

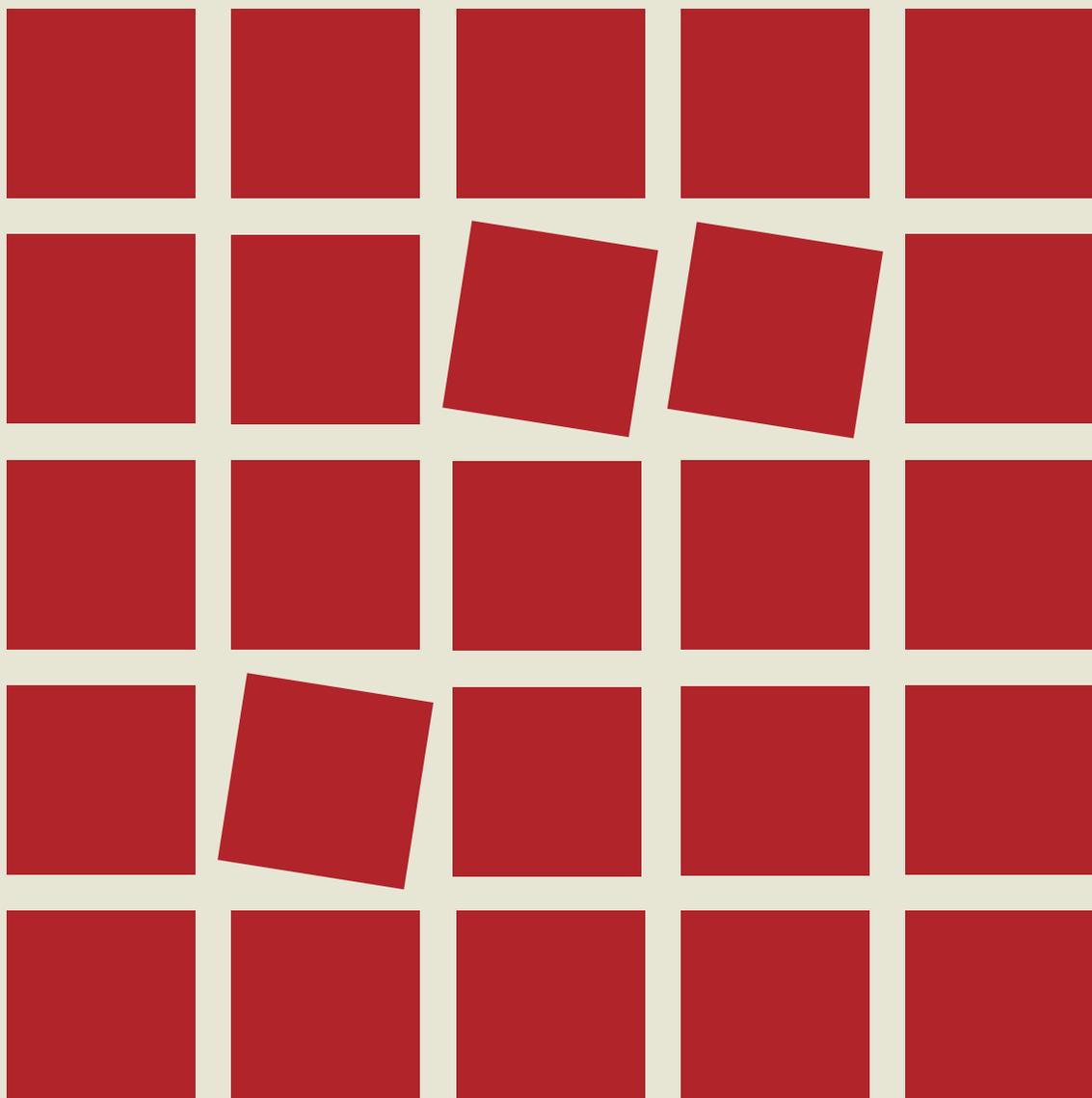
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 4 – num. 2
Dicembre 2015



Edizioni
Ca' Foscari



Ricerche giuridiche

[online] ISSN 2281-6100

Quaderni del Progetto Dottorale
di Alta Formazione in Scienze Giuridiche
e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento
di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia

Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing

Università Ca' Foscari Venezia

Dorsoduro 3246

30123 Venezia

<http://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni/riviste/ricerche-giuridiche/>

Ricerche giuridiche

Rivista semestrale

Direzione scientifica Nicolò Abriani (Università di Firenze, Italia) Luigi Benvenuti Carmelita Camardi Francesco Capriglione (Università Guglielmo Marconi, Roma, Italia) Lorenzo De Angelis María Ángeles Egusquiza Balmaseda (Universidad Pública de Navarra, España) Antoine Lyon-Caen (Université Paris Ouest, France) Arturo Maresca («La Sapienza» Università di Roma, Italia) Fabrizio Marrella Roger McCormick (London School of Economics, UK) Christoph G. Paulus (Humboldt Universität zu Berlin, Deutschland) Adalberto Perulli Alessandro Somma (Università di Ferrara, Italia) Alberto Urbani

Direttore responsabile Alberto Urbani

Comitato Scientifico Christian Armbrüster (Freie Universität Berlin, Deutschland) Marcello Clarich (LUISS Università Guido Carli, Roma, Italia) Nina Dietz Legind (Syddansk Universitet, Denmark) Giuliana Martina Paolo Montalenti (Università di Torino, Italia) Johannes Michael Rainer (Universität Salzburg, Austria) Masaki Sakuramoto (Toyo University, Tokyo, Japan) Antonella Sciarone Alibrandi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Roberto Senigaglia Marco Sepe (Unitelma Sapienza, Roma, Italia) Gianluca Sicchiero Tiziano Treu (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Giuseppe Vettori (Università di Firenze, Italia) Manfred Weiss (Universität Frankfurt, Deutschland) Gaetano Zilio Grandi

