

NUMERO 4 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

STEFANIA PACCHI

L'abuso del diritto nel concordato preventivo



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	664
ANTONINO CATAUDELLA	
<i>Il giudice e le nullità</i>	667
ENRICO SCODITTI	
<i>Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis</i>	685
FILIPPO PATRONI GRIFFI	
<i>Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura</i>	723
FEDERICO ROSELLI	
<i>Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?</i>	743
PAOLO SORDI	
<i>Contratto di lavoro a tutele crescenti: la distribuzione degli oneri probatori nelle cause di impugnazione del licenziamento disciplinare</i>	763
FABRIZIO GUERRERA	
<i>Autonomia statutaria e tipologia delle società in house</i>	775
STEFANIA PACCHI	
<i>L'abuso del diritto nel concordato preventivo</i>	789
BRUNO INZITARI	
<i>Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei</i>	817
FABRIZIO MARINELLI	
<i>Il diritto e la vita. Le "spirituali conversazioni" tra Giuseppe Capograssi e Salvatore Satta</i>	833
UGO SALANITRO	
<i>Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita</i>	853
MASSIMO BASILE	
<i>Un nuovo contratto per il mercato immobiliare?</i>	875
ANTONIO SCARPA	
<i>Il voto del condomino in conflitto di interessi</i>	913

L'abuso del diritto nel concordato preventivo

Come nel contratto anche nella procedura concordataria preventiva potremmo trovarci dinanzi a fattispecie nelle quali si assiste ad una deviazione dal presupposto oggettivo e/o dai fini istituzionali dell'istituto. Questi ultimi sono: il soddisfacimento dei creditori e, nella versione del concordato in continuità, però subordinatamente alla realizzazione del primo fine, la conservazione dei valori aziendali. Potremmo trovarci dinanzi ad ipotesi di abuso del concordato che presume un utilizzo strumentale della procedura per raggiungere un obbiettivo diverso da quello stabilito dalla legge.

As the contract also in the preventive composition proceedings could be in front in cases in which there is a deviation from the objective condition and/or institutional goals of the institute. These are: the satisfaction of the creditors and, in the version agreed in continuity, however, subject to the achievement of the first order, the preservation of corporate values. We could be in front of the possibility of abuse agreed that assumed an instrumental use of the procedure to achieve an objective other than that established by law.

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'attuale disciplina: flessibilità e timore di abusi. – 3. L'abuso del e nel concordato. – 4. Perché si ricorre al grimaldello dell'abuso. – 5. Un contratto per la crisi d'impresa: possibile utilizzo del metro valutativo dell'abuso. – 6. Uno sguardo verso un Ordinamento che da tempo ha studiato il tema dell'abuso del diritto nel concordato. – 7. Qualche osservazione conclusiva.

1. - Premessa.

La riforma della legge fallimentare del 1942 ha inciso su tutte le nostre procedure concorsuali, di alcune arricchendo con nuove potenzialità la *mission* liquidativa-satisfattiva e di altre favorendo percorsi conservativi. Gli interventi di novellazione hanno, a più riprese e implacabilmente, sostituito la cifra del nostro ordinamento delle crisi d'impresa: questo piuttosto che capitolo conclusivo del diritto delle obbligazioni è divenuto la quadratura del cerchio del diritto dell'impresa. In funzione della conservazione di quest'ultima, l'attività di prevenzione è posta al centro del sistema mentre il fallimento, sia pure depurato dai tratti afflittivi per il soggetto e corredato di strumenti per valorizzare il patrimonio aziendale, è andato ad occupare una posizione di retroguardia. In tale scambio di ruoli emerge la scissione tra imprenditore e impresa che "marca" l'assetto dell'attuale apparato concorsuale¹. Non interessa più la sorte dell'imprenditore bensì quella dell'impresa per la quale il legislatore predispone una serie di strumenti che agevolano la conservazione dei valori indipenden-

¹ Fino ad oggi l'obiettivo di recuperare almeno i residui valori dell'attività, quando non sia possibile praticare la sua conservazione, faceva capolino soltanto dietro le quinte, come quando la nostra legge detta una sintetica disposizione per porre al riparo dalla revocatoria il piano attestato redatto unilateralmente dall'imprenditore e «idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa» o quando suggerisce, come possibile contenuto di una proposta concordataria, le operazioni straordinarie, le attribuzioni di partecipazioni ai creditori, la costituzione di *newco*, o come quando introduce nell'art. 124 la proposta di concordato fallimentare per mano di un creditore o di un terzo, certo finalizzata a rimettere in circolazione quel patrimonio che è l'azienda, tentando la conservazione degli *assets*. Accanto a questi accenni, che aprono squarci di attenzione per l'impresa, abbiamo però la riaffermazione del soddisfacimento dei creditori (aggiunge il legislatore: attraverso la ristrutturazione dei debiti ed in qualsiasi forma, quasi a voler stemperare quell'obiettivo del soddisfacimento che altrimenti apparirebbe di granitica assoluta) che, come sappiamo, condiziona ragionamenti, soluzioni e pronunce. Sul punto si rinvia anche per profili comparativi allo mio scritto, *Debitore, creditori e patrimonio: legislazioni a confronto. Alcune riflessioni a partire dall'opera di Ariel Angel Dasso "Derecho concursal comparado"*, in *Riv. dir. fall.*, 2011, I, 286 ss. La disciplina del concordato di continuità viene enunciata, ad opera della l. n. 134 del 2012, nell'art. 186-*bis*.

temente dall'uscita dal mercato o meno del primo ². In tale ottica anche la liberazione dai debiti residui, in una lettura meno stretta al contingente, si presenta come beneficio per aiutare le imprese e il loro necessario *turn over* e non per premiare l'imprenditore che ha utilizzato correttamente uno strumento concorsuale.

Si è passati da un sistema nel quale le procedure concorsuali svolgevano una funzione prettamente esecutiva e, di conseguenza, erano assoggettate ad un controllo giudiziale di legittimità e di merito, ad uno in cui è al centro la negoziazione tra le parti per individuare una soluzione condivisa che, possibilmente, conduca al recupero dei valori aziendali. Dalla strategia condivisa prendono corpo piani e proposte dal contenuto libero e flessibile ³. Ciò per approdare ad una soluzione della crisi che sia più utile per i creditori, per i terzi e anche per lo stesso debitore e che, essendo gestione di affari privati con valenza collettiva, deve essere verificata, in punto di fattibilità e credibilità, prima, da un professionista di parte, poi da un soggetto di nomina giudiziale mentre dal giudice soltanto in punto di regolare contenuto e svolgimento delle sequenze procedimentali.

Siamo dinanzi ad una disciplina duttile, sempre meno cogente rispetto ai contenuti della proposta e del piano e, invece, attenta agli obblighi informativi e alla rete dei controlli che hanno ad oggetto ora la fattibilità del

² Gli ultimi interventi del Legislatore Italiano – diretti ad agevolare il ricorso al concordato preventivo e agli altri strumenti di soluzione della crisi alternativi al fallimento – hanno ribadito l'attenzione per "l'attività d'impresa" la cui protezione – anche attraverso la vendita, o il conferimento in una nuova società (*newco*), del complesso aziendale in un'operazione di risanamento indiretto – viene favorita attraverso un consolidamento dell'anima conservativa del concordato preventivo grazie al riconoscimento di una esplicita ed autonoma collocazione al concordato di "continuità" (Sul nuovo art. 186-*bis* e su alcune problematiche sollevate dalla norma, senza pretesa di completezza, si segnala: R. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, in www.ilfallimentarista.it, 6 settembre 2013; S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in www.ilcaso.it, 4 agosto 2013; M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, 3 agosto 2012) e all'affinamento di strumenti, già creati per altri istituti (penso alla domanda prenotativa di un accordo di ristrutturazione introdotta con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in l. 30 luglio 2010, n. 122, e cfr. per tutti M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2013, *passim*; V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Riv. soc.*, 2013, 1163 ss.), che divengono di generale applicazione al punto che potremmo ritenerli ormai tratti caratteristici del nostro ordinamento delle crisi.

³ Sul punto cfr. tra i molti G. LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fall.*, 2013, 525 ss.

piano, ora la convenienza della proposta, ora la regolarità processuale, tutti muovendo comunque dalla completezza dell'informazione resa ⁴.

2. - L'attuale disciplina: flessibilità e timore di abusi.

Il rinnovato apparato normativo, alleggerito dai pervasivi controlli del giudice, tipici della legge del '42, e improntato al codice della negoziazione tra privati, ha generato frequenti disagi e inquietudini interpretative probabilmente dovute, almeno in parte, a una sorta d'innata paura di un cattivo uso dell'autonomia lasciata alle parti private nella gestione della crisi.

