ⁽²⁴⁾. La graduazione positiva consegue, invece, alle norme che consentono la partecipazione al concorso di creditori che non avrebbero potuto ancora opporre le loro pretese al debitore *in bonis*, quanto ai crediti non scaduti (pecuniari o meno), ai crediti condizionali e assimilati. L'art. 55 ma anche gli artt. 96 e 113 riconoscono situazioni di mera potenzialità creditoria, risultando ispirate ad un *favor debitoris* estraneo alla norma civilistica.

In questo quadro, emerge l'autonomia della disciplina fallimentare rispetto alla regola posta dall'art. 2741, viepiù ove si consideri la proliferazione delle "cause legittime di prelazione" che ha, già da tempo, portato la dottrina ad interrogarsi sulla effettività del principio della *par condicio creditorum* nella procedura concorsuale. A tal proposito si è parlato di crisi o svuotamento del principio, sostenendosi la sua progressiva marginalità ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ Cfr. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 249.

⁽²⁴⁾ A titolo meramente esemplificativo, è inopponibile al fallimento il contratto preliminare di acquisto di un immobile che non risulti trascritto (art. 72).

⁽²⁵⁾ Cfr., per tutti, LIBONATI, *op. cit.*, 334.

Vero è che la considerazione organica delle norme che, nella procedura fallimentare, disciplinano la soddisfazione dei crediti si evidenzia che la questione della operatività del principio della *par condicio creditorum* si viene a porre con esclusivo riferimento alla modalità costituita dal procedimento di ripartizione dell'attivo regolato dagli artt. 110 e ss. e in favore dei soli creditori chirografari.

Avendo riguardo agli strumenti di soddisfazione dei creditori, alla disciplina degli artt. 110 e ss. si affiancano altre due ordini di disposizioni:

— il primo relativo alle norme che riconoscono il diritto potestativo di alcune tipologie di creditori a soddisfare le proprie ragioni su taluni beni, nei limiti del loro valore;

— il secondo riguarda le norme che consentono la integrale soddisfazione dei creditori anteriori in ragione delle esigenze della procedura ovvero della reciprocità delle posizioni.

Al primo ordine appartengono norme come quella dell'art. 53 che permette al creditore pignoratizio ovvero munito di privilegio speciale di realizzare il pegno anche dopo la dichiarazione del fallimento; ovvero come l'art. 41, comma 2, D.Lgs. n. 385/1993, che consente alla banca creditrice per operazioni di credito fondiario di iniziare o proseguire l'azione esecutiva in pendenza del fallimento. Dette discipline consentono la soddisfazione prioritaria del creditore, seppur nei limiti del valore dei beni sui quali insiste il relativo diritto, a prescindere e, se del caso, in pregiudizio delle ragioni delle massa. Al secondo sono riconducibili disposizioni come l'art. 74 che, nell'attribuire al curatore la facoltà di subentrare nei rapporti pendenti, stabilisce che il relativo esercizio comporti l'obbligo di pagare anche i crediti anteriori; e l'art. 56 che consente la compensazione con i debiti del fallimento dei crediti, anche non scaduti prima della dichiarazione di fallimento.

Si tratta di due ordini di disposizioni che trovano diversa giustificazione ma che risultano accomunati dalla loro estraneità al principio della concorsualità (attiva) e, conseguentemente, a quello della parità di trattamento ⁽²⁶⁾. Si è in presenza di disposizioni che non sono riconducibili alla *ratio* della disciplina del procedimento di ripartizione dell'attivo. Ancorché, sotto il profilo sostanziale, possano configurarsi come speciali in quanto preordinate a regolare specifiche situazioni (soggettive

⁽²⁶⁾ Al principio della concorsualità risulta anche indifferente la soddisfazione dei crediti mediante pagamento da parte dei terzi, senza rivalsa nei confronti del fallito, in tema cfr. JAEGER, *op. cit.*, 102: « tale constatazione dovrebbe indurre ad andare molto cauti prima di attribuire al principio dell'eguaglianza fra creditori una portata sostanziale, di carattere generale ».

e oggettive), le stesse si pongono al di fuori della disciplina di cui agli artt. 110 e ss. e rivestono una portata generale in quanto — unitamente a quella — concorrono a determinare il sistema complessivo di allocazione dei valori attivi. È solo muovendo da una pregiudiziale presa di posizione circa la centralità del principio della parità di trattamento dei creditori che è possibile qualificarle in termini di deroghe o eccezioni; ma, metodologicamente, una qualificazione siffatta può costituire il risultato e non già la premessa per la ricostruzione della disciplina della procedura fallimentare. Ciò tanto più che ove si consideri che la disciplina fallimentare è chiamata a regolare una situazione che si connota per la insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare le pretese dei creditori e che pertanto richiede, per definizione, criteri di ordine per la allocazione delle perdite e delle risorse.

A ben vedere è anche nel procedimento di ripartizione dell'attivo — che risulta tipicamente preordinato a soddisfare, nel rispetto della concorsualità, i creditori le cui ragioni non hanno trovato altra specifica tutela normativa — gli artt. 111 e ss. impongono un ordine di preferenze nella ripartizione dell'attivo. Si tratta di un ordine che, notoriamente, riconosce la priorità alla soddisfazione dei crediti prededucibili, ossia a crediti che, non preesistendo alla dichiarazione di fallimento, non sarebbero qualificabili né come concorsuali né come concorrenti, quantomeno nel significato sopra ascritto a detti concetti.

La preferenza accordata ai crediti prededucibili è, da sempre, considerata un *vulnus* del principio della parità di trattamento e ha significativamente contribuito alla tesi della sua residualità. La recente introduzione dell'art. 111-*bis*, che ha declinato l'ordine delle preferenze all'interno della stessa categoria dei creditori prededucibili, ha ulteriormente marginalizzato il principio che viene, attualmente, a regolare il solo pagamento dei chirografi (in proporzione all'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso) una volta che sia stato disposto il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute.

In questo contesto, si comprende la ragione per la quale da parte della Corte costituzionale si è rilevato che la *par condicio creditorum* è la chiave di lettura per l'interpretazione di singoli « istituti » della procedura fallimentare. Il principio, nella procedura fallimentare, trova attuazione solo relativa, con riferimento al quadro delle disposizioni che regolano il procedimento di ripartizione dell'attivo ex artt. 110 e ss. nel quale, peraltro, opera solo in via residuale.

In definitiva, il sistema di allocazione dell'attivo previsto dalla legge del fallimento — ove complessivamente considerato — non è riconducibile alla regola dell'art. 2741 c.c. in quanto, nel suo impianto, non

risulta preordinato ad assicurare il diritto dei creditori ad un eguale soddisfacimento salvo le cause legittime di prelazione. Solo tralattivamente può continuarsi a qualificare in termini di deroga il regime preferenziale riservato alla prededuzione — non riconducibile alle cause di prelazione ⁽²⁷⁾ ed in grado di imporsi sulle stesse ⁽²⁸⁾ — ovvero quello concesso ai crediti connessi ai rapporti protetti per esigenze della procedura o della reciprocità delle posizioni, che risultano affatto estranei alle cause di prelazione.

L'autonomia della disciplina del fallimento — che ha dichiarata fonte nell'art. 2221 c.c. — può essere affermata anche in ordine al sistema di ripartizione dell'attivo ex art. 110 posto che, ove si svolga il giudizio di comparazione rispetto alla regola dell'art. 2741 c.c., lo stesso appare normativamente completo, risultando dotato sia di disposizioni di carattere generale che speciale in ordine al trattamento dei crediti dotati di clausole legittime di prelazione e di quelli chirografari. Considerato che l'art. 111, comma 1, n. 3) prevede espressamente che i crediti chirografi vengano soddisfatti in modo proporzionale, l'identificazione nell'art. 2741 c.c. della fonte del principio della *par condicio* nel fallimento ⁽²⁹⁾, appare essere più il frutto di una suggestione sistematica, nella tradizione della centralità del codice civile, che un'esigenza di carattere normativo, dovendo piuttosto ritenersi che la sua operatività e fondamento vada accertato ed apprezzato facendo esclusivo riferimento alla disciplina fallimentare.