Comitato di redazione Vania Brino Francesca Burigo Valentina Cagnin Cristina De Benetti Sara De Vido Mariella Lamicela Bianca Longo Marco Mancini Andrea Minto (Universiteit Utrecht, Nederland) Marco Olivi Giuseppe Paone Andrea Pin (Università di Padova, Italia) Ilenia Rapisarda Marco Ticozzi Alessandra Zanardo Giuliano Zanchi Andrea Zorzi

Comitato scientifico per la valutazione Fabio Addis (Università di Brescia, Italia) Mads Andenas (Universitetet i Oslo, Norge) Antonella Antonucci (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Florence Benoit-Rohmer (EiUC, Venezia, Italia) Elisabetta Bergamini (Università di Udine, Italia) Massimo Bianca (Università di Trieste, Italia) Elena Bindi (Università di Siena, Italia) Antonio Blandini (Università di Napoli «Federico II», Italia) Enrico Camilleri (Università di Palermo, Italia) Maria Teresa Carinci (Università di Milano, Italia) Daniela Caterino (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Carlo Cester (Università di Padova, Italia) Nis Jul Clausen (Syddansk Universitet, Denmark) Paoloefisio Corrias (Università di Cagliari, Italia) Ciro G. Corvese (Università di Siena, Italia) Alessandro D'Adda (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Raffaele De Luca Tamajo (Università di Napoli «Federico II», Italia) Francesco De Santis (Università di Salerno, Italia) Riccardo Del Punta (Università di Firenze, Italia) Leonardo Di Brina (Università «Guglielmo Marconi», Italia) Giovanni Di Rosa (Università di Catania, Italia) Leonardo Ferrara (Università di Firenze, Italia) Giuseppe Ferri jr. (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Gianvito Giannelli (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Delia La Rocca (Università di Catania, Italia) Valerio Lemma (Università «Guglielmo Marconi», Roma, Italia) Raffaele Lener (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Michele Lobocono (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Pierpaolo Marano (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Cinzia Motti (Università di Foggia, Italia) Marco Olivetti (Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia) Carlo Paterniti (Università di Catania, Italia) Ugo Patroni Griffi (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Paolo Patrono (Università di Verona, Italia) Mirella Pellegrini (LUISS Università Guido Carli, Roma, Italia) Henry Peter (Université de Genève, Suisse) Andrea Pisaneschi (Università di Siena, Italia) Dianora Poletti (Università di Pisa, Italia) Riccardo Salomone (Università di Trento, Italia) Franco Scarpelli (Università di Milano-Bicocca, Italia) Martin Schauer (Universität Wien, Austria) Francesco Seatzu (Università di Cagliari, Italia) Paolo Tosi (Università di Trento, Italia) Vincenzo Troiano (Università di Perugia, Italia) Fernando Valdés Dal-Ré (Universidad Complutense de Madrid, España) Francesco Vella (Università di Bologna, Italia) Michele Vellano (Università della Valle D'Aosta, Italia) Lorenzo Zoppoli (Università di Napoli «Federico II», Italia) Stefano Zunarelli (Università di Bologna, Italia)
Ove non specificato, i nominativi indicati si intendono facenti riferimento, a vario titolo, all'Università Ca' Foscari Venezia, Italia.

Direzione e redazione Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia - San Giobbe - Cannaregio 873, Fondamenta San Giobbe, 30121 Venezia
ricerchegiuridiche@unive.it

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

- 1 La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza, ecc.).
- 2 Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.
- 3 La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
- 4 In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerge un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.
- 5 In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
- 6 La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgono gli atti di convegni.

Sommario

SAGGI

- Giuseppe Ferri jr.
Soluzioni concordate delle crisi di impresa e autonomia privata 303
- Lorenzo Stanghellini
La gestione delle crisi bancarie
La tradizione italiana e le nuove regole europee 315

PAPERS

- Benedetta Panchetti
Il diritto interculturale come strumento di risoluzione dei conflitti
Il contributo del volume di Pierluigi Consorti
Conflitti, mediazione e diritto interculturale 341
- Alessandra Zanardo
Le risque de défaillance des entreprises
Brèves réflexions sur les interventions possibles du législateur 351
- Diletta Lenzi
Il divieto di costituire società tra professionisti per chi è solo revisore legale 357
- Laura Pibiri
Novità per gli *Energy Derivatives* 375
- Antonio Ianni
Il modello tedesco della cogestione nell'impresa
Cronaca comparatistica di un diritto societario conformato in senso lavoristico 395
- Daniela Schiuma, Elena Sychenko, Agata Ludera-Ruszel
The Contributions of International Bodies of the Protection of Social Rights to the Struggle with Deregulation 423

Federico Lorenzo Ramaioli
La genesi del Costituzionalismo giapponese nell'era Meiji 443

OSSERVATORIO

CASSAZIONE CIVILE, sezioni unite, 6 marzo 2015, n. 4628 473
Rovelli Presidente – D'ascola Relatore 473

**Un controllo giudiziario dell'autonomia negoziale alla base
della meritevolezza del preliminare di preliminare**
Ilaria Marrone 485

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:

A. Antonucci, M. Bianca, E. Bindi, A. Blandini, L. Di Brina, V. Fili, L. Fiorillo, P. Henry, R. Lener,
M. Lobuono, A. Pisaneschi, D. Poletti, R. Salomone, F. Vella, L. Zoppoli

Soluzioni concordate delle crisi di impresa e autonomia privata

Giuseppe Ferri jr.
(Professore ordinario di Diritto fallimentare
nell'Università degli Studi di Roma «Tor Vergata», Italia)

Abstract In this conference paper, the author reviews the main rationales and goals of insolvency proceedings and broadly compares insolvency proceedings to contractual private ordering of insolvency. The author stresses how the position of unsecured creditors in insolvency proceedings tends to be protected only in a collective way, through procedural rules that allow to deviate from absolute priority rule, whereas contractual solutions of distressed firms are the domain of contract, with some variations (mainly, the oversight of the court) due to the multiple interests involved in situations in which these contracts are entered into.