Non vi è dubbio che la disciplina ha dovuto fare i conti con un *humus* intriso di problematicità sociali ed economiche, endogene ed esogene, che ha conseguentemente esasperato il ricorso a quello strumentario concorsuale, amplificando – nella misura in cui è stato liberalizzato e flessibilizzato – i sospetti di un frequente utilizzo, in alcuni casi, *borderline* mentre in altri addirittura *offside*.

È stato il concordato – nelle due versioni del preventivo (nel quale rifluisce anche la fattispecie del preconcordato) e del fallimentare – a generare fin da subito una crescente irrequietezza ⁵.

⁴ Saremmo dinanzi (B. CONCA, *Il rapporto tra autonomia privata e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in www.iffallimentarista.it, 3 maggio 2012, 5) all'affermazione del «principio del c.d. “consenso informato” (tuttavia non previsto a livello legislativo, posto che la normativa sull'informativa ai creditori è rimasta immutata); nella prospettiva della valorizzazione dell'autonomia privata trova pieno riconoscimento la libertà di autodeterminazione dei creditori, i quali debbono essere posti in condizione di esprimere (o meno) il proprio consapevole voto, sulla base di informazioni quanto più dettagliate, precise e complete possibili».

⁵ Il tema dell'abuso ha avuto varie declinazioni. Rispetto al concordato preventivo con riferimento alla percentuale, quando questa non concretizzasse la causa del concordato e alla formazione delle classi: v. M. AJELLO, *Tre questioni in tema di concordato preventivo: abuso del diritto nella formazione delle classi, atti di frode e legittimazione del liquidatore giudiziale all'esperienza dell'azione di responsabilità*, in www.iffallimentarista.it, 24 novembre 2011; P.F. CENSONI, *Sull'ammissibilità di un concordato preventivo non conveniente*, in *Fall.*, 2010, 988; G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 1059; M. FERRO, *L'abuso del concordato preventivo*, in G. MINUTOLI (a cura di), *Crisi di impresa ed economia criminale*, Milano, 2011, 206; M. FURNO, *Il sindacato di legittimità sostanziale e la verifica dell'abuso del diritto nella proposizione della domanda di concordato*, in www.iffallimentarista.it, 9 gennaio 2015; G. LO CASCIO, *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 891 ss.; I.L. NOCERA, *Abuso del diritto nella formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 388; S. PACCHI, in S. PACCHI-L. D'ORAZIO-A. CÖPPOLA, *Il concordato preventivo*, in A. DIDONE (a cura

Il riconoscimento che vi sono trattative preliminari al raggiungimento di un accordo e meritevoli di protezione; l'aver rimesso alla parte proponente la confezione dell'offerta e del piano scevri da vincoli contenutistici; l'aver demandato la verifica di convenienza in via esclusiva all'altra parte che oggi si presume interessata ad un soddisfacimento in senso ampio, che può comprendere il pagamento di una somma di denaro, ma che spesso in questo non si esaurisce; l'aver investito il giudice del più alto e nobile

di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, 1828; F. PASQUARIELLO, *Contro il sindacato sul c.d. abuso del diritto nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 26 febbraio 2014; con riferimento al concordato fallimentare, in particolare quando vi fosse una concorrenza – tra la proposta di un terzo (votata dai creditori) e del fallito – che potesse “un esproprio senza indennizzo” del fallito: R. BELLÈ, *Concordato fallimentare e controlli in sede di omologazione*, in *Fall.*, 2009, 844 ss.; L. BOTTAI, *Il concordato con pregiudizio del fallito: è abuso del diritto? Abutendo iuribus? Il concordato fallimentare tra mercato, equità e giusto processo*, in *Fall.*, 2012, 66; G. D'ATTORRE, *I concordati ostili*, Milano, 2012; M. FABIANI, *La proposta del terzo nel concordato fallimentare*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010, 460 ss.; ID., *Eccessi di protezione degli interessi del fallito e mancata attenzione ai principi della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2010, I, 2742; N. NISIVOCIA, *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2011, 416; A.M. PERRINO, *Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio della giustizia contrattuale?*, in *Foro it.*, 2011, 2118; A. PENTA, *Alla ricerca del punto di equilibrio tra la tutela dei creditori e la salvaguardia del debitore fallito*, in *Fall.*, 2014, 782 ss. L'ambito nel quale il tema dell'abuso ha avuto più frequente riscontro è stato però quello del preconcordato. I rischi di un suo uso distorto erano stati immediatamente ipotizzati già all'indomani dell'introduzione del VI comma dell'art. 161, l. fall da F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto Sviluppo”*, in *Il Civilista – Speciale Riforma*, Milano, 2012, 41 ss.; ID., *Il decreto del “fare” e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, in www.ilfallimentarista.it, 18 giugno 2013; ID., *Criticità e abusi del preconcordato dopo un anno di applicazione. Valutazione dell'esito dei primi preconcordati presso il Tribunale di Milano: statistiche e proiezioni*; ID., *Le correzioni introdotte dal Decreto “del fare”*, in www.dirittobancario.it. Anche la giurisprudenza reagiva immediatamente: il Tribunale di Milano (Sezione fallimentare) – poi seguito da altri tribunali – adottava alcune “Linee Guida” (Trib. Milano, Orientamenti del Plenum, in www.ilFallimentarista.it) dove erano indicate le regole di corretta instaurazione e successivo svolgimento del procedimento “preconcordatario”. Sul tema, in dottrina: S. AMBROSINI, *L'abuso del diritto di accedere al “preconcordato” e il circoscritto ambito di operatività dell'istituto*, in F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Torino, 2014, 91; R. BONSIGNORE-P. RAINELLI, *Abuso del diritto nel concordato preventivo con riserva*, in *Giur. comm.*, 2014, n. 3, II, 475 ss.; A. CERUTTI, *Rinuncia alla domanda di preconcordato e presentazione di un'autonoma domanda di concordato pieno: ipotesi di abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it, 7 gennaio 2015; A. GIOVETTI, *Il nuovo preconcordato: profili di inammissibilità ed abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it, 20 febbraio 2013; L. LAMANNA, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, in www.ilfallimentarista.it, 13 novembre 2013; F. MACRI, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, in *Fall.*, 2014, 13; C. RAVINA, *Domanda di preconcordato presentata in pendenza dell'istruttoria fallimentare: coordinamento tra le procedure e abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it, 29 gennaio 2015; F. ROLFI, *La “discontinuità” tra concordato in bianco e concordato “pieno”: una ipotesi di evidente abuso processuale*, in www.ilfallimentarista.it, 7 aprile 2015; M.A. RUSSO, *Concordato preventivo: uso distorto dello strumento di composizione della crisi d'impresa*, in www.ilfallimentarista.it, 22 maggio 2013.

ruolo di controllore della legalità del processo e di solutore di conflitti, in posizione di perfetta terzietà perché liberato dalla legittimazione all'iniziativa del processo di fallimento nonché dalle valutazioni e dalla conduzione di questioni prettamente economiche⁶, ha portato – come molti interpreti hanno sottolineato – alla esaltazione del profilo contrattuale⁷.

D'altra parte lo strumento concordatario è costruito per la crisi dell'impresa, che è cellula del mercato, nel quale essa dialoga con gli altri operatori attraverso un intreccio di contratti. È comprensibile allora che l'impresa possa ricorrere a un contratto per ricomporre le difficoltà di natura finanziaria, gestionale e/o economica sorte con i vari interlocutori⁸.

Però, come efficacemente è stato scritto, «il contratto diviene terreno di elezione della libertà e dell'abuso»⁹. A questo schema non si sottrarrebbe ogni strumento concorsuale deputato a risolvere negoziamente la crisi d'impresa.

⁶ Al quale corrisponde una valorizzazione del contratto, A. GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 349; G. MINUTOLI, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, in *Fall.*, 2008, 214. Sul passaggio dal *Iudex gestor* al *iudex statutor* si veda anche I.L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai Codici ottocenteschi al contratto sulla crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 407.

⁷ L. ABETE, *La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 208; ID., *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n. 1521/2013 delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, n. 6, 2013; L. MANDRIOLI, in S. BONFATTI-L. PANZANI (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, 667; M. CAFFI, in G. SCHIANO DI PEPE, *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 607; M. FABIANI, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità di liquidazione*, in *Fall.*, 2010, 595. Per l'individuazione, invece, di una duplice natura, in parte pattizia e privatistica ed in parte giurisdizionale: P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Codice del fallimento*, Milano, 2009, 1679 ss.

⁸ Sul tema, in particolare, v. G. COSTANTINO, *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, 209; F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, *ivi*, 19; G. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, *ivi*, 233; F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa*, in M. VIETTI-F. MAROTTA-F. DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, Torino, 2007, 17. Nella pervasiva contrattualizzazione dei rapporti d'impresa e financo della crisi, G. ROSSI, in *Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale*, Convegno di Studio, Courmayeur 23-24 settembre 2005, *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, 11, parla di «fondamentalismo contrattualista».