E, in questa, la *par condicio* continua certamente a costituire un principio caratterizzante la procedura concorsuale; ma il suo « valore residuale », a seguito dell'accentuazione della tendenza legislativa a riconoscere prevalenza ad altri interessi ritenuti meritevoli di tutela, ha progressivamente perso l'« impronta di generalità » ⁽³⁰⁾ o, se si vuole, la ha mantenuta con riferimento esclusivo al sistema di riparto dell'attivo ex artt. 110 e ss.

Ne discende che, ai fini della interpretazione della disciplina fallimentare, il suo valore va apprezzato con riferimento ai singoli istituti senza pregiudiziali prese di posizione circa il bilanciamento tra le diverse esigenze che la regolazione della crisi di impresa comporta.

Provandosi in una sintesi, se la considerazione dei primi interventi

⁽²⁷⁾ Sull'irriducibilità alla nozione della prededuzione, cfr. BOZZA, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, 377, nota 1.

⁽²⁸⁾ Cfr. STANGHELLINI, *op. cit.*, 288.

⁽²⁹⁾ Cfr. PROTO, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo*, Milano, 2010, 48.

⁽³⁰⁾ JAEGER, *op. cit.*, 104.

emendativi alla disciplina del '42 aveva portato a identificare il carattere generale della parità di trattamento nel suo essere « destinata a operare se e in quanto non esistano obiettive situazioni di disegualianza espressamente rilevate dal legislatore »⁽³¹⁾, il suo attuale significato sembra, piuttosto, da ricercarsi nella regolazione delle situazioni di eguaglianza nel procedimento di ripartizione dei valori attivi (art. 110) a completamento della regola della graduazione preferenziale dei crediti (artt. 11 e ss.).

2.4. *Segue: la par condicio creditorum nel concordato fallimentare.*

La regolazione negoziale dell'insolvenza, successivamente alla dichiarazione del fallimento, è consentita secondo la procedura del concordato fallimentare. Ai sensi dell'art. 124 da chiunque vi abbia interesse può essere formalizzata una proposta che mira ad una sistemazione del dissesto più conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare, tenendo conto dell'interesse individuale dei creditori, di quello collettivo al recupero dei valori aziendali e di quello del fallito alla definizione della procedura.

La convenienza non necessariamente è costituita dai termini, qualitativi o quantitativi, di soddisfacimento del credito, ben potendo derivare da altre forme di utilità, come il coinvolgimento del creditore nella stessa gestione dell'impresa. La proposta è soggetta ad approvazione da parte (della maggioranza) dei crediti.

Venendo a costituire un sub-procedimento del fallimento, valgono per il concordato le considerazioni sopra svolte in ordine all'operatività del principio della universalità della responsabilità patrimoniale e della concorsualità. Come risulta dal dettato dell'art. 127 « gli aventi diritto al voto sono quelli indicati nello stato passivo reso esecutivo ai sensi dell'art. 97 » e, quindi, in via di principio tutti i creditori ammessi al passivo, siano essi chirografari o prelatizi⁽³²⁾.

Vale, preliminarmente, rilevare che l'ampio riconoscimento, operato dalla legge, all'autonomia privata nella definizione del contenuto della proposta di concordato incontra un limite inderogabile nella regola per la quale i creditori muniti di privilegio, pegno ed ipoteca devono essere soddisfatti in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della

⁽³¹⁾ JAEGER, *op. cit.*, 105.

⁽³²⁾ Ai sensi dell'art. 127 l'esercizio del voto da parte dei creditori prelatizi comporta la decadenza dalla garanzia, salvo per la parte di credito non capiente.

collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione sulla base dei valori di mercato. Nel concordato fallimentare, quindi, la soddisfazione dei creditori è ordinata dalle regole di graduazione dei crediti, che devono essere rispettate anche nella proposta con suddivisione in classi. L'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 124 così dispone: « il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione ». Ne consegue che l'autonomia privata opera con esclusivo riferimento ai creditori chirografari ed, eventualmente, dei creditori prelatizi dello stesso grado. È, tuttavia, discusso se il soddisfacimento della categoria subordinata sia condizionato a quello integrale della sovraordinata⁽³³⁾ ovvero se la norma richieda che i creditori prelatizi « non vengano trattati in maniera peggiore »⁽³⁴⁾.

La previsione per la quale la proposta di concordato può stabilire la suddivisione dei creditori in classi e attribuire trattamenti differenziati — per misura, tempi e forma — a classi diverse è il tradizionale terreno elettivo di ogni riflessione sulla attualità del principio della *par condicio creditorum*. Ciò in quanto, in mancanza di classi, tutti i creditori chirografari avrebbero diritto ad essere trattati in modo proporzionale⁽³⁵⁾. Il fondamento del diritto non necessariamente deve essere ricondotto alla regola dell'art. 2741 c.c.⁽³⁶⁾, ben potendo essere desumibile, argomentando a contrario, dall'art. 160, comma 1, lett. d) là dove prevede che i trattamenti differenziati possano essere previsti solo tra classi di creditori.

Posto che nel concordato preventivo analoga disposizione è prevista nell'art. 160, il tema — per i profili comuni — può essere, qui, unitariamente trattato.

Entrando nel merito, è discussa la ammissibilità della suddivisione in classi quando la proposta prevede l'integrale e tempestivo pagamento dei prelatizi e quello proporzionale dei chirografi, ritenendosi che la suddivisione trovi giustificazione nei trattamenti differenziati⁽³⁷⁾. È stato,

⁽³³⁾ Cfr. BOZZA, *Formazione delle classi e alterabilità delle graduazioni legislative*, in *Fallimento*, all. n. 1, 2009, 9; PROTO, *op. cit.*, 32, nota 9.

⁽³⁴⁾ AMBROSINI, *Il piano di concordato*, in AMBROSINI, DEMARCHI, VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in *Strumenti del diritto - Diritto fallimentare*, diretto da Ambrosini, 16, Bologna, 2009, 36.

⁽³⁵⁾ Cfr. BOZZA, *Formazione delle classi*, cit., 12.

⁽³⁶⁾ Per tale impostazione, invece, cfr., per tutti, PROTO, *op. cit.*, 49.

⁽³⁷⁾ Cfr., per tutti, PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia - Panzani, 2, Torino, 2009, 1411. Con riferimento al concordato preventivo, cfr., per tutti, DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo*,

tuttavia, osservato che la stessa possa anche essere funzionale a fare evidenza ad una oggettiva diversità di interessi ⁽³⁸⁾ o, secondo un più rigoroso orientamento, che sia costituzionalmente necessaria per garantire la omogeneità degli interessi che giustifica « la soggezione della minoranza dissenziente alla maggioranza » ⁽³⁹⁾. Per converso, è certamente obbligatoria nell'ipotesi in cui si propongano trattamenti diversificati tra creditori aventi la medesima posizione giuridica.

Alla tesi per la quale l'art. 124 deroga ⁽⁴⁰⁾ ovvero elude ⁽⁴¹⁾ la regola generale della parità di trattamento si contrappone quella secondo cui « la previsione del trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi diverse non rompe il principio della *par condicio creditorum* ma lo rimodella secondo il principio degli interessi omogenei » ⁽⁴²⁾.

Merita approfondire i termini in cui la suddivisione dei creditori in classi — a seguito della quale la proposta di concordato viene ad articolarsi in un « fascio di accordi con gruppi di creditori » ⁽⁴³⁾ — possa ritenersi informata al principio di omogeneità degli interessi e, conseguentemente, alla parità di trattamento.