Sommario 1. – Crisi di impresa e mercato. – 2. Disciplina delle crisi di impresa autonomia negoziale. – 3. Contenuto autoritativo e forma procedimentale delle discipline delle crisi di impresa. – 4. La disciplina delle disfunzioni della garanzia patrimoniale: le due prospettive. – 5. Autonomia privata e accordi procedimentali. – 6. Cause di prelazione e diritto al rango nella disciplina dei concordati.

1 Crisi di impresa e mercato

Un discorso così generale come quello che si intende svolgere richiede di prendere le mosse da un punto di partenza altrettanto generale: dal tema, in particolare, dei rapporti, come si vedrà controversi e contraddittori, tra *crisi di impresa*, da un lato, e *mercato*, dall'altro.

Muovendo da una considerazione, *funzionale*, del mercato, e segnatamente di quello concorrenziale, in termini di *meccanismo selettivo* delle imprese efficienti e, specularmente, di quelle inefficienti, la *crisi* costituisce, per la *singola impresa*, un'eventualità che, per quanto *patologica*, risulta del tutto *normale*, non rappresentando altro che l'avverarsi del c.d. *rischio* di impresa, di un rischio, cioè, indissolubilmente collegato alla

Il lavoro riproduce la relazione dal titolo *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa tra negozio, procedimento e principio maggioritario*, tenuta il 2 ottobre 2015 presso il Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia, nell'ambito del Dottorato in Diritto, Mercato e Persona.

relativa iniziativa, e proprio per tale ragione consapevolmente assunto da chi la organizza, e che anzi è stato ricostruito come una sorta di contrattare dello stesso *potere* di organizzarla. Se, poi, si sposta l'attenzione all'*insieme delle imprese* che operano sul mercato concorrenziale, e cioè al sistema di mercato nel suo complesso, la crisi di talune di esse rappresenta addirittura l'esito, *fisiologico*, e per ciò solo inevitabile, di quella funzione selettiva che il mercato concorrenziale è chiamato a svolgere, se non anche il segno più evidente del suo efficiente funzionamento: siffatta funzione selettiva, infatti, comporta, e non può non comportare, per certi versi virtuosamente, la crisi delle imprese che si rivelino inefficienti.

Tuttavia, ed è questo il punto, il mercato, inteso questa volta nei termini, *strutturali*, di insieme di *scambi*, e, più in generale, di atti di auto-regolamentazione di interessi, e cioè di *autonomia* privata, ed in particolare negoziale, a loro volta espressione di una più generale *libertà* di iniziativa economica, si rivela inidoneo, appunto strutturalmente, a regolare quella stessa crisi dell'impresa che, come detto, esso non solo contribuisce, ma, per certi versi, addirittura tende a creare: una situazione, questa, che, pur prestandosi ad essere considerata come una sorta di paradosso, o, meglio, di cortocircuito sistematico, non può certo considerarsi una peculiarità del fenomeno in esame; un parallelo affievolirsi della sfera dell'autonomia e della libertà, e la corrispondente emersione di profili genericamente definibili come autoritativi, si riscontra, infatti, anche in relazione alla disciplina applicabile all'impresa o alle imprese che, sempre all'esito della selezione operata dal mercato, si rivelino non già le meno, ma, tutto al contrario, le più efficienti; l'esito "estremo" del successo dell'impresa, vale a dire l'acquisizione del c.d. potere di mercato, se da un lato rappresenta non solo, al pari della crisi, la conseguenza fisiologica e necessaria del funzionamento della selezione operata dal sistema di mercato, ma addirittura lo scopo stesso della singola iniziativa economica, e dunque dell'esercizio delle prerogative di libertà e di autonomia in cui quest'ultima si risolve, sollecita in vero anch'esso l'intervento di un potere pubblico, per quanto indipendente, volto, non soltanto a controllare le modalità con le quali lo si è acquisito, ma anche, e soprattutto, a sanzionarne l'esercizio abusivo: e si allude, come è chiaro, alla disciplina della concorrenza e del mercato e della relativa Autorità.

2 Disciplina delle crisi di impresa e autonomia negoziale

A sua volta, l'inidoneità della libertà, e, segnatamente, dell'autonomia negoziale, e dunque del contratto, nel quale essa prende forma, a disciplinare compiutamente e convenientemente le crisi di impresa, si presta ad essere ricondotta alla circostanza che la crisi di impresa, come, più in generale, ogni *patologia della garanzia patrimoniale*, comporta il *venir meno* del

presupposto implicito che vale non soltanto a rendere economicamente efficiente, e dunque a giustificare sistematicamente, il riconoscimento ai privati di siffatta autonomia, ma, prima ancora, a permettere al negozio di svolgere effettivamente il ruolo, suo proprio, di strumento di *autonomia*, vale a dire di *auto-regolamentazione di interessi economici* allora, e per definizione, *propri* di chi se ne avvale: presupposto rappresentato dall'ideoneità dell'atto di esercizio del potere negoziale ad incidere esclusivamente sul valore netto complessivo del patrimonio di chi lo ha posto in essere, ovvero, come pure può dirsi, dalla *coincidenza* tra il *patrimonio* in cui si producono gli *effetti giuridici* di tale atto, che, in forza del principio della c.d. efficacia relativa del negozio, risultano di regola circoscritti appunto alla sfera giuridica delle parti, e, rispettivamente, quello in cui si verificano le *conseguenze economiche* del medesimo, per tali intendendosi appunto le variazioni di valore da esso derivanti.