⁹ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, 122. Ricordiamo, tuttavia, che già Alfredo Rocco nella sua Prefazione a *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, a proposito dei concordati, lanciava l'allarme sullo strumento concordatario perché «dal punto di vista pratico ci offre, accanto al beneficio di una soluzione più rapida, più semplice, meno costosa del fallimento dichiarato o imminente, il pericolo di frodi da parte dei debitori di mala fede, e di soprusi da parte dei creditori disonesti o rapaci».

3. - L'abuso del e nel concordato.

Come nel contratto *tout court* anche nella procedura concordataria preventiva potremmo trovarci dinanzi a fattispecie nelle quali si assiste ad una deviazione dal presupposto oggettivo¹⁰ – l'essere lo strumento dedicato alla soluzione della crisi accertata di un'impresa commerciale fallibile – e/o dai fini istituzionali dell'istituto¹¹. Questi ultimi sono: il soddisfacimento dei creditori e, nella versione del concordato in continuità, però subordinatamente alla realizzazione del primo fine, la conservazione dei valori aziendali. Entrambi si compendiano nel fine di rimuovere la crisi evitando il fallimento.

Sarebbe possibile distinguere l'abuso nel concordato dall'abuso del concordato¹².

La prima fattispecie si presenterebbe quando la proposta, se pur innestata in un procedimento ritualmente ineccepibile, non rispetti la funzione prioritaria del concordato (il soddisfacimento dei creditori) per perseguire piuttosto altre egoistiche finalità. In questo caso saremmo dinanzi ad una

¹⁰ Si obietta (F. PASQUARIELLO, *Contro il sindacato sul c.d. abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *www.ilfallimentarista.it*, 26 febbraio 2014, 1) che sarebbe un'ipotesi più che rara da riscontrarsi atteso che con la domanda concordataria l'imprenditore si immette in un percorso concorsuale che non è privo di conseguenze per il soggetto e per l'attività.

¹¹ F. PASQUARIELLO, *Contro il sindacato sul c.d. abuso del diritto nel concordato preventivo*, cit., 1, circoscrive la fattispecie dell'abuso del concordato preventivo al «suo utilizzo distorto o opportunistico, deviato da quello tipico che sarebbe la composizione della crisi per evitare il fallimento». In giurisprudenza una fattispecie che concretizza questa ipotesi è quella esaminata da Cass. 23 giugno 2011, n. 13818 (Est. Zanichelli), in *www.ilcaso.it*: «Vi è abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede laddove emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato preventivo, ponendo i creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali, in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria. In presenza di una tale condotta, il concordato non è ammissibile in quanto rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio della buona fede»; sulla stessa scia della precedente decisione anche Trib. Perugia, 15 luglio 2011, in *www.ilcaso.it*, e Trib. Udine, 30 settembre 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Padova, 23 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*, secondo cui: «Costituisce atto in frode ai creditori ai sensi dell'articolo 173, comma 3, l. fall. l'utilizzo dello strumento del concordato preventivo nell'ambito di un disegno articolato ed attuato mediante una serie di atti posti in essere con lo scopo di traghettare i soci della società di persone oltre la linea della propria responsabilità personale».

¹² Per questa distinzione, in dottrina, anche F. PASQUARIELLO, *Contro il sindacato sul c.d. abuso del diritto nel concordato preventivo*, cit., 2.

condotta abusiva tenuta dalla parte forte a svantaggio della parte in quel momento debole o “sotto scacco”.

Si può discorrere di abuso nel concordato per mano del debitore¹³. Intanto ciò si può verificare in fattispecie nelle quali, pur sussistendo i presupposti di utilizzazione per risolvere la crisi soddisfacendo i creditori, cionondimeno si abusa della crisi per offrire ai creditori un *quid* di gran lunga inferiore a quanto consentirebbe il patrimonio. Un'operazione di sottovalutazione del patrimonio consente di giungere ad un'offerta simbolica.

Talvolta tale operato può trovare l'avallo di una parte consistente dei creditori che hanno interesse più a chiudere la vicenda concordataria che a ottenere un trattamento soddisfacente dal concordato perché appagano il loro interesse attraverso un'utilità successiva extra-concordato¹⁴. In questo caso potrebbe ravvisarsi l'abuso nel concordato da parte del debitore con la collaborazione dei creditori.

Questa situazione avrebbe potuto essere “sanata” da un corretto classamento dei creditori nella misura in cui esso consente a ciascun creditore, in primo luogo, di esprimere il voto all'interno di una comunità aggregata da un medesimo e comune interesse e, in secondo luogo, di promuovere, in caso di dissenso della sua classe, la valutazione di merito del tribunale¹⁵.

¹³ Si tratterebbe di abuso realizzato nel concordato quello esaminato da Trib. Pesaro, 26 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*: «Non è omologabile il concordato preventivo laddove siano stati effettuati pagamenti di crediti anteriori alla presentazione della domanda senza l'autorizzazione del tribunale o del giudice delegato».

¹⁴ Sul punto, in tal senso, cfr. G. LO CASCIO, *Percorsi virtuosi e abusi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 891 ss.

¹⁵ Tale ci sembra la strada – come anche in altre sedi ho segnalato, S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in E. BERTACCHINI-L. GUALANDI-S. PACCHI-G. PACCHI-G. SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 436 – da seguire per far sì che i creditori si trovino a votare all'interno di un gruppo nel quale rinvergono gli stessi interessi economici (M. FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, 437) con ciò senza dimenticare quanto sancito dalla Corte Costituzionale 12 marzo 2010, n. 98, in *Fall.*, 2010, 775. In dottrina sulla facoltatività del classamento v., in particolare, G. BOZZA, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fall.*, 2005, 424 ss.; S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010, 542; G.B. NARDECCHIA, *Crisi di impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 175; G. LO CASCIO, *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, in *Fall.*, 2009, 1132. Sulla obligatorietà della formazione delle classi, contra M. FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obligatorietà delle classi nei concordati*, cit., 437 ss.; P. CATALLOZZI, *La formazione delle classi tra*

Diversamente da quanto detto finora, “l’abuso del concordato” presume un utilizzo strumentale del concordato per raggiungere un fine diverso da quello attribuito dalla legge allo strumento. È questo il terreno che, nella materia concordataria, vede al centro da un lato il pre-concordato – per il quale a mio avviso più correttamente si potrebbe ipotizzare in certe fattispecie l’abuso del processo ¹⁶ –, insieme ad ipotesi di concordati che fossero presentati in assenza del presupposto oggettivo, e dall’altro la proposta “aggressiva” di concordato fallimentare avanzata dal terzo/creditore.

Non vi è dubbio che il tema dell’abuso nelle o delle procedure concordatarie è un portato del post-riforma ¹⁷.

A me pare che il fatto stesso che tali temi si siano affacciati nello scenario della giurisprudenza e della dottrina soltanto a partire dalla riforma del concordato, ci faccia toccare con mano la distanza dal sistema concorsuale precedente che, con le sue rigide predeterminazioni, costringeva la pro-

autonomia del proponente e tutela dei creditori, in *Fall.*, 581 ss.; R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, *ivi*, 33-34.

¹⁶ Trib. Latina, 30 luglio 2012, in *www.ilcaso.it*: «La mancanza di classamento (a fronte della palese disomogeneità di interessi e qualificazioni giuridiche), quale artificio per impedire la piena espansione del divieto *ex art.* 160, comma 2, l. fall., e la proposizione di una nuova proposta di concordato, quale espediente per far recedere il subprocedimento *ex art.* 173 l. fall., sostanziano un abuso dello strumento concordatario»; Trib. Messina, 1 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*: «Deve essere qualificato come illegittimo, e se attuato attraverso il ricorso ad uno strumento previsto dalla legge, quale abuso del diritto, qualsiasi condotta che tende ad impedire che un procedimento di concordato preventivo si concluda secondo le modalità previste dalla legge fallimentare, ovvero con una sentenza dichiarativa di fallimento che, in presenza di istanze provenienti dai creditori o dal pubblico ministero, faccia seguito al decreto di revoca»; Trib. Milano 12 giugno 2014, in *www.ilcaso.it*: «Integra la fattispecie dell’abuso dello strumento concordatario la presentazione di una seconda proposta accompagnata da una relazione attestativa superficiale, incongrua e fondata su assunti non suscettibili di riscontro obiettivo, così da apparire complessivamente non credibile e del tutto inidonea allo scopo di rappresentare ai creditori la situazione effettiva della società e giustificare il giudizio di fattibilità che gli stessi sono chiamati ad esprimere». Da ultimo anche Cass., sez. un., 15 maggio 2015, n. 9935 (Est. Di Amato), in *www.altalex.com*: «La domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, presentata dal debitore non per regolare la crisi dell’impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento, è inammissibile in quanto integra gli estremi di un abuso del processo, che ricorre quando, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l’ordinamento li ha predisposti».