Ai sensi dell'art. 124, le classi devono essere definite « secondo posizione giudica ed interessi economici omogenei » e al loro esercizio appare sostanzialmente estraneo il principio della *par condicio*. Come si avrà modo di approfondire, quest'ultimo opera all'interno della singola classe, garantendo l'eguale soddisfazione dei creditori che vi appartengono, ma non già tra le classi, la cui identificazione e regolazione —

in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretta da Ghia, Piccininni, Severini, 4, 2011, 242; BOZZA, *Formazione delle classi*, cit., 8.

⁽³⁸⁾ In tal senso, nel concordato preventivo, cfr. Trib. Bergamo, 29 novembre 2012, consultabile sul sito web: www.ilcaso.it.

⁽³⁹⁾ SACCHI, *Concordato preventivo*, cit., 33, con la conseguenza di ammettere la costituzione di classi con pari trattamento (p. 34). Cfr., altresì, FABIANI, *La giustificazione*, cit., 11, CATALOZZI, *La falcidia concordataria dei creditori assistiti da prelazione*, in *Fallimento*, 2008, 1009.

⁽⁴⁰⁾ Cfr., per tutti, DI MARZIO, *Introduzione*, cit., 238.

⁽⁴¹⁾ Cfr., per tutti, ABETE, *Tipicità delle cause di prelazione e strumenti di formazione dei privilegi fattuali*, in *Fallimento*, 2008, 1001.

⁽⁴²⁾ PACCHI, *op. cit.*, 1413. Cfr., altresì, P. SANDULLI, *Concordato fallimentare. Chiusura del fallimento e suoi effetti*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretta da Ghia, Piccininni, Severini, 4, 2011, XXII: « invero, l'inserimento delle classi di creditori — introdotto mutuando il sistema dai principali ordinamenti stranieri — sposta il tema della *par condicio* dall'ambito generale in tema di eguaglianza del trattamento dei creditori, all'ambito più ristretto delle singole "classi" legittimando, tra classe e classe, il ricorso a trattamenti economici differenziati, anche sotto il profilo delle pattuizioni ».

⁽⁴³⁾ PACCHI, *op. cit.*, 1413.

secondo i criteri in parola — è rimessa alla discrezionalità del proponente, sul quale grava un mero onere di motivazione dei trattamenti differenziati (art. 124, 2° comma, lett. b), sottoposto al sindacato dell'autorità giudiziaria in caso di parere favorevole del curatore (art. 125).

Va, immediatamente, rilevato che — in assenza di definizione legislativa — i criteri di formazione delle classi consentono l'elezione e, quindi, l'aggregazione di posizioni in ragione di indici distintivi differenziati, che si declinano sia sul piano formale-giuridico che sostanziale-economico nonché sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo. Si ritiene, comunemente, che per « posizione giuridica » vada intesa sia la natura o lo stato del credito sia quelli del creditore. Così possono essere costituiti in classi, con riferimento alla natura del credito, i creditori prelatizi, quelli chirografari o postergati; con riferimento allo stato, i crediti contestati, quelli condizionali o muniti di titolo esecutivo. In ordine alla posizione del creditore, la suddivisione in classi può inoltre riguardare le persone fisiche, quelle giuridiche, i creditori esteri e le diverse categorie di impresa ⁽⁴⁴⁾. Riguardo all'« interesse economico omogeneo », quest'ultimo viene risolto nella « posizione dei crediti aventi medesime caratteristiche in relazione alla categoria di appartenenza dei creditori » ⁽⁴⁵⁾ ovvero nell'« atteggiamento del creditore rispetto al suo credito e, quindi, al soddisfacimento » ⁽⁴⁶⁾, con la conseguenza che l'omogeneità può atteggiarsi, in senso soggettivo, per categorie di creditori (banche, lavoratori, soci, etc.) ovvero, in senso oggettivo, per importo o trattamento nella soddisfazione.

Quanto all'esercizio di detti criteri, come si desume dall'art. 163, 1° comma, lo stesso è presidiato dal principio di correttezza ⁽⁴⁷⁾ ed è sottoposto a sindacato del tribunale. Quella della correttezza è una nozione che ha un grado di generalità più ampio rispetto alla buona fede, che richiede che l'attività, che deve essere posta in essere, lo sia in conformità alla funzione/risultato per la quale è stata prevista. Sulla base

⁽⁴⁴⁾ In tema, cfr., per tutti, AMBROSINI, *op. cit.*, 32; PACCHI, *op. cit.*, 1410.

⁽⁴⁵⁾ Cass. civ., 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Fallimento*, 2009, 789.

⁽⁴⁶⁾ PACCHI, *op. cit.*, 1410.

⁽⁴⁷⁾ Così, in base al principio della correttezza, si è ritenuto che « non sarebbe possibile suddividere creditori aventi posizione omogenea in più classi soltanto per privilegiarne alcuni rispetto ad altri, oppure l'aggregare creditori aventi la medesima posizione giuridica ma divergenti interessi economici e viceversa; non sarebbe ammissibile aggregare in una stessa classe creditori con privilegio diverso, né inserire in una stessa classe creditori postergati e chirografari perché mancherebbe l'omogeneità degli interessi che li deve distinguere » (Lo CASCO, *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, 899).

dei principi generali, può ritenersi che la mancanza di un interesse apprezzabile, alla luce della normativa concorsuale, e la lesione dell'interesse altrui vengano a rappresentare gli indici da cui dipende il giudizio di inosservanza del dovere di correttezza. Nell'art. 163, ponendo un limite alla discrezionalità del debitore, quest'ultimo sembra assolvere a un'esigenza di legalità sostanziale del procedimento e, come tale, sanziona l'abuso del diritto *ex art. 160*.

Chiamata a decidere in ordine alla applicabilità allo strumento concordatario del concetto di abuso di diritto, la Corte di Cassazione ha escluso che « l'abuso possa consistere nella violazione della *par condicio creditorum* intesa come trattamento paritario, salve le cause di prelazione, trattandosi di ricostruzione esclusa dallo stesso legislatore dal momento che, ad esempio e decisamente, in caso di concordato con classi nulla vieta ed è anzi esplicitamente ipotizzato come possibile un trattamento differenziato non solo per quanto attiene ai mezzi soddisfatti ma anche in relazione alla percentuale offerta con il solo limite del trattamento uguale all'interno delle singole classi accomunate dalla identità della posizione giuridica e dalla omogeneità dell'interesse economico » ⁽⁴⁸⁾.

In questi termini, nell'attuale prassi giurisprudenziale, al proponente il concordato è consentito di assumere l'uno o l'altro degli indici distintivi nei quali si risolvono i criteri della posizione giuridica e/o degli interessi economici omogenei al fine di elevare in classe uno o più gruppi di creditori, ma senza pretendere che l'opzione venga concretamente esercitata in favore dell'intero ceto creditorio. E cioè a dirsi: la proposta può prevedere la costituzione in classe delle banche lasciando in un'unica classe residuale tutti gli altri creditori, ancorché l'indice costituito dallo stato del creditore consenta, nel caso concreto, di identificare altri gruppi di erogatori di servizi finanziari, come le società di leasing, ovvero di prestazioni aventi natura finanziaria, come i soci, *etc.*

In questo quadro, appare evidente come sia la regola generale sulla sud-

⁽⁴⁸⁾ Cass. civ., 10 febbraio 2011, n. 3274 in *Fallimento*, 2011, 1245. Da parte della Corte è stato, altresì, osservato come « neppure nel concordato senza classi tale parità, anche se intesa come utilità complessiva e non come diretta offerta di soddisfacimento, deve necessariamente sussistere in quanto il concordato può essere proposto anche da un creditore o da un gruppo di creditori e poiché nessuno può pensare, come non è pensabile per il terzo, che questi siano normalmente mossi da intenti non speculativi è evidente che il proponente può legittimamente perseguire un risultato ulteriore rispetto a quello che gli competerebbe per tale sola sua qualità, non fosse altro che per compensare il rischio insito nell'operazione ».

divisione in classi (art. 124) a definire l'orizzonte normativo entro il quale è chiamato ad operare il principio della *par condicio* e non il contrario.