Quanto, in particolare, agli atti, come quelli di *scambio*, con i quali si dispone di una determinata risorsa, se gli effetti giuridici si producono invariabilmente nei confronti di chi ne risulta il titolare, le conseguenze economiche si verificano invece nel patrimonio del destinatario del valore di tale risorsa ovvero, nel caso, assai frequente, in cui siffatto valore spetti ad una pluralità di soggetti, in quello di chi, nell'ordine di destinazione del relativo valore, occupa una posizione residuale: ne deriva che un atto di disposizione siffatto può dirsi in grado di svolgere la funzione di auto-regolamentazione di propri interessi solo in quanto, e fino a quando, chi lo compie sia non soltanto il *titolare* della risorsa, ma anche il *destinatario del suo valore*, a seconda dei casi integrale o residuale.

Sotto quest'ultimo profilo, un ruolo centrale è svolto dall'art. 2740 c.c., il quale, individuando nel *patrimonio* la *garanzia dei creditori* del suo titolare, finisce per destinare a costoro il relativo valore, ovviamente fino a concorrenza dell'importo delle corrispondenti pretese, e, dunque, per riservare al *titolare* del patrimonio soltanto il suo *valore residuale*: si verifica, in tal modo, una *dissociazione* tra la titolarità del patrimonio, e dunque dei relativi beni, che continua ad essere riconosciuta integralmente al debitore, e, rispettivamente, il loro valore, che invece spetta, almeno in parte, ai creditori; più precisamente, fino a quando il *patrimonio* è *capiente*, il suo valore risulta effettivamente suddiviso tra i creditori e il debitore, al quale come detto spetta l'eccedenza rispetto al valore destinato ai primi: una volta, invece, che il patrimonio sia divenuto *incapiente*, il suo valore, e dunque quello di tutti i beni che lo compongono, risulterà destinato *integralmente ai creditori*, e cioè a soggetti diversi dal titolare.

L'esercizio dell'autonomia negoziale del titolare del patrimonio divenuto incapiente, e segnatamente il potere di disporre delle risorse che lo compongono, da strumento, legittimo ed efficiente, di auto-regolazione di interessi propri che era, finisce allora per assumere la veste di strumento, invece illegittimo ed inefficiente, di etero-regolazione di interessi altrui,

anche se in termini, e per ragioni, tra loro diverse, ed anzi opposte, a seconda dell'ottica, di breve o di lungo periodo, in concreto adottata dal titolare medesimo: collocandoci in una prospettiva diacronica, che tenga cioè conto del fatto che il valore, come pure la composizione, del patrimonio è destinato a variare nel tempo, costui infatti potrebbe assumere due atteggiamenti parimenti razionali, ma tra loro del tutto opposti.

Per un verso, alla luce della considerazione che gli eventuali incrementi del valore del patrimonio sarebbero inizialmente destinati ai soli creditori, il debitore, titolare del patrimonio, potrebbe perdere qualsiasi interesse ad esercitare tanto la propria autonomia negoziale quanto le prerogative che gli spettano in quanto titolare delle risorse: laddove mentre la prima forma di inerzia conduce, economicamente, al sotto-investimento, cioè a quella forma di inefficienza consistente nella rinuncia a compiere atti pur vantaggiosi, la seconda si presta anche ad assumere specifica rilevanza giuridica ai fini del riconoscimento ai creditori della azione surrogatoria; per altro verso, il medesimo debitore, confidando che, ma solo nel lungo periodo, il patrimonio potrebbe ritornare capiente, potrebbe essere indotto ad ispirare le proprie scelte economiche al sovra-investimento, a compiere cioè atti eccessivamente rischiosi, al fine di ottenere vantaggi consistenti ma di remota ed incerta realizzazione, nella consapevolezza che i relativi rischi, invece assai più verosimili, finirebbero per gravare sui creditori, e cioè per ridurre un valore ormai integralmente destinato a costoro: ed è in fondo anche a scelte di questo tipo che si volge il rimedio della azione revocatoria.

D'altro canto, è vero che gli attuali destinatari del valore di un patrimonio incapiente sono i creditori: ciò non appare sufficiente, tuttavia, a rendere efficiente il riconoscimento a costoro del potere, originariamente spettante al suo titolare, di disporre del medesimo; si consideri, infatti, continuando a riguardare la vicenda in una prospettiva cronologica, che, nel breve periodo, un riconoscimento siffatto farebbe sorgere, alla luce del conflitto tra i medesimi creditori che l'incapienza del patrimonio fatalmente solleva, l'esigenza di organizzare la relativa collettività, con tutti i costi che la sua realizzazione finirebbe inevitabilmente per comportare: mentre, nel lungo periodo, le loro decisioni, lungi dal rivelarsi efficienti, tenderebbero al sotto-investimento, analogamente a quanto si è detto a proposito del debitore che persegue un'ottica di breve (e non, si noti, di lungo) periodo, alla luce della consapevolezza che i futuri incrementi di valore del patrimonio del debitore sono bensì destinati a costoro, ma solo nei limiti dell'ammontare delle loro pretese, e non anche integralmente.

3 Contenuto autoritativo e forma procedimentale delle discipline delle crisi di impresa

L'insufficienza dei poteri negoziali tanto del debitore quanto dei creditori a regolare convenientemente l'attività dell'impresa in crisi, e, più in generale, a gestire efficacemente un patrimonio incapiente, rende necessario l'intervento di un *terzo*, chiamato, si noti, non già ad imporre l'attuazione di un interesse proprio: ma a comporre, da una posizione indipendente e sovraordinata, il conflitto tra l'interesse privato e individuale del debitore, titolare del patrimonio, e gli interessi, pur sempre *privati*, per quanto *collettivi*, vantati dai suoi creditori.