¹⁷ In fondo il tentativo di utilizzare uno strumento concorsuale oltre i suoi limiti o alternativamente si affaccia ogni volta che il soggetto possa ricavarvi un significativo vantaggio economico che rende comunque conveniente il rischio che assume con quella scelta.

posta – riservata in ambedue i concordati al debitore – in uno schema che precludeva ogni tentativo di *off-side*. Se le disposizioni sono rigide non c'è, infatti, spazio per l'abuso¹⁸.

È vero che, nella disciplina del 1942, il giudice aveva l'ultima parola in punto di convenienza, ma è altrettanto vero che i requisiti di natura economica del vecchio art. 160 l. fall. costituivano un limite invalicabile oltre il quale già scattava l'inammissibilità della proposta. Ciò escludeva intanto un possibile abuso nel concordato.

Dell'abuso del concordato poi non si poteva immaginare – visto il presupposto oggettivo dello stato d'insolvenza – una concretizzazione, almeno fin quando non cominciò ad affacciarsi l'uso alternativo delle procedure concorsuali, per mantenere artificialmente in vita le imprese irrimediabilmente decotte ma socialmente rilevanti, attraverso una lettura eversiva dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo. Con tale uso alternativo si aveva una procedura di amministrazione controllata o di concordato preventivo quando, grazie ad una dilatazione del presupposto oggettivo, avrebbe dovuto aversi il fallimento¹⁹. Fu questa una funzionalizzazione delle procedure minori che si tradusse nel 1979 nel recepimento della prassi adottata per le imprese di medie dimensioni nella disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi²⁰. Rispetto a quest'ultima procedura che, nella prima versione, si proponeva come strumento per sottrarre (almeno temporaneamente) i grandi organismi produttivi insolventi alla dissoluzione, si registravano casi di abuso ogni volta che veniva creata artificiosamente la situazione soggettiva per potervi accedere.

È però negli ultimi anni postriforma che nella materia concorsuale lenta-

¹⁸ G. D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozioni e rimedi*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, 64.

¹⁹ Per l'utilizzo dell'amministrazione controllata al posto di una tempestiva dichiarazione di fallimento cfr. A. GAMBINO, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 237; B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 327; L. GUGLIELMUCCI, *Origine ed evoluzione delle procedure concorsuali amministrative*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 1510; S. PACCHI, *L'amministrazione controllata*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2004, 14 ss.

²⁰ Su questo *iter* vedi anche M. BIANCA, *La disciplina della crisi delle grandi imprese*, in C. COSTA (a cura di), *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza dopo il d.lgs. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008, 5.

mente ha preso sempre più corpo lo spettro dell'abuso che, nell'applicazione giurisprudenziale ha assunto la funzione di grimaldello alcune volte per invocare l'utilizzabilità dell'art. 173 l. fall.²¹, altre volte per negare l'omologazione in assenza di opposizioni²², altre volte per sanzionare la formazione delle classi²³.

4. - Perché si ricorre al grimaldello dell'abuso.

Con ciò si cerca di negare cittadinanza a iniziative delle quali si intuisce o predica una carica emulativa o eversiva dinanzi alla quale pare imprescindibile – non solo in assenza di reazioni, ma anche in presenza di condivisione da parte dei creditori – un intervento dell'ordinamento a protezione sia della minoranza dissenziente che degli interessi diffusi che attorniano l'impresa²⁴.

²¹ Sulla nozione di atto in frode al fine di applicare la sanzione di cui all'art. 173 l. fall. cfr. Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, in *Fall.*, 2011, 933. In molti casi le sentenze classificano la fattispecie come ipotesi di abuso pur essendo chiaramente collocata all'interno dell'art. 173 l. fall.: Trib. Nola, 23 febbraio 2012, in *www.ilcaso.it*: «Nel concordato preventivo, al tribunale non compete la valutazione di convenienza della proposta e di fattibilità del piano, le quali competono, invece, esclusivamente ai creditori. Il tribunale è tuttavia garante della trasparenza della procedura e, ai fini della revoca del concordato, può valutare eventuali atti di frode con valenza decettiva, eventuali condotte di tipo abusivo tenute dal debitore in violazione del principio di buona fede ed in ogni caso la manifesta l'ineidoneità del piano a perseguire i propri obiettivi, con la precisazione che queste valutazioni potranno dal tribunale essere effettuate anche successivamente alla fase di ammissione alla procedura». Sull'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 173 l. fall., v. S. AMBROSINI, *Per un'interpretazione evolutiva della fattispecie "atti di frode" di cui all'art. 173, l. fall.*, in *www.ilcaso.it*.

²² È stato riconosciuto applicabile anche all'ambito concorsuale e, in particolare, in ambito concordatario (Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Fall.*, 2011, 403; Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, cit.; Cass. 29 luglio 2011, n. 16738, in *Foro it.*, 2011, I, 2983; Cass. 18 settembre 2012, n. 18190, in *www.ilfallimentarista*). Per una rassegna completa della giurisprudenza sul tema dell'abuso cfr. R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, Milano, 2015. Sulla funzione residuale che dovrebbe svolgere l'istituto del diritto nelle procedure concorsuali v., però, F. MACRÌ, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, in *Fallimento*, 2014, 13.

²³ Trib. Monza, 5 luglio 2011, in *www.ilcaso.it*: «Si concreta in un abuso del procedimento, strumentale al raggiungimento della maggioranza delle classi, la formazione di una classe composta da un solo creditore, il quale in base al criterio della omogeneità degli interessi economici, andrebbe collocato in altra classe. (Nella specie, la maggioranza era stata raggiunta proprio grazie al voto della classe in questione, composta dallo studio professionale che assisteva il proponente)».

²⁴ Come è stato scritto (G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 24, 2005, 161 ss, ivi alla p. 3 con riferimento a S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. I, Torino, 1987, I; A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, II, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, I) «La formula "abuso del diritto" compare nell'armamentario e nell'immaginario dei giuristi da molto

Potremmo dire, con una grossolana semplificazione, che da una parte – accedendo ad una teoria dell’abuso di matrice etico-religiosa – si vuole probabilmente rimarcare l’uso che potrebbe talora apparire immorale di un diritto (all’utilizzazione di un procedimento preventivo di composizione della crisi), dall’altra – aderendo alla teoria solidaristica – l’uso “non istituzionale” del diritto, contrario, quindi, all’interesse generale e perciò inammissibile²⁵. Tale ultimo richiamo evidenzia che siamo ancora “in mezzo al guado”: se da una parte la procedura concorsuale viene infatti tuttora considerata – esaltando la centralità del rapporto obbligatorio – come l’estremo rimedio per soddisfare le obbligazioni, dall’altra se ne ribadisce l’ulteriore funzione di protezione di interessi superindividuali che, in quanto tali, non potendo essere lasciati in balia di una gestione privatistica, devono essere presidiati dal giudice²⁶.

Tale grimaldello viene utilizzato nonostante che nel nostro codice non esista una norma che sanzioni in via generale l’abuso del diritto²⁷. La cultura giuridica degli anni ’30 riteneva, infatti, che l’abuso del diritto, più

tempo, tanto che lo si è definito come uno dei “correttivi più noti” presente negli ordinamenti giuridici contemporanei per rimediare a fallimenti della normazione generale e astratta».

²⁵ Per la schematizzazione delle due teorie dell’abuso del diritto si rinvia a F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., 95. Per «l’anelito che percorre la storia dell’abuso del diritto» che «precisamente l’aspirazione ad una moralizzazione del diritto» G. PINO, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, 25.

²⁶ M. FABIANI, in *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Fall.*, 2008, 1098, rileva come «la presenza del p.m., quand’anche non pervasiva e, magari riletta in chiave di strumento di collaborazione per favorire l’uscita dalla crisi, spiega che il legislatore considera tuttora il fenomeno dell’insolvenza come un accadimento che non può essere confinato nel rapporto creditore-debitore, posto che sono incisi interessi superindividuali, spesso non catalogabili a priori».

²⁷ Vasta è la letteratura civilistica in tema di abuso del diritto. Tra i molti contributi cfr.: A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; AA.VV., *L’abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1977, Padova, 1998; V. GIORGIANNI, *L’abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; C.M. MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale, abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, 606 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, II, Milano, 1998, 1 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig., disc. priv.*, Torino, 1987, 2 ss.; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell’abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 25 ss.; P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, Bologna, 1998, 13 ss.; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, Milano, 2007; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 168 ss.; M. ROTONDI, *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.; R. SACCO, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, 281 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.

che essere una nozione giuridica, fosse un concetto di natura etico-morale, con la conseguenza che colui che ne abusava veniva considerato meritevole di biasimo, ma non di sanzione giuridica²⁸.