Una tale conclusione non può sorprendere se si tiene presente che quella della suddivisione in classi è configurata nell'art. 124 alla stregua di una facoltà ⁽⁴⁹⁾ e, pertanto, anche per il concordato fallimentare è possibile sostenere quanto già rilevato a proposito del preventivo: « questa constatazione non sottolinea solo un dato formale, peraltro incontrovertibile, ma induce a ritenere che la formazione delle classi non sia prevista a tutela dei creditori, ma rappresenti una opportunità per il debitore per agevolare l'approvazione del concordato » ⁽⁵⁰⁾.

Il concordato fallimentare è funzionalizzato a sistemare il dissesto in un'ottica nella quale l'interesse economico del creditore non necessariamente si identifica con quello soddisfacente del credito e la liberalizzazione — nei limiti sopra descritti — del contenuto della proposta concordataria trova nella suddivisione in classi, con trattamenti differenziati, dei creditori lo strumento per dare evidenza e regolare le differenti posizioni di interesse che la proposta medesima declina. In tale prospettiva, il rigoroso assoggettamento al principio della *par condicio* della suddivisione in classi dei creditori verrebbe a comprimere l'autonomia negoziale che, nel concordato fallimentare, implica che il giudizio sulla proposta sia, prioritariamente, rimesso alla valutazione dei creditori, risultando, dopo la riforma, il sindacato dell'autorità giudiziaria preordinato ad accertare la regolarità della procedura e l'esito della votazione nonché, in caso di opposizione, la sua legittimità sostanziale. In questo ordine di idee, è da concludersi che nel concordato fallimentare risulta ulteriormente circoscritta la portata del principio della parità di trattamento quale valore mezzo che, solo tendenzialmente informa l'autonomia privata nella suddivisione delle classi.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. Cass. civ., 4 febbraio 2009, n. 2706, cit.; Cass. civ., 10 febbraio 2011, n. 3274, cit. *Contra*, cfr. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 437; ID., *Dalla votazione al voto nel concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 584; SACCHI, *Concordato preventivo*, cit., 33. Si veda, altresì, Cass. civ., 4 febbraio 2009, n. 2706, cit., che ha escluso l'accorpamento in una unica classe dei creditori postergati quali i soci finanziatori e degli altri creditori.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. CALANDRA BUONAURO, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 19. Cfr., altresì, FABIANI, *La giustificazione*, cit., 24.

2.5. La *par condicio creditorum* nel « nuovo » concordato preventivo.

Il concordato preventivo è una procedura, per deliberazione dei creditori, preordinata al superamento della crisi di impresa e all'esdebitazione dell'imprenditore⁽⁵¹⁾, tramite interventi recuperatori e/o liquidatori. Rispetto al fallimento e al concordato fallimentare, la regolazione convenzionale investe tutti i creditori che vantano una pretesa nei confronti del debitore ai sensi e per gli effetti degli artt. 2740 e 2741 c.c.⁽⁵²⁾. Il soddisfacimento non esige la espropriazione dei beni del debitore⁽⁵³⁾ allorché la procedura consenta di attribuire — come si desume dall'art. 180, comma 4 — un importo « in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili ». La Corte di cassazione, a sezioni unite, ha escluso che la proposta debba prevedere l'indicazione della percentuale di soddisfazione dei creditori⁽⁵⁴⁾.

Ma l'autonomia privata è vincolata alla graduazione dei crediti secondo la disciplina prevista nell'art. 160. Anche nel concordato preventivo è consentita, ricorrendone le condizioni, la soddisfazione in misura non inferiore ai valori di mercato. È discusso se debba essere previsto l'immediato pagamento dei privilegiati⁽⁵⁵⁾ o se possano essere soddisfatti in modo dilazionato con la corresponsione di interessi⁽⁵⁶⁾. Alla procedura di concordato preventivo trova applicazione la disciplina dell'art. 182-ter sulla transazione fiscale, che consente il pagamento in misura ridotta e/o dilazionata di determinati crediti tributari privilegiati (oltre a quelli chirografari). In questo contesto, è evidente che i termini di partecipazione dei creditori al concorso non possono essere pregiudizialmente determinati in ragione del titolo, ben potendo i creditori prelatizi rinunciare al trattamento di legge ovvero essere destinatari di una proposta per la regolazione convenzionale del credito che, preve-

(51) Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit., 152 che attribuisce al concordato preventivo la « duplice finalità ... consistente nel superamento della situazione di crisi dell'imprenditore (che comunque in tal modo definisce la sua parentesi commerciale negativa), da una parte, e nel riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti (significativo in tal senso la L. fall., art. 181, che stabilisce un breve termine di definizione suscettibile di una sola proroga), dall'altra ».

(52) Il loro titolo deve risultare dalle scritture contabili ma può essere accertato anche dal commissario giudiziale nelle verifiche previste dall'art. 171 L. fall..

(53) Quest'ultima si determina solo nelle ipotesi di concordato preventivo con *cessio bonorum* o nei casi in cui la proposta preveda il trasferimento ad un terzo.

(54) Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit., 153.

(55) In tal senso, *ex multis*, Trib. Roma, 29 luglio 2010, in *Fallimento*, 2011, 225.

(56) Cfr., per tutti, Trib. Sulmona, 2 novembre 2010, in *Fallimento*, 2011, 615.

dendone il pagamento ridotto e/o dilazionato, comporti ove accettata la loro legittimazione attiva all'esercizio del voto⁽⁵⁷⁾.

Con questa premessa, si ripropongono le considerazioni sopra svolte con riferimento al concordato fallimentare circa la suddivisione dei creditori in classi che, anche nell'art. 160, risulta regolata alla stregua di una facoltà del debitore⁽⁵⁸⁾. Nel preventivo, tuttavia, non è richiesto espressamente che il debitore — peraltro, unico legittimato ad attivare la procedura — motivi l'esercizio dell'opzione, anche se l'art. 163 stabilisce che, in sede di ammissione, il Tribunale valuti la « correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi »⁽⁵⁹⁾. A proposito di questi ultimi possono riproporsi le considerazioni sopra svolte circa la discrezionalità del debitore nella suddivisione in classi dei creditori che presentano posizione giuridica ed omogenei interessi economici, il cui esercizio solo tendenzialmente risulta soggetto al rispetto della *par condicio*. Stante l'attuale prassi giurisprudenziale, non solo nulla osta alla possibile elevazione in classe di un gruppo di creditori — ad es.: lavoratori a tempo indeterminato — secondo posizioni (il rapporto di lavoro) che possono

(57) In senso opposto, è la questione dei creditori postergati, come i soci che hanno erogato finanziamenti *ex artt.* 2467 e 2497-*quinquies* c.c. in giurisprudenza si registra un orientamento rigoroso che tende ad escluderli dal voto quando non ne è possibile il soddisfacimento dopo i chirografari (cfr. App. Venezia, 23 febbraio 2012, in *Fallimento*, 2012, 673). È stato tuttavia osservato che detta esclusione non è prevista da alcuna norma e che l'utilità del creditore non coincide necessariamente con la soddisfazione monetaria del credito, potendo sussistere anche altre utilità, come quelle giuridiche, ad es. connesse dall'essere il socio finanziatore postergato anche fideiussore del debitore concordatario e, come tale, interessato a beneficiare dell'effetto esdebitatorio del concordato (cfr. FABIANI, *Postergazione, circolazione del credito e diritto di voto*, in *Fallimento*, 2012, 680). in tal senso, con riferimento al creditore postergato volontario, cfr. Trib. Bergamo, 29 novembre 2012, cit.