Tutto ciò da un lato vale a spiegare il *contenuto* tipicamente *autoritativo* delle discipline della crisi di impresa: la circostanza, cioè, che esse risultano fondate non sui principi di autonomia e di libertà, ma su quelli, logicamente opposti, di *eteronomia* e di *autorità*, come pure la ragione, e i limiti, del ruolo in esse universalmente assunto dai *poteri pubblici*, e proprio in quanto tipicamente detentori, talvolta esclusivi, delle prerogative autoritarie, ed in particolare, almeno di regola, dall'autorità giurisdizionale, allora in veste di mero arbitro di interessi privati (in termini per certi versi analoghi a quelli che caratterizzano la volontaria giurisdizione), e non di titolare di interessi pubblici, e cioè generali e sovraordinati a quelli privati (come invece accade in relazione all'autorità amministrativa competente a disporre la liquidazione coatta dell'impresa e a sovrintendere alla relativa procedura); e, dall'altro, consente di dar conto della *forma procedimentale*, e non negoziale, che tali discipline invariabilmente assumono: distinzione, o meglio contrapposizione, quella tra *procedimento* e *negozio*, che si ricollega non già, si noti, al carattere *pubblico* o, rispettivamente, *privato* degli interessi da regolare, o comunque ad una *gerarchia assiologica* tra gli stessi, quanto piuttosto alla *alternativa logica* rappresentata dalla configurazione della loro *struttura* in termini *collettivi* ovvero *individuali*.

Più precisamente, se il *negozio* costituisce, come detto, uno strumento di autonomia, e cioè di (auto-)regolazione di *interessi individuali*, e per ciò solo privati, il *procedimento* rappresenta una tecnica di (etero-)regolazione di *interessi collettivi*, i quali, a loro volta, in una prospettiva funzionale, non assumono necessariamente un carattere pubblico, e per ciò solo indisponibile dai privati, ben potendo presentare un carattere schiettamente privato, risultando allora pur sempre disponibili dai loro titolari, ancorché, e proprio in quanto collettivi, a maggioranza, e dunque non dal singolo.

4 La disciplina delle disfunzioni della garanzia patrimoniale: le due prospettive

Sotto quest'ultimo riguardo, quello cioè della connotazione collettiva o individuale degli interessi, e segnatamente di quelli dei creditori, deve considerarsi che l'ordinamento assume, nei confronti di eventuali disfunzioni della garanzia patrimoniale, due atteggiamenti profondamente diversi, a seconda che si tratti di un debitore civile o di un'impresa commerciale "minore", o, rispettivamente, di un'impresa commerciale di maggiori dimensioni: nel primo caso, infatti, l'incapienza del patrimonio viene considerata nella medesima prospettiva *individuale* che tradizionalmente caratterizza la disciplina generale delle obbligazioni, vale a dire in termini di *patologia potenziale del singolo rapporto obbligatorio*; nel secondo, invece, collocandosi in una dimensione *collettiva*, l'ordinamento riguarda la disfunzione della garanzia patrimoniale come *patologia attuale dell'intero patrimonio*, o, meglio, della complessiva organizzazione dell'impresa.

Questa duplice, ed alternativa, rilevanza di un fenomeno unitario dipende dal fatto che, a differenza del diritto di proprietà, che, pur potendo spettare ad una pluralità di soggetti, presenta una struttura tipicamente individuale, il diritto di credito si caratterizza per un'ineliminabile *compre-senza* di profili *individuali* e *collettivi*: è vero, infatti, che anche quello di *credito* costituisce un *diritto soggettivo*, e dunque una posizione giuridica che risulta connotata in termini *individuali* tanto sotto il profilo, *oggettivo*, del contenuto, consistente in una determinata pretesa, quanto sotto il profilo, *soggettivo*, della titolarità, riconosciuta ad un soggetto parimenti determinato; è altrettanto vero, tuttavia, che il *patrimonio del debitore* rappresenta una *garanzia collettiva*, comune cioè ai suoi creditori: con l'esito che il *potere* di farla valere, e cioè di darvi attuazione in via esecutiva, per quanto riconosciuto a ciascuno di essi, finisce per interferire con l'analogo potere spettante a tutti gli altri.

Da ciò consegue che, a fronte di un'incapienza del patrimonio, l'ordinamento può assumere, ed anzi di fatto assume, due atteggiamenti tra loro opposti, a seconda che intenda privilegiare la *prospettiva individuale* del diritto soggettivo di credito, o, rispettivamente, quella, *collettiva*, della garanzia patrimoniale. Nel primo caso, si tratta di enfatizzare le prerogative, appunto individuali, riconosciute al singolo creditore, come pure al debitore, al sollecito esercizio delle quali finisce per essere affidata la concreta destinazione del valore del patrimonio tra i diversi creditori, e dunque, correlativamente, la ripartizione delle perdite, la quale pertanto, lungi dal risultare predeterminata dal legislatore, rappresenterà l'esito, per certi versi casuale, e comunque disordinato, delle concrete scelte individuali di costoro: ed è ciò che mostra di fare la disciplina generale delle obbligazioni, che, ricollegando all'insolvenza del debitore la decadenza

dal termine, e dunque la scadenza di tutti i suoi crediti (art. 1186 c.c.), consente ai titolari di questi ultimi di esercitare immediatamente l'azione esecutiva, se non anche di consolidare, istantaneamente, gli eventuali pagamenti effettuati dall'insolvente, rendendoli irrevocabili, e proprio in quanto relativi a debiti ormai e per definizione (seppure per legge) scaduti (art. 2901, 3° co., c.c.).

Nel secondo caso, invece, l'ordinamento si pone l'obiettivo di regolare, e cioè di ordinare, la distribuzione del complessivo valore del patrimonio, e dunque, specularmente, la ripartizione della complessiva perdita tra i diversi creditori: al qual fine si rende necessario non soltanto prevedere un criterio, tendenzialmente rigido, per quanto non necessariamente gerarchico, volto ad individuare almeno la misura, se non addirittura il momento, della soddisfazione dei singoli crediti; ma anche, e prima ancora, e proprio al fine di permettere l'operatività di discipline e meccanismi collettivi, di neutralizzare le prerogative riconosciute individualmente a ciascun creditore, come pure al debitore: ed è proprio questo l'atteggiamento assunto dall'ordinamento al fine di regolare le crisi di impresa, la disciplina della quale, pur articolandosi in una serie di procedure tra loro anche sensibilmente diverse, prevede, in ogni caso, il blocco delle azioni esecutive dei creditori e, rispettivamente, il divieto di pagamenti da parte del debitore.