Tale contesto culturale, unitamente alla preoccupazione per la certezza del diritto, attesa la grande latitudine di potere che una clausola generale, come quella dell'abuso del diritto, avrebbe attribuito al giudice, impedì che venisse trasfusa nella stesura definitiva del codice civile italiano del 1942 quella norma del progetto preliminare (art. 7) che proclamava, in termini generali, che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto»²⁹. Ad una norma di carattere generale il legislatore del '42 ha, pertanto, preferito norme specifiche che consentissero di sanzionare l'abuso in relazione a particolari categorie di diritti³⁰ e anche disposizioni di maggiore ampiezza, considerate valide per intere categorie di diritti contenute nell'art. 833 che, pur relativo al diritto di proprietà, è stato utilizzato come norma di repressione dell'abuso dei diritti reali in genere. Sono stati, però, soprattutto gli artt. 1175 e 1375 che, attraverso la clausola della buona fede, hanno consentito in tempi recenti alla giurisprudenza di sanzionare, in termini di illecito contrattuale, l'abuso di diritti relativi o di credito³¹.

²⁸ Salv. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 166; F. GALGANO, *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, Padova, 2006, 355.

²⁹ In questo modo il codice italiano si poneva in contrasto con la legislazione di altri ordinamenti, in particolare tedesco e svizzero, contenenti, per contro, una norma repressiva dell'abuso del diritto. Il modello tedesco reca, infatti, la regola, frutto di generalizzazione dell'antico divieto di atti di emulazione, secondo la quale «l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri»; l'art. 2 del codice civile svizzero ha adottato la più ampia formulazione secondo la quale «il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla l.».

³⁰ a) L'espressa indicazione di fattispecie abusive (art. 330, relativo all'abuso della potestà genitoriale; art. 1015, relativo all'abuso del diritto di usufrutto; art. 2793, relativo all'abuso della cosa da parte del creditore pignoratizio); b) disposizioni sanzionatrici di alcuni atti, la cui ratio è ravvisabile nella esigenza di repressione di un abuso del diritto (art. 1059, comma 2, che impone al comproprietario, che – agendo *ex se* – ha concesso una servitù, di non impedire l'esercizio di tale diritto; art. 1993, comma 2, c.c., cui vanno aggiunti gli artt. 21 l. camb. e 65 l. ass.).

³¹ Sono state individuate soluzioni anche in fattispecie di recesso *ad nutum*, di apertura di credito a tempo indeterminato, di contratto di fornitura, di abuso di maggioranza nelle assemblee di società di capitali, di pretesa esecutiva del creditore consistente nel frazionamento del credito. Osserva C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2015, 5 che «Si tratterebbe, in altre parole, di una tecnica di “governo giudiziario della discrezionalità contrattuale”, praticata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione fin dagli anni novanta, secondo una linea di tendenza che, anche con riferimento ai contratti le cui parti hanno pari

In dottrina si è riscontrato un animato dibattito circa la questione se le norme citate (artt. 1175 e 1375 c.c.) possano considerarsi specificazioni generali di un principio più generale, quello appunto dell'abuso del diritto, insito ed immanente all'ordinamento (e per questo non codificato), o se piuttosto siano settoriali e circoscritte, quasi un'eccezione alla regola generale per la quale l'esercizio del diritto è sempre legittimo (in ossequio al brocardo «*qui iure suo utitur neminem laedit*») e non può, quindi, essere fonte di responsabilità.

Deve essere comunque chiaro che sul tema dell'abuso si perviene a soluzioni opposte a seconda che si privilegi l'esigenza di certezza del diritto, ovvero l'esigenza di adeguare il dato positivo ai valori emergenti nella coscienza collettiva (e, tra questi, al principio di solidarietà sociale – art. 2 Cost. – e della funzione sociale della proprietà – art. 41 Cost.).

«Lo scopo» – è stato osservato – «è sempre stato di sindacare l'esercizio di prerogative riconosciute o attribuite a individui o a gruppi per scongiurare che esso»³² «possa essere immorale o irragionevole o anormale o asociale o contrario alla verità»³³.

802

Probabilmente anche per quest'ultimo motivo il nostro legislatore fallimentare, proiettato verso un'ampia liberalizzazione degli strumenti concorsuali è rimasto silente sul punto. È stata, però, l'estrema libertà concessa alle imprese nella regolazione della crisi a sollecitare l'adozione del metro dell'abuso.

L'approdo nell'area concorsuale è avvenuta quando la giurisprudenza ha affrontato il tema dei limiti al diritto del creditore di chiedere il fallimento del proprio debitore³⁴.

forza contrattuale, si orienta verso la verifica dell'equilibrio contrattuale e della sua permanenza nel tempo e si manifesta attraverso l'uso sempre più pervasivo delle clausole generali».

³² F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 491.

³³ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 43 concludendo che «Nei suoi limiti e nella sua vocazione, la dottrina dell'abuso finisce allora col testimoniare l'antica miseria del diritto e la pena del giurista che cerca di riscattarla».

³⁴ Cass. 4 settembre 2009, n. 19214 (Est. Piccininni), in *Fall.*, 2010, 427, che esaminava un presunto abuso della Banca creditrice (che vantava un'ipoteca sul patrimonio dei referenti della holding cui faceva capo la debitrice) nel richiedere il fallimento della sua debitrice. Sul punto cfr. anche R. AMATORE, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, cit., 80 il quale rinviene un comportamento abusivo del creditore anche quando aziona la richiesta del fallimento al limitato fine di ottenere il pagamento di un credito. In giurisprudenza si segnala inoltre Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *www.diritto.it*, in una fattispecie di

La Cassazione, nel 2009³⁵, cogliendo l'occasione per ribadire che la riforma «per quanto abbia accentuato i profili negoziali e privatistici della procedura, non ha eliminato gli aspetti pubblicistici», statuì che «il limite all'esercizio di un diritto soggettivo (nel caso il diritto di chiedere il fallimento da parte del creditore garantito su patrimonio di terzi) costituito dal dovere di non abusarne è ravvisabile quando l'iniziativa privata sia esclusivo frutto di intento emulativo o di un approfittamento derivante da una posizione di supremazia». Più in generale si ha abuso «quando l'esercizio di un diritto nel caso concreto finisce per disattendere la finalità che ne giustifica l'attribuzione»³⁶.

Passando alla materia concordataria, il divieto dell'abuso del diritto ha fatto la sua prima comparsa nell'ambito del concordato fallimentare. La giurisprudenza di legittimità, con il plauso di consistente parte della dottrina³⁷, ha rigorosamente delimitato l'utilizzo del concordato da parte del

frazionamento del credito in plurime richieste giudiziali. Il frazionamento giudiziale (contenziale o sequenziale) di un credito unitario è stato riconosciuto contrario alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e si risolve in abuso del processo (ostativo all'esame della domanda). Così procedendo le S.U. hanno sovvertito il principio affermato dalla precedente Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2002, 37, secondo cui «in assenza di espresse disposizioni, o di principi generali desumibili da una interpretazione sistematica, deve riconoscersi al creditore di una determinata somma, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, la facoltà di chiedere giudizialmente, anche in via monitoria, un adempimento parziale, in correlazione con la facoltà di accettarlo, attribuitagli dall'art. 1181 c.c., con riserva di azione per il residuo, trattandosi di un potere che risponde ad un interesse meritevole di tutela del creditore stesso senza sacrificare in alcun modo il diritto del debitore alla difesa delle proprie ragioni». È evidente che nella pronuncia più recente, a differenza di ciò che avveniva precedentemente, le Sezioni Unite si sono mosse nel solco della lettura costituzionale delle norme civilistiche che debbono allora essere completate alla luce del principio solidaristico espresso nell'art. 2 Cost.

³⁵ Cass. 4 settembre 2009, n. 19214 (Est. Piccininni), cit.

³⁶ Così in motivazione App. Milano, 21 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, la cui massima così suona: «Un atto di esercizio del diritto può definirsi abusivo se il titolare: *i*) ha intenzionalmente creato un danno ad altri facendosi schermo dell'apparente legittimità, offerta dal diritto, della propria condotta; *ii*) nella valutazione del calcolo economico ha peggiorato la situazione di un altro soggetto senza sostanzialmente migliorare la propria; *iii*) ha esercitato il diritto deviando dalla sua funzione tipica, dalla sua ragion d'essere, dai principi dell'ordinamento».