(58) Cfr. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 19. Cfr., altresì, AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in (a cura di Di Marzio e Macario) *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010, 539. *Contra*, cfr. FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fallimento*, 2009, 437; SACCHI, *Concordato preventivo*, cit., 33.

(59) In tema, cfr. App. Milano, 8 aprile 2008, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 250 che ha ritenuto che la suddivisione in classi « ben possa informarsi a criteri forniti di obiettiva autoevidenza, così da non abbisognare — né potersi configurare l'onere — di un'apposita illustrazione giustificativa, in quanto sarebbe allora la suddivisione medesima a delucidare con immediatezza le ragioni ad essa inerenti » (citata adesivamente in AMBROSINI - DEMARCHI, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale, in Strumenti del diritto — Diritto fallimentare*, diretto da Ambrosini, Bologna, 2009, 67.

sussistere anche con riferimento ad altri gruppi — ad es: lavoratori a tempo determinato — senza che questi ultimi vengano costituiti in classi coerenti; ma nulla osta anche alla previsione di trattamenti differenziati non informati a criteri, come la proporzionalità, che garantiscano la parità nella diversità di regolazione.

Come si è già avuto occasione di rilevare, a seguito degli interventi operati dalla legge n. 134/2012, nella procedura di concordato preventivo « con continuità aziendale » è stata introdotta una significativa deroga alla regola che subordina il soddisfacimento dei crediti anteriori alla omologazione del concordato. L'art. 182-*quinquies* prevede che ne possa essere autorizzato dal tribunale il pagamento con riferimento alle prestazioni di beni o servizi « essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori ». Come anticipato, la disposizione è stata oggetto di interpretazione restrittive ⁽⁶⁰⁾. All'origine c'è la convinzione che l'art. 182-*quinquies* configuri una eccezione alla regola generale del divieto di violazione della *par condicio creditorum*. Vero è, però, che un tale inquadramento non sembra del tutto compatibile con la previsione dell'art. 160 là dove demanda alla autonoma valutazione del debitore la previsione di trattamenti differenziati tra i creditori, sottoponendo ad un mero sindacato di correttezza i termini di applicazione dei parametri formali (posizione giuridica ed interessi economici omogenei) previsti per la suddivisione in classi. Né può sostenersi che la regola generale del divieto di violazione della *par condicio* possa tradursi nel rispetto del trattamento dei creditori così come definito nella proposta concordataria, posto che si tratta, appunto, di una mera proposta, non ancora sottoposta al giudizio dei creditori. A ciò si aggiunga che, secondo l'impostazione qui discussa, la stessa si configura come una deroga alla *par condicio*: il che esclude che il pagamento di un credito in difformità rispetto a quanto ivi previsto venga, di per sé, a configurare necessariamente una violazione della *par condicio*.

In questo ordine di idee, quella introdotta dall'art. 182-*quinquies* sembra, piuttosto, configurare una facoltà che integra quella riconosciuta in capo al debitore in ordine alla suddivisione in classi dei creditori, al cui esercizio, come per quest'ultima, consegue un trattamento differenziato dei crediti che, peraltro, risulta — rispetto all'art. 160 — soggetto a ben più rigorosi presupposti e controlli potendo essere autorizzato solo quando riguardi « prestazioni di beni o servizi » che risultino « essenziali

⁽⁶⁰⁾ V., *Supra* § 2.1.

per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori ».

Tali considerazioni si ripropongono con riferimento all'art. 169-*bis* — introdotto, anch'esso, dalla legge n. 134/2012 — che consente al tribunale o, dopo il decreto di ammissione, al giudice delegato di autorizzare lo scioglimento dai contratti in corso di esecuzione al momento della presentazione del ricorso. La norma non indica i criteri e/o gli interessi in ragione dei quali è esercitabile la prerogativa. In sede di prima applicazione, è emerso un orientamento per il quale la norma sarebbe preordinata alla salvaguardia della *par condicio*. È stato così autorizzato lo scioglimento dei contratti bancari « quando gli istituti bancari interessati pongano in compensazione i propri crediti verso la ricorrente con le somme che confluiscono sui conti correnti di riferimento » ⁽⁶¹⁾. Vero è, però, che la ammissibilità dell'istituto della compensazione nelle procedure concorsuali è stata riconosciuta da parte della stessa Corte Costituzionale ⁽⁶²⁾ — per cui, nel caso di specie, la deroga alla *par condicio* va considerata come un effetto normativo e non già negoziale — e l'esigenza di assicurare la *par condicio* nel concordato preventivo opera con esclusivo riferimento alle posizioni dei creditori appartenenti alla medesima classe, potendo essere previsti trattamenti differenziati fra classi, se del caso costituite anche da un solo creditore. In questo quadro, quello della *par condicio* va considerato un valore mezzo e non già un valore fine, come sembra invece postulare l'interpretazione che funzionalizza al suo ripristino l'autorizzazione prevista dall'art. 169-*bis*. È, così, da condividersi il diverso indirizzo che ritiene che la norma dell'art. 169-*bis* sia diretta ad evitare che la prosecuzione del contratto si traduca in una « condotta pregiudizievole degli interessi degli altri creditori, in quanto idonea ad alterare la consistenza della massa patrimoniale destinata, attraverso l'eventuale futuro accordo, a soddisfare il ceto creditorio nel suo complesso » ⁽⁶³⁾. In altri termini, anche l'art. 169-*bis* sembra rappresentare una norma che amplia l'orizzonte di esercizio dell'autonomia privata nella regolazione della crisi consentendo, previo sindacato dell'autorità giudiziaria, la sospensione dei contratti la cui esecuzione non risulta conveniente rispetto agli obiettivi del concordato. Rispetto a detti obiettivi la funzionalizzazione della autorizzazione al ripristino della parità di trattamento può costitu-

⁽⁶¹⁾ Trib. Busto Arsizio, 11 febbraio 2013, cit. Cfr. altresì, Trib. Como, 5 novembre 2012, cit.

⁽⁶²⁾ Cfr. Corte Cost., 2 ottobre 2000, n. 431, in *Dir. fall.*, 2001, II, 5.

⁽⁶³⁾ Trib. Piacenza, 1 marzo 2013, consultabile sul sito web: www.ilcaso.it

isce un vincolo o un limite ingiustificato, ben potendosi prospettare l'esigenza di sciogliere un contratto che pregiudichi le stesse ragioni dei creditori senza alterarne il trattamento.

Sia con riferimento alla disposizione dell'art. 182-*quinquies* che a quella dell'art. 169-*bis* è la convenienza rispetto agli obiettivi del concordato — tra i quali c'è la soddisfazione dei creditori — e non già la regola della parità di trattamento a costituire il parametro in grado di orientare le opzioni che l'ordinamento riconosce all'autonomia privata nella regolazione dello stato di crisi, il cui corretto esercizio è assicurato con l'assoggettamento al sindacato dell'autorità giudiziaria.

2.6. La *par condicio creditorum* nell'amministrazione straordinaria.

La procedura « concorsuale » della grande impresa in stato di insolvenza, che presenta concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, è regolata dalla disciplina della amministrazione straordinaria contenuta nella legge Prodi-*bis*. Alla stessa può essere riconosciuto carattere generale ⁽⁶⁴⁾ in virtù del rinvio operato dalla legge Marzano che detta il regime delle imprese di maggiori dimensioni e, con specifico riferimento a quelle operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, dalla legge n. 166/2008 (c.d. legge Alitalia).