5 Autonomia privata e accordi procedimentali

La distinzione tra la *rilevanza individuale* e, rispettivamente, *collettiva* degli interessi da regolare, se, da un lato, vale a configurare gli strumenti del *negozio* e, rispettivamente, del *procedimento* come tra loro logicamente alternativi, non impedisce, dall'altro, di riconoscere, pur nell'ambito di discipline procedimentali, spazi significativi, ed anzi tendenzialmente crescenti, alle soluzioni concordate, fondate cioè sull'*autonomia privata*: la quale, tuttavia, in tal caso si volge ad auto-regolamentare *interessi* che, per quanto pur sempre *privati*, assumono una rilevanza non già individuale, ma *collettiva*, ed a farlo, allora, non già mediante il tradizionale strumento del negozio, e segnatamente del contratto, ma attraverso *accordi procedimentali*.

Si profila, dunque, una differenziazione tra *due forme di autonomia privata, negoziale* e, rispettivamente, *procedimentale*, che, come appare evidente dal confronto, sollecitato da ragioni di contiguità almeno funzionale, tra il contratto di cessione dei beni ai creditori e l'accordo, procedimentale, tra i creditori sul quale è incentrato il procedimento di concordato, si distinguono tra loro sotto una pluralità di profili, tutti rilevanti.

Si pensi, in ordine alla dimensione genericamente definibile come strutturale, da un lato alle *tecniche di partecipazione* del singolo all'atto di autonomia, le quali, nel caso del *negozio*, sono tipicamente rappresentate dalla *manifestazione del consenso*, cioè della volontà, delle parti, mentre

in quello degli accordi procedimentali dall'*espressione del voto* su una proposta predeterminata; e, dall'altro, con specifico riguardo agli atti bilaterali o plurilaterali, alle diverse *regole di organizzazione*, si direbbe di combinazione, della partecipazione delle diverse parti (al rispetto delle quali la legge subordina il perfezionamento dell'atto di autonomia, vale a dire la produzione della relativa regola): al qual fine, in ordine al negozio, si richiede il *consenso unanime* delle parti, mentre, per quanto riguarda gli accordi procedimentali, si ritiene sufficiente il raggiungimento di una *maggioranza di voti favorevoli* alla proposta, se non addirittura il mancato raggiungimento di una maggioranza di voti contrari alla stessa, come accade in presenza di meccanismi di silenzio-assenso (ora nuovamente circoscritti, come nel sistema originario, al concordato fallimentare); la previsione di tali meccanismi, si noti, se effettivamente accentua il carattere procedimentale dell'accordo, vale a dire la rilevanza collettiva degli interessi che esso è diretto a regolare, non attenua affatto, ma anzi rafforza il ruolo al riguardo riconosciuto ai privati, finendo dunque per esprimere non già una tendenziale pubblicizzazione, ma, tutto al contrario, una ancora più marcata privatizzazione della relativa disciplina: la quale, risolvendosi in un ampliamento del potere della maggioranza della collettività dei creditori, richiede semmai un parallelo incremento della tutela degli interessi, anch'essi pur sempre privati, riconducibili alla loro minoranza.

Passando al piano funzionale degli *effetti*, diversi sono, nei due casi, i presupposti e l'ambito di efficacia dell'atto di autonomia: quella del negozio, infatti, da un lato riposa sulla sola volontà delle parti, che in vero è tendenzialmente libera di modellare il contenuto della regola privata, e dall'altro opera limitatamente ad esse; al contrario, non soltanto il *contenuto* degli accordi procedimentali deve risultare in ogni caso coerente con la funzione del procedimento medesimo, vale a dire, per quanto in particolare riguarda le discipline della crisi, con le regole alle quali l'ordinamento sottopone la ripartizione delle perdite, ma la loro *efficacia* da un lato richiede un intervento esterno, di regola nella forma di omologazione giudiziale, in funzione di integrazione della volontà dei privati, e dall'altro si dispiega, in forza del principio maggioritario, nei confronti dell'intera collettività chiamata ad esprimere il proprio voto sulla proposta.

La distinzione tra la rilevanza individuale del negozio e quella collettiva del procedimento e degli accordi procedimentali attraversa l'intero sistema delle procedure concorsuali: ed è proprio alla luce di siffatta distinzione che appare possibile, in particolare, da un lato differenziare tra loro gli *accordi di ristrutturazione dei debiti* e il *concordato preventivo*, e, dall'altro, distinguere, all'interno dei concordati, il ruolo riconosciuto alle *cause di prelazione* e, rispettivamente, al c.d. *diritto al rango*.

Quanto al primo profilo, può notarsi che tanto la figura degli accordi di ristrutturazione quanto quella dei concordati si caratterizzano per la compresenza di una dimensione procedimentale ed una genericamente

definibile come convenzionale, espressione, cioè, dell'autonomia privata: tuttavia mentre l'accordo di ristrutturazione assume, almeno di regola, e salvo la recente introduzione di figure ibride (e si pensi, in primo luogo, agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, ma anche alle convenzioni di moratoria di cui all'art. 182-*septies* l.fall.) la forma, individuale, di vero e proprio negozio, il concordato, invece, si caratterizza nei termini, collettivi, di *accordo procedimentale* di cui si diceva.

Quanto, in particolare, ai presupposti e all'ambito (soggettivo) di operatività dell'*efficacia*, il *concordato* è approvato a *maggioranza dei voti* e sottoposto all'*omologazione* da parte del tribunale, e cioè ad un controllo, di regola di mera legalità, all'esito positivo del quale risulta subordinata la sua efficacia nei confronti di *tutti i creditori anteriori*, e non soltanto di coloro che hanno espresso voto favorevole alla proposta.