³⁷ «L'orientamento dominante ammette la configurabilità dell'abuso quale principio giuridico di carattere generale (*sub specie* di "abuso del diritto"), ravvisabile quando vi sia una irragionevole od enorme sproporzione, in danno del fallito, fra il soddisfacimento offerto ai creditori col concordato ed il patrimonio dell'insolvente stesso, vieppiù se confrontato con il risultato conseguibile attraverso la liquidazione fallimentare o anche con l'espropriazione forzata individuale. Sicché il proponente "abuserebbe" del potere concessogli dalla legge di

terzo/creditore, ritenendolo non armonico con il fine assegnato a questa procedura ³⁸ in quanto «l'ordinamento offre tutela a chi ricorre a tali strumenti nei limiti in cui essi sono poi impiegati in coerenza con il fine per cui sono stati istituiti, senza in particolare procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente» ³⁹.

Il tema è stato poi ripreso e approfondito, sempre con riferimento al concordato fallimentare, per dirimere la controversia sorta tra i due proponenti dei quali uno era lo stesso fallito che si era visto rifiutare dai creditori la proposta, conveniente quanto quella del terzo che invece veniva preferito ⁴⁰.

In tal caso il ricorso alla categoria dell'abuso del diritto è stato funzionale «al riequilibrio fra contestuali e potenziali vicende di contrapposti diritti esercitati da soggetti in conflitto (in questo caso debitore e terzo proponente), mostrando di selezionare quale compatibile con un'accettabile ragione redistributiva di tipo patrimoniale solo quel diritto che non produca un sacrificio eccedente lo scopo utilitaristico che l'istituto persegue, cioè il soddisfacimento dei creditori» ⁴¹.

Qui il grimaldello dell'abuso consente alla Corte di legittimità di operare, sia pure in sede di opposizione all'omologa, un penetrante controllo di conformità alle norme imperative e costituzionali per poter valutare l'adeguatezza della fattispecie all'ordinamento giuridico.

Anzi ritornando sempre sulla fattispecie della concorrenza tra le diverse proposte, la Cassazione ha aggiunto che – per impedire «la rottura dell'equilibrio tra l'interesse generale al pagamento dei creditori del fallimento e l'interesse del ricorrente al rispetto dei suoi beni» in misura

regolare i propri interessi con lo strumento del concordato (vincolante per tutti i creditori), utilizzandolo per scopi ulteriori e, secondo taluni, illegittimi o comunque non "autorizzati" dalla norma positiva (nella specie gli artt. 124-129 l. fall.); con ciò procurando al debitore un sacrificio eccessivo e non giustificato dalla ratio legislativa» (L.A. BOTTAI, *Il concordato con pregiudizio del fallito: è abuso del diritto?*, in *Fall.*, 1/2012, 51).

³⁸ Che è quello agevolare la soluzione anticipata della crisi d'impresa mediante una soluzione che tuteli i diritti di tutti i creditori con le modalità approvate dalla maggioranza, senza arrecare al fallito un pregiudizio non necessario.

³⁹ Cass. 29 luglio 2011, n. 16738, in *Foro it.*, 2011, I, 2983.

⁴⁰ Cass. 12 febbraio 2010, n. 3327, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2742.

⁴¹ M. FERRO, *L'abuso del concordato preventivo*, in G. MINUTOLI (a cura di), *Crisi di impresa ed economia criminale*, Milano, 2011, 206.

sproporzionata rispetto alle obbligazioni contratte – il controllo del giudice deve essere ispirato ai principi e alle norme che disciplinano il processo di esecuzione forzata individuale o collettiva, senza dimenticare l'insegnamento della giurisprudenza CEDU in tema di limiti allo spopolamento del fallito ⁴².

Sicuramente fino ad oggi è stato, però, il concordato preventivo, anche nella sua versione prenotativa, a indurre più frequentemente la giurisprudenza a ricorrere all'abuso del diritto per limitare l'autonomia negoziale. Come fu scritto all'indomani della Riforma del 2006: «il superamento di una visione delle procedure come mera esecuzione apre spazi a possibili abusi nella forma di ricorsi strumentali ad estorcere concessioni ai creditori» ⁴³.

5. - Un contratto per la crisi d'impresa: possibile utilizzo del metro valutativo dell'abuso.

Una volta individuato l'accordo tra le parti quale nucleo portante del concordato preventivo – sul quale comunque dovrà essere apposto il sigillo dell'omologazione giudiziale – è divenuto naturale ricorrere, nell'esame della fattibilità giuridica, al principio cardine che presiede alla verifica dello status negoziale: quello di buona fede ⁴⁴. Trattandosi di un accordo che esplica

⁴² Cass. 22 marzo 2010, n. 6904, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2742. Secondo l'insegnamento della giurisprudenza CEDU se è vero che il divieto per il fallito di amministrare i suoi beni e di disporne ha lo scopo di soddisfare i creditori del fallimento e l'ingerenza in questione persegue quindi uno scopo legittimo e conforme all'interesse generale, ossia la tutela dei diritti altrui, nondimeno «la misura dell'ingerenza deve assicurare un "giusto equilibrio" tra gli imperativi dell'interesse generale e quelli della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo», imponendo l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione EDU (e, prima ancora, l'art. 2740 c.c. letto in correlazione con l'art. 42 Cost.: n.d.r.), l'esistenza di «un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito», pur dovendosi riconoscere al legislatore «un ampio margine di valutazione sia per scegliere le modalità di attuazione che per valutare se le conseguenze trovino giustificazione nell'interesse generale per il raggiungimento dell'obiettivo della legge in questione» (sentenza *Chasagnou e altri c. Francia GC*, n. 25088/94, 28331/95 e 28443/95, par. 75, CEDU 1999-3^A, e *Immobiliare Saffi c. Italia*, par. 49; Corte eur. dir. uomo, 12 giugno 2007, Seconda Sezione, *Gallucci c. Italia*, ricorso n. 10756/02).

⁴³ In tal senso M. BELCREDI, *Le soluzioni concordate nella riforma delle procedure concorsuali. Progetto Concorrenza di Confindustria*, coordinato da I. Cipolletta, S. Micossi, G. Nardozi, Assonime, Roma, 2006, 7.

⁴⁴ I limiti all'autonomia privata, invece, sono ben ravvisabili nel modello ispiratore delle recenti riforme: nel Chapter 11 del Bankruptcy Code statunitense sono frequenti i richiami alla buona fede dei vari soggetti coinvolti e alla ragionevolezza equitativa delle soluzioni

i suoi effetti – tal quali sono stati sanciti dal proponente ed accolti dagli aderenti – non soltanto tra le parti ma anche tra coloro che non manifestarono il loro assenso, il principio di buona fede è assunto quale metro valutativo della condotta negoziale dei primi rispetto ai secondi.

«In questa prospettiva, il principio di buona fede è divenuto, quindi, strumento equitativo che consente al giudice di sindacare il contenuto del contratto, intervenendo qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto»⁴⁵.

In sostanza la giurisprudenza, muovendo dalla convinzione che è il giudice ad attribuire all'accordo concordatario la forza di legge (tipica del contratto), ritiene indispensabile che esso sia conforme alla regola principe della buona fede⁴⁶ e, quindi, che non sia abusivo. Dovremmo, a mio avviso, trovarci di fronte a fattispecie non regolate dalla legge del concordato (né *ex art.* 173, né *ex art.* 180 l. fall.) ma la cui contrarietà alla legge è ricavabile da altri principi fondanti dell'ordinamento. Ciò accadrebbe quando il ricorso allo strumento concordatario avvenga non (o non soltanto) per comporre la crisi dell'impresa ma anche per perseguire ulteriori

adottate. Il piano può essere approvato solo se è stato proposto in buona fede e può essere confermato dalla corte solo se regolamenta in modo equo i diritti dei creditori. Si vedano, ad es., nel § 1129, i continui richiami alla *good faith*, alla *fairness*, alla *equity*, alla *reasonableness*. Fiducia, buona fede, ragionevolezza equitativa costituiscono, dunque, nel *Bankruptcy Code statunitense*, i parametri del potere esercitato dall'autorità giudiziaria quando conferma il piano. L'*Insolvenzordnung* prevede a sua volta, accanto al divieto di ostruzionismo delle minoranze in danno della maggioranza, anche la tutela delle minoranze da abusi a loro danno. I principi della buona fede e dell'abuso del diritto trovano cittadinanza anche nel nostro ordinamento e sono applicati proprio in ambito privatistico, dove è costantemente affermato che l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione «è ormai pacifica» (Cass. 31 maggio 2010, n. 13208, in *Giur. it.*, 2011, 794, con nota di P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*; Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85; Cass. 8 aprile 2009, n. 8481, in *Riv. dir. trib.*, 2009, II, 650; Cass. 20 marzo 2009, n. 6800 (ined.); Cass. 17 ottobre 2008, n. 29776, in *Giur. comm.*, 2009, II, 652; Cass. 4 giugno 2008, n. 14759, in *Dir. e giur. agr. alim. amb.*, 2009, 39; Cass. 11 maggio 2007, n. 10838, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5).