La procedura ha una finalità conservativa del patrimonio produttivo (artt. 1 e 27), che viene perseguita dal commissario straordinario sotto la vigilanza del Ministero per lo sviluppo economico ⁽⁶⁵⁾. Ai sensi dell'art. 53 si procede all'accertamento del passivo « secondo il procedimento previsto dagli artt. 93 e ss. L. fall. sostituito al curatore il commissario straordinario »; mentre ai sensi dell'art. 67, le ripartizioni dell'attivo « hanno luogo secondo le disposizioni degli artt. 110, comma 2 e 3, 111, 112, 113, 114, 115 e 117, comma 2 e 3, L. fall. ». Le disposizioni speciali che il D.lgs. n. 270/1999 introduce per adeguare la disciplina fallimentare alle esigenze derivanti dalla finalità conservativa della procedura — vedi, ad esempio, gli artt. 50 e ss. sui contratti in corso ovvero l'art. 52 sulla prededucibilità dei crediti sorti per la continuazione dell'impresa e la

⁽⁶⁴⁾ Ai sensi dell'art. 36 della legge Prodi-*bis*, per quanto non previsto, si applicano alla procedura di amministrazione straordinaria, in quanto compatibili, le disposizioni della liquidazione coatta amministrativa.

⁽⁶⁵⁾ Per le sole imprese di maggiori dimensioni operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, l'art. 2, comma 2, attribuisce, altresì, al Ministro dello Sviluppo economico e al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di « prescrivere il compimento di atti necessari al conseguimento delle finalità della procedura ».

gestione del patrimonio del debitore — non alterano, ma anzi rispondono alla logica della procedura fallimentare che vede nella ripartizione dell'attivo *ex artt. 110 e ss.* il sistema generale ma non esclusivo per la soddisfazione dei creditori ⁽⁶⁶⁾.

Ciò che muta è la prospettiva, in quanto, mentre il fallimento è una procedura finalizzata al soddisfacimento dei creditori, l'interesse di questi ultimi, nell'amministrazione straordinaria, è tutelato solo in via secondaria risultando i valori attivi, prioritariamente, destinati ad assicurare la salvaguardia del patrimonio produttivo e alla copertura dei relativi costi ed oneri. Sotto il profilo formale, detti crediti si configurano come prededucibili e, pertanto, il loro soddisfacimento è conforme alla graduazione prevista dall'art. 111; vero è, però, che sotto il profilo sostanziale, la loro rilevanza può essere tale da assorbire le risorse (anche derivanti dalla dismissione), con pregiudizio, in fatto, delle ragioni del ceto creditorio ammesso al passivo che possono essere soddisfatte solo con il residuo. Significativamente, l'art. 69 prevede che il tribunale debba disporre la conversione in fallimento della procedura solo quando non possa essere « utilmente proseguita »: il che comporta che il sindacato giurisdizionale debba essere preordinato a vigilare non già il rispetto della *par condicio* ma « se la continuazione dell'impresa trova costantemente giustificazione nella raggiungibilità dell'obiettivo o se la stessa si traduca soltanto in un aggravamento della situazione debitoria e in un immotivato rinvio del soddisfacimento, attraverso la procedura fallimentare di liquidazione, delle ragioni dei creditori » ⁽⁶⁷⁾. Le ragioni dei creditori vengono, pertanto, ad assumere rilevanza solo allorché cessano quelle dell'impresa.

Ciò risulta tanto più evidente nel regime previsto per le imprese di maggiori dimensioni ove è, altresì, stabilito che, sino all'approvazione del programma, il giudice delegato possa autorizzare il pagamento dei crediti anteriori « quando ciò si necessario per evitare un grave pregiudizio alla continuazione dell'attività di impresa o alla consistenza patrimoniale dell'impresa stessa » (art. 3, comma 1-*bis*). La disposizione trova giustificazione nella finalità conservativa della procedura e se si considera che, nell'amministrazione straordinaria, le ragioni dell'impresa sono assor-

⁽⁶⁶⁾ Cfr. ZANICHELLI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, 3, 2009, Torino, 2057 secondo il quale « il richiamo a singole norme della legge fallimentare in realtà comporta il richiamo di tutta la regolamentazione della fase del riparto che è svincolata dal particolare procedimento cui accede ».

⁽⁶⁷⁾ Trib. Torre Annunziata, 14 novembre 2011, in *Fallimento*, 2002, 1099.

benti rispetto a quelle dei creditori emerge tutta la difficoltà di continuare a configurare, e qualificare, la regola dell'art. 3, comma 1-*bis*, in termini di deroga del principio della *par condicio creditorum* ⁽⁶⁸⁾.

Rispondendo a un criterio funzionale — al quale risulta affatto estraneo il parametro della natura e grado del credito — la norma afferisce all'ambito delle disposizioni che regolano la gestione commissariale in funzione della realizzazione delle finalità della procedura. Come accade anche per il regime stabilito dagli artt. 50 e ss. D.Lgs. n. 270/1999 per i contratti in corso, tra i suoi effetti c'è indubbiamente la possibile alterazione dell'ordine della graduazione dei crediti posto dagli artt. 110 e ss. ⁽⁶⁹⁾ ma questa costituisce, appunto, un effetto e non la *ratio* della norma: la misura autorizzativa è, infatti, preordinata alla salvaguardia dell'attività di impresa o della sua consistenza e detta salvaguardia costituisce un valore finale che, di per sé, non si risolve necessariamente in un « vantaggio per gli altri creditori » ⁽⁷⁰⁾, né quest'ultimo rappresenta, necessariamente, un valore mezzo rispetto a quello.

Le considerazioni appena svolte trovano ulteriore riscontro nella disciplina della amministrazione straordinaria delle imprese di maggiori dimensioni che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali. Per queste ultime, la legge n. 166/2008 ha introdotto la possibilità di perseguire le finalità conservative della procedura anche mediante « la cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno » (art. 27, comma 2, lett. *b-bis*) della legge Prodi-*bis*). Ora, a tutta evidenza, la cessione dei « complessi di ... contratti » presuppone e richiede il subentro nei medesimi da parte del commissario straordinario. Come si è già avuto modo di rilevare, ai sensi dell'art. 51 ciò comporta

⁽⁶⁸⁾ Cfr. ZANICHELLI, *op. cit.*, 2093 secondo quale si tratta di « pagamenti effettuati non solo al di fuori delle regole della distribuzione dell'attivo ma anche in violazione della *par condicio* in quanto relativi, presumibilmente, a crediti chirografari che non troverebbero, in tutto o in parte, capienza ».

⁽⁶⁹⁾ Cfr. FRANCARIO, *L'accertamento del passivo nell'amministrazione straordinaria*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia - Piccinini - Severini, 5, Torino 2011, 295 che sembra ritenere che l'autorizzazione possa avere ad oggetto solo acconti sottolineando come « in questa ipotesi si può legittimamente determinare una alterazione della *par condicio creditorum* e dei gradi di preferenza spettanti *ex lege* qualora, a seguito dell'accertamento del passivo complessivo della procedura, risultasse che la procedura non è in grado di soddisfare, quantomeno nella stessa misura dell'acconto, la categoria (o classe) dei creditori di appartenenza del beneficiario dell'acconto ».

⁽⁷⁰⁾ Detto vantaggio è, invece, richiesto espressamente in Trib. Roma, 28 novembre 2011, cit.. Così, anche testualmente, ZANICHELLI, *op. cit.*, 2093.

per i « contratti ancora inseguiti o non interamente eseguiti » l'applicazione delle disposizioni della sezione IV del capo III del titolo II della legge fallimentare. Tra queste, l'art. 72 consente « di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi ». Ne deriva la soddisfacibilità dei creditori anteriori ⁽⁷¹⁾, se del caso anche a carico dell'acquirente con conseguente riduzione del corrispettivo previsto per la cessione.