Al contrario, l'*accordo di ristrutturazione* vincola, in via di principio, *esclusivamente* gli aderenti, vale a dire i soli creditori che hanno prestato, individualmente, il proprio *consenso* alla proposta del debitore (l'adesione risolvendosi in vero nella accettazione di quest'ultima), a ciò non ostando la circostanza che la legge, ai fini dell'*omologazione*, richiede che i creditori aderenti rappresentino una quota (minima) dell'intero passivo, che, nell'attuale sistema, risulta pari, in particolare, al sessanta per cento: una esigenza, quest'ultima, che non permette di affermare che tali accordi sono approvati a *maggioranza* (salva la già ricordata ipotesi di cui all'art. 182-*septies* l.fall.), ma solo, come è stato felicemente detto, che essi devono essere (o, meglio, possono essere omologati solo se risultano) stipulati *con una* *maggioranza* di creditori, o meglio con i titolari di crediti complessivamente almeno pari ad una determinata percentuale del passivo, laddove, si noti, la circostanza che a tal fine si richieda l'adesione di una *maggioranza*, per di più qualificata, di crediti, dipende da una libera scelta dell'ordinamento, che, in vero, ben si sarebbe potuto accontentare di una quota inferiore alla metà dell'intero passivo.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti presentano dunque la configurazione, schiettamente *negoziale*, di atti di auto-regolamentazione di interessi individuali: a ciò non ostando né la circostanza che la loro efficacia risulta subordinata, o, meglio, differita all'iscrizione nel registro delle imprese, la quale pertanto assume, rispetto a tali effetti, il ruolo di condizione sospensiva legale, senza peraltro implicare alcun tipo di controllo (diverso da quello meramente documentale), oltre a quello di presupposto dell'operatività del c.d. blocco delle azioni esecutive; e nemmeno il fatto che, una volta omologati, essi risultano in grado di incidere sulla scadenza dei crediti dei non aderenti, nonché, per quanto limitatamente al già ricordato caso degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, sullo stesso importo di tali crediti: casi, questi ultimi, in entrambi i quali, si noti, non si assiste ad una estensione degli effetti dell'atto di autonomia nei confronti di terzi, quanto al riconoscimento (non già a tale atto, ma)

alla sua omologazione, e cioè ad un provvedimento giurisdizionale, dell' idoneità a produrre determinati effetti legali (analogamente, del resto, a quanto è a dirsi, in relazione al blocco delle azioni esecutive, a proposito dell'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese). Del resto, mentre il *contenuto* dell'accordo, pur dovendo in ogni caso risultare volto alla ristrutturazione dei debiti, risulta, in via di principio, lasciato alla discrezionalità delle parti, quello del concordato deve rispettare in ogni caso il principio della proporzionalità, e cioè della parità di trattamento, per quanto limitatamente, da un lato, ai crediti non privilegiati, o comunque alla parte di quelli privilegiati non coperti dal valore del bene vincolato, e, dall'altro, ai crediti appartenenti alla medesima classe.

Ma è in ordine ai rapporti tra atto di autonomia privata e procedimento che la differenza tra le figure in esame emerge con particolare evidenza: l'*accordo di ristrutturazione dei debiti*, e proprio in quanto negozio, si conclude, infatti, *prima ed al di fuori* del procedimento, e la relativa disciplina si volge a disciplinare non già la conclusione, ma unicamente l'iscrizione e l'omologazione di un negozio già perfezionato; al contrario, l'*accordo procedimentale* che caratterizza il *concordato* si perfeziona *all'interno* del relativo procedimento, il quale regola tanto la proposta quanto l'accettazione, contribuendo in particolare a far assumere ad entrambe la rilevanza, collettiva e procedimentale, di altrettante fasi del procedimento.

6 Cause di prelazione e diritto al rango nella disciplina dei concordati

La medesima differenziazione tra *rilevanza individuale e collettiva* appare decisiva, come si diceva, anche al fine di distinguere, nell'ambito del concordato preventivo, tra il ruolo riconosciuto alle *cause di prelazione*, e al relativo *ordine*, e, rispettivamente, al c.d. *diritto al rango*, vale a dire alla pretesa a vedersi destinato, all'esito dell'esecuzione della proposta di concordato, un valore almeno pari a quello che, nel caso di liquidazione, sarebbe spettato in ragione della posizione occupata dal credito nell'ambito del ben diverso *ordine di graduazione dei crediti*, e, più in generale, di *distribuzione dell'attivo*, per tale intendendosi il complesso di regole, gerarchiche, destinate a disciplinare la ripartizione del valore ricavato dalla liquidazione del patrimonio del debitore non solo tra i suoi creditori, ma tra costoro e il medesimo debitore, come pure tra i primi e i soci della società debitrice.

La legge, infatti, se da un lato esclude l'idoneità della proposta approvata dalla maggioranza dei creditori ad incidere sui crediti assistiti da cause di prelazione, quantomeno nei limiti del valore del bene vincolato, come pure ad alterare l'ordine delle stesse, beninteso nell'eventualità, l'unica in cui esso è destinato ad operare, in cui sul (valore del) medesimo bene insista una pluralità di tali cause; dall'altro, tuttavia, non richiede che la pro-

posta riproduca fedelmente gli esiti che deriverebbero dall'applicazione delle regole di distribuzione dell'attivo, in coerenza con la circostanza che queste ultime, e proprio in quanto dirette a disciplinare la suddivisione di un valore liquido, o meglio liquidato, e per ciò solo oggettivamente determinato, non risulta applicabile, almeno in via diretta, in una ipotesi, quella appunto di concordato, in cui la maggioranza dei creditori è chiamata, al fine di valutare la convenienza della proposta, a confrontare il trattamento dalla stessa previsto con il valore che sarebbe stato loro destinato all'esito di una ipotetica liquidazione del patrimonio: un valore, quest'ultimo, solo stimato, che cioè costituisce, a sua volta, l'esito di una valutazione.