⁴⁵ S. GIANI, *Orientamenti (e disorientamenti) della cassazione in tema di concordato preventivo la cognizione del tribunale in sede di omologa del concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it.

⁴⁶ Il limite e contrappeso all'autonomia negoziale è dunque rappresentato dal principio di buona fede che, *a fortiori*, deve trovare applicazione nelle procedure concorsuali, dove sono molteplici i soggetti coinvolti e gli interessi da tutelare (Trib. Milano, 7 luglio 2011, in www.ilcaso.it; Trib. Monza, 5 luglio 2011, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 19 luglio 2011, in www.ilfallimentarista.it).

utilità non previste dalla legge causando nel contempo «uno sproporzionato e ingiusto sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti»⁴⁷. Possiamo fare l'esempio di una proposta concordataria, pattuita tra debitore e alcuni principali fornitori portatori della maggioranza dei crediti, che sortirebbe l'effetto, vista l'esiguità dell'offerta di soddisfacimento, di far uscire dal mercato i fornitori più piccoli. In tal caso il giudice indagherebbe solo indirettamente sulla convenienza della proposta, perché la valutazione avrebbe ad oggetto le norme sulla concorrenza.

Altri discussi casi nei quali la giurisprudenza ha talvolta individuato fattispecie di abuso del concordato sono: 1) quello della presentazione di una domanda di preconcordato dopo la rinuncia ad una domanda di concordato preventivo piena⁴⁸; 2) quello della presentazione di una domanda di concordato piena nel corso dell'istruttoria prefallimentare conseguente alla rinuncia alla domanda di preconcordato⁴⁹; 3) quello della presentazione di una domanda di concordato dopo che l'iter del preconcordato non si è esaurito con l'omologazione del concordato pieno; 4) quello della presentazione di una domanda di preconcordato in seguito alla mancata approvazione da parte dei creditori⁵⁰ o al diniego di omologazione di un precedente concordato pieno (che non era stato preceduto da un concordato in bianco); 5) quello della presentazione di una domanda di concordato pieno dopo che sono decorsi i termini di un preconcordato senza che questo sia sfociato nella presentazione della proposta e del piano.

⁴⁷ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85. Su questa linea in dottrina C. SALVI, *Abuso del diritto*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. I, t. I, Roma, 1988, 5 ss.

⁴⁸ Trib. Milano, 24 ottobre 2012, in www.ilfallimentarista.it, in una fattispecie di domanda di preconcordato presentata in seguito al ritiro della domanda concordataria, ha negato la concessione dei termini ritenendo che la relativa domanda concretizzasse un abuso del diritto; App. Milano, 21 febbraio 2013, in *Giur. comm.*, 2013, II, 469 ss.; Trib. Messina, 30 gennaio 2013, in www.ilfallimentarista.it. Nella fattispecie la debitrice aveva presentato una domanda di preconcordato in seguito al mancato raggiungimento delle maggioranze nella votazione del concordato; Trib. Parma, 2 ottobre 2012, in www.ilfallimentarista.it.

⁴⁹ Sul riconoscimento della facoltà del debitore di rinunciare a una domanda concordataria, anche preventiva, sui termini entro i quali presentarla e sulle modalità si rinvia a S. AMBROSINI-M. AJELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it.

⁵⁰ Trib. Messina, 30 gennaio 2013, in www.ilfallimentarista.it, con nota adesiva di M.A. Russo, *Concordato preventivo: uso distorto dello strumento di composizione della crisi d'impresa*.

È necessario segnalare che nel secondo caso (domanda di concordato piena dopo la rinuncia ai termini concessi dal tribunale ai sensi dell'art. 161, comma 8, l. fall.) l'inammissibilità della domanda concordataria legata magari alla carenza informativa, ma motivata sulla base di un presunto abuso del diritto (*melius* del processo), appare come una superfetazione⁵¹ avendo potuto i giudici dichiarare l'inammissibilità della domanda piena di concordato in seguito alla verifica dell'incompletezza della documentazione allegata, senza dover fare ricorso all'istituto dell'abuso del diritto⁵². La fattispecie dovrà comunque fare i conti con l'eventuale presenza di ricorsi per il fallimento e con la problematica, recentemente definita dalle Sezioni Unite della Corte Suprema, dei rapporti tra la procedura fallimentare e quella concordataria⁵³.

Per quanto riguarda, invece, i casi 3), 4) e 5) siamo spesso dinanzi ad interpretazioni in contrasto con la lettera dell'art. 161, comma 9 (secondo cui «La domanda di cui al sesto comma è inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti»)⁵⁴ oltre che con lo spirito dell'intera Riforma.

A giudizio di chi scrive la Riforma presenta una disciplina ispirata nettamente al *favor concordati*. I casi in cui la domanda concordataria deve

⁵¹ Trib. Roma, 17 luglio 2014, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Asti, 10 marzo 2014, *ivi*. In dottrina F. LAMANNA, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, in www.ilfallimentarista.it, 13 novembre 2013, 17.

⁵² F. MACRÌ, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, in *Fall.*, 2014, 13.

⁵³ Sul tema del rapporto tra domanda di concordato/preconcordato ed istanza di fallimento si cfr. Cass. 8 febbraio 2011, n. 3059, in www.ilfallimentarista.it; Cass. 5 giugno 2009, n. 12986, *ivi*; Cass. 14 gennaio 2015, n. 495, *ivi*; Cass., sez. un., 15 maggio 2015, n. 9935, *ivi*; Cass. 24 ottobre 2012, n. 18190, *ivi*; Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, *ivi*. In dottrina: M. FABIANI, *Un chiarimento sui rapporti fra procedimento per dichiarazione di fallimento e per l'ammissione al concordato*, in *Fall.*, 2014, 648 ss.; I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, in *Fall.*, 2013, 1081 ss.; M. FERRO, *La dichiarazione di fallimento e l'ammissione ai concordati (ordinario e con riserva)*, in *Fall.*, 2013, 1090 ss.; G. FARINA, *Il deposito di istanza di concordato preventivo non dà luogo a sospensione dell'istruttoria prefallimentare*, in *Dir. fall.*, 2011, II, 465 ss.; F. DE SANTIS, *Ancora sui rapporti tra istruttoria prefallimentare e procedura concordataria di soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2011, 1205 ss. Per ulteriori citazioni ed approfondimenti v. *infra* nota 53.

⁵⁴ In dottrina nel senso della giurisprudenza cfr. in particolare F. LAMANNA, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato*, cit., e *Id.*, *Possibilità di consecutio solo unidirezionale tra pre-concordato e concordato. Profili di abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it, 6 febbraio 2013.

essere dichiarata inammissibile così come quelli nei quali si impone l'interruzione del concordato sono individuati dalla legge. Oltre a queste ipotesi dovrà essere tenuto in conto – alla luce delle recenti pronunce delle Sezioni Unite – il rapporto tra istruttoria prefallimentare e domanda concordataria ⁵⁵, in modo anche da ridurre le ipotesi nelle quali il giudice potrà ricorrere alla nozione di abuso del diritto.