Ove si consideri che la cessione dei contratti (*melius*, dei complessi di contratti) costituisce lo strumento tramite il quale — nella forma di programma in parola — si realizza la finalità della procedura, appare evidente la portata sistematica della previsione. Tenuto conto che la sopra citata disposizione dell'art. 3, comma 1-*bis*, della legge 39/2004 trova applicazione anche alle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali deve rilevarsi come da una considerazione organica del regime normativo che regola la gestione commissariale emerga la sostanziale estraneità del principio della parità di trattamento dei creditori, con la conseguenza che quest'ultimo non potrebbe costituire l'indice dal quale muovere alla ricostruzione dei suoi diversi strumenti di regolazione.

In definitiva, alla luce delle diverse finalità, è da ritenersi che tra la fase concorsuale (funzionale alla soddisfazione dei crediti) — per la quale si ripropongono sostanzialmente le valutazioni svolte a proposito del fallimento — e la fase amministrativa (preordinata al conseguimento degli obiettivi della procedura) sussiste una soluzione di continuità che porta ad escludere che il principio della parità di trattamento — la cui operatività risulta già residuale nella prima delle due fasi — possa condizionare o orientare l'interpretazione e l'applicazione del regime normativo che regola la seconda. Infatti, anche avendo riguardo ai profili comuni, le ragioni dell'impresa risultano affatto assorbenti in quanto strumentali al raggiungimento della finalità conservativa che, tipologicamente, connota la procedura.

2.7. La *par condicio creditorum* nella liquidazione coatta amministrativa.

La liquidazione coatta amministrativa è, come noto, una procedura

⁽⁷¹⁾ Cfr., per tutti, COPPOLA, *Gli effetti dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria*, in (a cura di Costa) *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2008, 442.

funzionale alla soppressione dell'impresa per tramite della liquidazione dell'attivo, anche in vista del soddisfacimento concorsuale dei creditori ⁽⁷²⁾. È stato osservato che « nella liquidazione coatta amministrativa il fine immediato del procedimento è il soddisfacimento di un interesse pubblico del tutto indipendente e diverso rispetto a quello connesso all'esclusiva soddisfazione dei creditori, così com'è, invece, nel fallimento » ⁽⁷³⁾, come dimostra il fatto che la procedura può essere disposta a fini sanzionatori e a prescindere dalla volontà dei creditori ⁽⁷⁴⁾.

Notoriamente, non sussiste un modello unitario di procedura ma risultano regimi diversi in relazione della natura dell'impresa e degli interessi, pubblici e generali, coinvolti, come nel caso della banche, delle assicurazioni e degli intermediari finanziari. La soggezione alla liquidazione coatta amministrativa può avere carattere esclusivo e preclusivo, come accade per le categorie di imprese appena citate ovvero per le organizzazioni che esercitano una impresa sociale; ma può anche essere concorrente con il fallimento e, in tal caso, si applica la regola della prevenzione (vedi art. 2745-terdecies c.c.).

In questo ordine di idee, « la liquidazione coatta rappresenta, pertanto, un procedimento concorsuale che si svolge nell'alveo dei controlli amministrativi dell'impresa, sulla base delle situazioni che le leggi speciali dispongono, e prende il nome di amministrativa sia perché si instaura in via coattiva e anche contro la volontà dell'imprenditore e dei creditori, a seguito di un provvedimento amministrativo, sia perché l'autorità che ad essa presiede è amministrativa » ⁽⁷⁵⁾.

L'art. 194 stabilisce che la liquidazione coatta amministrativa sia regolata dalle disposizioni del Titolo V del R.D. n. 267/1942 « salvo che le leggi speciali dispongano diversamente ». Ora, avendo riguardo alla disciplina di carattere generale contenuta nella legge fallimentare — di rilievo in questa sede — è dato osservare che mentre gli effetti patrimoniali nei confronti dell'impresa sono regolati dall'art. 200 — che assume a riferimento il provvedimento amministrativo che ordina la liquidazione — l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza costituisce presupposto per il concorso della giurisdizione civile (artt. 195 e 202) ed è prevista una regolazione concorsuale dei crediti. Quest'ultima è disposta secondo il procedimento di accertamento del passivo

⁽⁷²⁾ In tema, cfr., per tutti, STALLA, *La liquidazione coatta amministrativa, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, V, Torino, 2000, 224.

⁽⁷³⁾ FAUCEGLIA-ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 360.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. GAMBINO, *Le procedure concorsuali minori: prospettive di riforma e la rinnovata amministrazione straordinaria, in Fallimento*, 2000, 5.

⁽⁷⁵⁾ STASI, *Liquidazione coatta amministrativa, in Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, 3, Torino, 2009, 1866.

regolato dagli artt. 207 e ss., che si connota per la sua tipicità, con l'elenco dei creditori formato dal commissario liquidatore che ha natura amministrativa ancorché impugnabile avanti al giudice ordinario sulla base della normativa in tema di opposizione allo stato passivo. Il riparto dell'attivo segue le regole del fallimento (art. 212) ed è ordinato ai sensi dell'art. 111, con la conseguenza che anche per la liquidazione coatta amministrativa valgono le considerazioni svolte a proposito del fallimento.

In conclusione, la liquidazione coatta amministrativa è una procedura che risulta preordinata a regolare la crisi di impresa in funzione degli interessi di carattere generale in ragione dei quali è stata disposta, come la stabilità del mercato creditizio o assicurativo. Ne consegue che — così come nella amministrazione straordinaria — non solo il principio della parità di trattamento ma la stessa tutela delle ragioni del ceto creditorio risultano estranei alle finalità della procedura e alla fase amministrativa della sua conduzione da parte del commissario liquidatore, il quale ha « tutti i poteri per la liquidazione dell'attivo, salve le limitazioni stabilite dall'autorità che vigila sulla liquidazione » (art. 201, comma 1).

2.8. La composizione delle crisi da sovraindebitamento.

Con l'entrata in vigore della legge n. 221/2012, la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, regolata dalla legge n. 3/1012, ha, dichiaratamente, acquisito carattere concorsuale. Ai sensi dell'art. 7, comma 2, al debitore (non soggetto ad altre procedure concorsuali) è consentito di sottoporre ai creditori una proposta di accordo di ristrutturazione del debito e di soddisfazione dei crediti la cui definizione è rimessa all'autonomia privata nel rispetto dell'ordine legale delle preferenze, stabilite negli artt. 7 e 8, ⁽⁷⁶⁾ nonché dei crediti prededucibili (« sorti in occasione o in funzione di uno dei procedimenti »), che andranno soddisfatti con preferenza rispetto agli altri « con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti » (art. 13, comma 4-bis) ⁽⁷⁷⁾. In

⁽⁷⁶⁾ I crediti muniti di privilegio dovranno, in ogni caso, essere soddisfatti in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali insiste la causa di prelazione.

⁽⁷⁷⁾ Ai sensi dell'art. 12, comma 2, penult. periodo in caso di contestazione della « convenienza dell'accordo » il giudice delegato può procedere all'omologa « se ritiene che il credito può essere soddisfatto dall'esecuzione dello stesso in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria » disciplinata dall'art. 14-ter. Tenuto conto che non sussiste la

alternativa all'accordo la legge n. 221/2012 ha, altresì, introdotto una disciplina di ordine generale che consente di porre rimedio al sovraindebitamento mediante la liquidazione del patrimonio (artt. 14-ter e ss.) nonché una di carattere speciale per il solo « consumatore »⁽⁷⁸⁾, che prevede un « piano » di ristrutturazione (art. 6, comma 1) la cui definizione è anch'essa vincolata alla disciplina dell'ordine legale delle preferenze prevista per l'accordo. Diversamente da quanto previsto per l'accordo, qui, il sindacato del giudice delegato sostituisce l'approvazione dei creditori, ai quali è, in ogni caso, consentito contestare in via pregiudiziale la convenienza. Il sindacato giurisdizionale sulla fattibilità si svolge, sempre, rispetto all'alternativa liquidatoria (art. 12-bis).