In particolare, la sussistenza di una *causa di prelazione* vale a conferire al relativo credito una *rilevanza individuale* sia dal punto di vista *oggettivo* sia da quello *soggettivo*: non solo, infatti, tale posizione risulta estranea alla competenza della maggioranza dei creditori, la quale non è legittimata a disporre né del suo ammontare né della sua scadenza (salva, quanto a quest'ultima, la moratoria prevista in materia di concordato con continuità aziendale dall'art. 186-bis, co. 2, lett. c), l.fall.); ma il suo titolare, al quale spetta, in via esclusiva, il potere di disporre, deve ritenersi a sua volta estraneo alla collettività dei creditori chiamata ad esprimersi sulla proposta: ed è proprio in forza di siffatta estraneità che costui risulta privo del potere di contribuire, attraverso il voto, alla sua approvazione.

La posizione individuale riconosciuta al creditore privilegiato si riferisce alla destinazione di un valore pari all'intero importo nominale del credito o comunque almeno corrispondente a quello, minore, del valore del bene vincolato, sempre che quest'ultimo risulti da una perizia giurata: la riforma organica delle procedure concorsuali, al fine di rispecchiare gli esiti della liquidazione fallimentare, ha infatti reso possibile una "collettivizzazione" del credito privilegiato, seppur limitatamente, come detto, alla parte del credito non "coperta" dal (valore del) bene vincolato; si assiste, in tal modo, ad una sorta di sdoppiamento di un credito, quello appunto privilegiato, originariamente unitario, ed unitariamente individuale, in due diverse posizioni, l'una, tuttora individuale, relativa al valore coperto dalla garanzia, e l'altra, quella corrispondente all'eccedenza, invece collettiva, e cioè sottoposta ad un trattamento analogo a quello previsto per i crediti chirografari: da un lato, infatti, essa rientra nella competenza della collettività dei creditori, che risulta legittimata ad approvare a maggioranza una proposta che preveda il pagamento in percentuale di tale eccedenza, dall'altro, e parallelamente, nell'ambito di siffatta collettività risulta ricompreso lo stesso creditore privilegiato, al quale si riconosce il diritto di voto sulla proposta, beninteso in misura corrispondente all'importo dell'eccedenza.

La possibilità di sottoporre a trattamenti tra loro diversi i creditori del medesimo rango, previa suddivisione in classi, e l'applicazione all'interno di queste ultime del principio maggioritario, vale invece ad esprimere l'intenzione dell'ordinamento di riconoscere al *diritto al rango* una *rilevanza*

collettiva: la singola classe di creditori ha infatti il potere di disporre a maggioranza di tale diritto, e cioè, più concretamente, del valore ad esso corrispondente, vale a dire di rinunciare, anche, deve precisarsi, a favore di creditori di rango inferiore, risultando in vero irrilevante, una volta ammessa la legittimità di siffatta rinuncia, chi poi finisca per beneficiarne.

Più precisamente, la legge circoscrive la possibilità di far valere la violazione del diritto al rango, e cioè di contestare la legittimità di una proposta diretta a distribuire il valore del patrimonio del debitore in termini diversi, e più penalizzanti, rispetto a quelli che sarebbero derivati dalla sua liquidazione effettuata in conformità delle regole di distribuzione dell'attivo, da un lato al singolo creditore appartenente ad una classe dissenziente, nella quale cioè non si sia raggiunta la maggioranza (semplice) di voti favorevoli alla proposta, e, dall'altro, ai creditori dissenzienti rappresentanti il venti per cento dell'intero passivo ammesso al voto, ma, stando almeno alla lettera della legge, limitatamente al caso di approvazione di una proposta di concordato preventivo che non preveda la formazione delle classi; potrà anche interpretarsi estensivamente quest'ultima disposizione, nel senso in particolare non solo di applicarla al concordato fallimentare, ma di riconoscere la prerogativa in parola anche al venti per cento dei creditori dissenzienti appartenenti ad una classe consenziente, ma è certo che essa non spetta al singolo creditore dissenziente, a meno che il suo credito non rappresenti il venti per cento di quelli ammessi al voto: il che vale di per sé ad assegnare al diritto al rango una rilevanza appunto collettiva, nel senso che di esso risulta legittimata a disporre comunque la maggioranza, a seconda dei casi dell'intero passivo o della singola classe, sia pure quella pari a più dell'ottanta per cento dei rispettivi crediti.

D'altra parte, se è vero che il raggiungimento di una maggioranza di voti favorevoli alla proposta, per quanto sensibilmente rafforzata, appare di per sé sufficiente a legittimare la rinuncia al valore corrispondente al rango del credito, è altrettanto vero che a questo fine si richiede pur sempre, e prima ancora, il voto favorevole almeno della maggioranza semplice dei crediti del rango in questione. A sua volta, la circostanza che il diritto al rango risulta bensì disponibile, ma solo da parte della maggioranza dei relativi crediti, comporta che, in presenza di crediti di ranghi tra loro diversi, la loro suddivisione in altrettante classi, corrispondenti a ciascuno di essi, deve ritenersi non soltanto facoltativa, ma in ogni caso *necessaria*: ed è proprio in siffatta necessità che si risolve la tutela prevista per tale diritto, la quale non implica la fissazione di limiti al potere della maggioranza, ma si esaurisce nella fase, (crono-)logicamente e procedimentalmente anteriore, della *formazione delle classi*, e cioè della predeterminazione dell'ambito nel quale tale potere, e dunque il principio maggioritario del quale esso costituisce espressione, è destinato ad operare, in coerenza con la rilevanza appunto collettiva che la legge mostra di riconoscere all'interesse nel quale il diritto al rango prende forma.