Nel disciplinare la proposta di ristrutturazione, l'art. 7 prevede la suddivisione in classi; tale possibilità è richiamata anche per il piano del consumatore (art. 12-bis, comma 1).

A tal fine non sono tuttavia previsti criteri ai quali tale suddivisione deve ispirarsi. Di qui il dubbio se, com'è stato sostenuto, possano — o debbano, « per esigenze di coerenza del sistema »⁽⁷⁹⁾ — richiamarsi quelli enunciati dalla legge fallimentare in tema di concordato.

Al riguardo va osservato che l'art. 11, comma 2, si limita a richiedere che l'accordo venga approvato dai creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti. Una tale previsione porta ad escludere ogni rilevanza della classe ai fini della votazione e a ritenere che risulti piuttosto funzionalizzata a consentire trattamenti differenziati tra i creditori al fine di agevolare la regolazione dello stato di sovraindebitamento. In questa prospettiva, la valutazione circa la corretta suddivisione in classi andrebbe svolta assumendo come parametro la fattibilità dell'accordo — ossia l'idoneità delle risorse disponibili a conseguire, nei tempi e modi previsti, gli obiettivi proposti — più che l'omogeneità (giuridica e/o economica) infraclassa del gruppo dei creditori tenuto conto che il

prova di resistenza, quello per il sindacato sulla convenienza viene a configurare un primario criterio di orientamento per l'esercizio della autonomia privata nella configurazione della proposta.

⁽⁷⁸⁾ Ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. b) per consumatore si intende « il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta ».

⁽⁷⁹⁾ CORDOPRATI, *Presupposti di ammissibilità*, in DI MARZIO - MACARIO - TERRANOVA (a cura di), *La « nuova » composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2013, 23.

voto del singolo non è più soggetto a quello della maggioranza della appartenenti alla medesima classe di creditori⁽⁸⁰⁾.

Posto che la disciplina non pone alcun onere di motivazione, la formazione delle classi può ritenersi — così come accade nel concordato preventivo — informata a « criteri forniti di obiettiva autoevidenza », con la conseguenza che la loro manifesta irragionevolezza sarebbe suscettibile di sindacato da parte del tribunale. In tale ordine di idee trovano ulteriore riscontro le conclusioni cui si è pervenuti a proposito dei concordati quando si è rilevato come, nell'esercizio dei criteri posti dagli artt. 124 e 160, l'autonomia privata risulti solo tendenzialmente soggetta al principio della parità di trattamento, dovendo piuttosto ritenersi che la prima determini l'ambito operativo del secondo, la cui valenza è normativamente circoscritta all'interno di ciascuna classe. Con il che si ripropongono, altresì, le considerazioni in ordine al fondamento del principio che, anche nella legge n. 3/2012, risulta desumibile, argomentando a contrario, dall'art. 7 laddove quest'ultimo venga interpretato nel senso di ammettere trattamenti differenziati solo per classi. Invero, la formula legislativa è alquanto infelice in quanto prevede che l'accordo possa essere proposto « sulla base di un piano che ... preveda scadenze e modalità di pagamento dei creditori, anche se suddivisi in classi, ... ». Così dal dettato normativo la suddivisione in classi non risulta quale strumento per introdurre trattamenti differenziati tra i creditori. Invero, non risulta neanche che il piano possa riguardare la rimodulazione dell'importo dei crediti, dovendo ritenersi lo stesso implicito nell'accordo a cui è preordinato, che ha espressamente ad oggetto la « ristrutturazione dei debiti ». In questo contesto, non è da escludere che in sede applicativa possano anche ammettersi trattamenti differenziati dei creditori, sia a titolo individuale che collettivo, senza la preventiva costituzione in classe posto che la disciplina dell'art. 7 non prevede criteri di formazione, non condiziona alla loro costituzione i trattamenti differenziati, non funzionalizza la classe alla votazione. Ciò tanto più se si considera che, nell'attuale prassi giurisprudenziale quest'ultima può essere formata da

⁽⁸⁰⁾ Diversamente DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in DI MARZIO - MACARIO - TERRANOVA (a cura di), *La « nuova » composizione delle crisi da sovraindebitamento*, Milano 2013, 13, che sull'assunto che « anche in detta procedura — di natura appunto concorsuale — vige la regola della parità di trattamento dei creditori, fatte salve le cause legittime di prelazione (cfr. art. 2741 c.c.) » ritiene che « l'applicazione della regola della parità di trattamento è determinata dalle condizioni di legittimazione della deliberazione maggioritaria: che in tanto può vincolare anche i dissenzienti in quanto concerne una proposta di soddisfacimento uguale per tutti (o per tutti i creditori racchiusi in una classe omogenea) ».

un solo creditore. È questa una ipotesi ricostruttiva sconosciuta dai primi commentatori dell'istituto ma, a ben vedere, la stessa trova riscontro nella lettera e nella *ratio* del quadro normativo appena descritto, nel quale la costituzione delle classi ha valore meramente descrittivo.

In tale prospettiva interpretativa è da ritenersi che nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento regolate dalla legge n. 3/2012 (a cui l'intervento emendativo della legge n. 221/2012 riconosce, espressamente, natura « concorsuale ») l'autonomia privata risulta, sostanzialmente, vincolata dall'ordine legale delle preferenze e orientata dal parametro di convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria, potendo per il trattamento differenziato procedersi al classamento dei creditori secondo criteri forniti di ragionevolezza ed obiettiva autoevidenza.

2.9. Considerazioni conclusive in ordine all'operatività del principio della *par condicio creditorum* nelle procedure concorsuali.

L'*excursus* sulle disposizioni che, anche a seguito delle riforme degli ultimi anni, regolano il trattamento dei creditori ha mostrato come quello della *par condicio* possa essere considerato un principio qualificante ma non già di ordine generale e tassativo per tutte le fasi e le diverse discipline in materia di procedure concorsuali. Esso rappresenta l'espressione riassuntiva dei regimi regolatori che, nel sistema di ripartizione dell'attivo, integrano l'ordine di graduazione dei crediti e, come tale, richiede di essere apprezzato alla luce del contesto normativo che ne definisce l'ambito di operatività.

In questi termini, il principio continua ad offrire la chiave di lettura per la ricostruzione di « vari istituti » della procedura fallimentare, così come affermato dalla Corte costituzionale. Se i primi interventi emendativi alla disciplina del '42 avevano portato a identificare il carattere generale della parità di trattamento nel suo essere destinata a operare se e in quanto non esistano situazioni di diseguaglianza espressamente rilevate dal legislatore, il suo valore residuale — a seguito dell'accentuazione della tendenza legislativa a riconoscere prevalenza ad altri interessi ritenuti meritevoli di tutela — ha progressivamente perso l'impronta di generalità. Il suo attuale significato sembra, così, da ricercarsi nella regolazione delle situazioni non soggette a specifici trattamenti normativi nel procedimento di ripartizione dei valori attivi (art. 110) a completamento della regola della graduazione preferenziale dei crediti (artt. 111 e ss.).

Da tali premesse discende che la parità di trattamento non solo non può, pregiudizialmente, orientare il bilanciamento tra le diverse esigenze che la regolazione della crisi di impresa comporta, ma che, a ben vedere, sono queste ultime a determinare i termini di applicazione di quella.

In definitiva, il principio della *par condicio creditorum*, se non può essere accantonato come un archibugio arrugginito nel polveroso *arrière boutique* del diritto fallimentare, non assolve più da tempo alla tradizionale funzione di regola di chiusura del sistema, alla luce e in ragione della quale ricostruire i diversi trattamenti normativi, e rappresenta piuttosto un criterio ermeneutico per comporre le ragioni ed interessi che non trovano espresso riconoscimento in sede normativa concorrendo a definire, ma non più determinando in vertice, l'impianto teleologico del sistema concorsuale.