⁵⁵ Il nuovo testo dell'art. 160 l. fall. non riproduce l'inciso, presente nella disposizione del 1942, «fino a che il suo fallimento non è dichiarato» quale momento oltre il quale la domanda di concordato preventivo non poteva essere presentata. L'inciso aveva una sua portata non solo perché era inserito in una procedura minore fondata sullo stesso presupposto oggettivo del fallimento, ma anche perché la procedura concordataria era inserita in un sistema concorsuale "progressivo". Ciò aveva generato un orientamento giurisprudenziale e dottrinale favorevole alla improcedibilità delle istanze di fallimento fino alla decisione della domanda di concordato preventivo (cfr. per tutte Cass. 28 agosto 1997, n. 8152, in *Riv. dir. fall.*, 1998, II, 654; in dottrina A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1979, 29). Successivamente alla riforma sono emersi diversi orientamenti. Tra questi un orientamento giurisprudenziale contrario all'improcedibilità delle istanze di fallimento pendenti, propendendo invece per la sospensione della trattazione delle istanze di fallimento fino all'esito del procedimento di concordato preventivo (App. Torino, 17 luglio 2008, in *Fall.*, 2009, 53 e App. Milano 29 giugno 2011, in www.ilcaso.it, condiviso in dottrina da P. GENOVIVA, *Rigetto della proposta di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: questioni di diritto processuale e transitorio*, in *Fall.*, 2009, 63. *Contra* M. VACCHIANO, *Revoca e modifica della proposta di concordato preventivo*, *ivi*, 2011, 79). Tale orientamento non è andato esente da critiche per la mancanza di un legame di pregiudizialità o di dipendenza in senso tecnico tra i due giudizi. La dottrina ha reagito sostenendo che – non ricorrendo né alla dichiarazione di improcedibilità, né al differimento del procedimento prefallimentare – il tribunale stesso potrebbe valutare la ricorrenza delle ragioni di opportunità per il differimento dell'udienza (F. DE SANTIS, *Legittimazione ad agire del Pubblico Ministero per la dichiarazione di fallimento e rapporti con le procedure concorsuali alternative*, in *Fall.*, 2010, 436) o potrebbe optare (quando i due procedimenti siano incardinati presso uno stesso tribunale) per la trattazione congiunta dei due procedimenti (Trib. Milano, 10 novembre 2009, in www.ilcaso.it; Trib. Milano 25 marzo 2010, in *Fall.*, 2011, 92 ss., con note di A. PALUCHOWSKY e F. ROLFI; F. LAMANNA, *Pre-concordato e procedura prefallimentare pendente: il termine minimo e l'oscuro riferimento al decreto di rigetto dell'istanza di fallimento*, in www.ilfallimentarista.it, 20 ottobre 2012; G.B. NARDECCHIA, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, in *Fall.*, 2011, 12, 1453). La questione ha visto all'interno della stessa Suprema Corte orientamenti diversi che si riconducono, in sintesi, al tema della pregiudizialità o meno tra domanda di concordato e quella di fallimento. Secondo Cass. 8 febbraio 2011, n. 3059, in *Fall.*, 2011, 1201, «il predetto rapporto si atteggia come un fenomeno di consequenzialità eventuale del fallimento all'esito negativo della prima procedura e di assorbimento – dei vizi del predetto diniego in motivi di impugnazione della seconda –, che determina una mera esigenza di coordinamento tra i due procedimenti. Pertanto, allorché il debitore sottoposto a procedimento per la dichiarazione di fallimento presenti domanda di ammissione al concordato preventivo, non ricorre alcuna causa di sospensione del primo giudizio, ai sensi dell'art. 295 c.p.c. ed il conseguente regolamento necessario di competenza, proposto ex art. 42 c.p.c. avverso il provvedimento di sospensione, va accolto, con rimessione delle parti al giudice di merito per la prosecuzione». Secondo Cass. 5 giugno 2009, n. 12986, in *Fall.*, 2009, 925 e Cass. 18 settembre 2012, n. 18190, in *Foro it.*, 2013, 1, 1534 «deve escludersi che sussista un rapporto di prevenzione tra procedura di concordato preventivo e procedimento per la dichiarazione di fallimento, tale da precludere

È chiaro che l'impostazione di certa giurisprudenza tesa a leggere la fattispecie attraverso la lente dell'abuso del diritto ci porta a interrogarci sugli effetti che tale pratica può avere sull'attuale sistema concordatario. In definitiva non possiamo non chiederci se, così facendo, non vi sia un ritorno all'analisi di merito.

In verità l'applicazione al concordato preventivo della categoria dell'abuso può destare, in linea generale, qualche perplessità in quanto la presenza di un accordo tra le parti dovrebbe espungerlo *in limine* potendo caso mai riscontrarsi soltanto l'abuso della situazione economica da parte di chi nel contratto detiene più forza e che impone le proprie offerte alla controparte⁵⁶.

Ma forse, a questo punto, è utile dare uno sguardo verso un ordinamento nel quale da tempo si è studiato il tema dell'abuso nel concordato. La letteratura giuridica argentina – a differenza di quella italiana⁵⁷ – è, infatti, da tempo concentrata sul tema dell'abuso negli accordi preventivi⁵⁸.

la dichiarazione di fallimento stesso prima della definizione della procedura di ammissione al concordato preventivo»), le Sezioni Unite, in un primo intervento del 23 gennaio 2013, n. 1521, hanno statuito che «la facoltà per il debitore di proporre una procedura concorsuale alternativa al suo fallimento non rappresenta un fatto impeditivo alla relativa dichiarazione, ma una semplice esplicazione del diritto di difesa del debitore... La conseguenzialità logica delle due procedure non si traduce dunque anche in una conseguenzialità procedimentale, ferma restando la connessione fra l'eventuale decreto di rigetto del ricorso per concordato e la successiva conseguenziale sentenza di fallimento...». La Cassazione a Sezioni Unite nella recente pronuncia del 15 maggio 2015, n. 9935, in *www.ilcaso.it*, ha sancito che durante la pendenza di una procedura di concordato, sia essa in fase di ammissione, di approvazione o di omologazione, non può ammettersi il corso di un autonomo procedimento prefallimentare che si concluda con la dichiarazione di fallimento indipendentemente dal verificarsi di uno degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 l. fall.

⁵⁶ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., 125.

⁵⁷ Sull'argomento soltanto, per quanto mi consta, soltanto E. NORELLI, *La proposta di concordato*, in *www.dirittoprivato.unisi.it*, secondo il quale si ha abuso del diritto «quando vi sia una irragionevole enorme sproporzione fra il soddisfacimento offerto al singolo creditore col concordato ed il patrimonio dell'insolvente, e quindi fra il soddisfacimento offerto e quello conseguibile attraverso la liquidazione fallimentare ovvero l'esecuzione forzata singolare (come, per es., nel caso in cui il valore delle attività cedute col concordato ad un assuntore sorpassi di gran lunga quanto egli si è impegnato a pagare ai creditori). In simile ipotesi il proponente (debitore o altri soggetti legittimati) e i creditori consenzienti «abusano» del potere loro concesso dalla l. di regolare i propri interessi con lo strumento del concordato (vincolante per tutti i creditori, ancorché dissenzienti), concorrendo (l'uno con la proposta, gli altri con il voto favorevole) a formare un concordato, che, se omologato, sacrificerebbe in misura eccessiva e ingiustificata l'interesse del singolo creditore dissenziente, impedendogli di avvalersi degli altri strumenti di tutela esecutiva concorsuale o singolare (fallimento, esecuzione individuale), e così lederebbe il suo diritto di credito».

⁵⁸ Tra i molti studi cfr. D.R. VÍTOLO, *Algo más sobre acuerdos concursales abusivos o en fraude a la ley*, in *Temas de Derecho Concursal*, Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas - Boquín, Buenos Aires, 2006, 367; D.R. VÍTOLO, *Concur-*

6. - Uno sguardo verso un Ordinamento che da tempo ha studiato il tema dell'abuso del diritto nel concordato.

Premetto una differenza esistente tra i due argomenti relativamente ai poteri del giudice. Mentre nell'Ordinamento Argentino in assenza di opposizioni o di rigetto delle stesse il giudice (letteralmente) «deve omologare» il concordato, nel nostro Ordinamento la legge, omettendo l'uso del «deve» e accennando agli ambiti della verifica giudiziale («verificata la ritualità e l'esito della votazione»), senza tuttavia riempirli di contenuto, lascia spazio per un intervento più penetrante sulla causa del concordato. In Argentina è espressamente statuito – dopo il «deve» – che «in nessun caso il giudice omologherà una proposta abusiva o in frode alla legge».

Nonostante la presenza di una norma letteralmente più *tranchant* della nostra, si ritiene che essa non restringa minimamente il potere giurisdizionale del magistrato che conserva i suoi poteri per negare l'omologazione al concordato qualora alteri gli elementi strutturali dell'atto giuridico (concordato abusivo o in frode). Osservo però che la legge argentina non dice quando l'accordo si deve considerare abusivo o in frode. Ricordo che la nostra legge, al contrario, enuclea, nell'art. 173 l. fall., una serie di atti in frode.

Muovendo dal principio che il controllo di legalità sostanziale o intrinseca è riservato al magistrato come fondamento dell'esercizio pieno della funzione giurisdizionale e che il comma 4 dell'art. 52 della Ley concursal argentina ha imposto con carattere generico riferendosi all'abuso e alla frode, la giurisprudenza e la dottrina argentine si sono chieste se il consenso maggioritario espresso dai creditori possa costituire un vincolo per il giudice dell'omologa.

sos y Quiebras, Buenos Aires, 2007; Id., in *Elementos del Derecho Concursal*, Buenos Aires, 2007; A.A. DASSO, *El límite mínimo en la propuesta de quita y espera*, *Comentario al fallo «Línea Vanguard SA»*, in *Suplemento de Concursos y Quiebras*, n. 1, 20 dicembre 2001, 18; E.H. RICHARD, *Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley*, in www.acaderc.org.ar; F. JUNYENT BAS, *Análisis de mérito, las facultades homologatorias y el abuso del derecho*, in *La ley*, 2007 - F, 654.

Secondo accreditata dottrina e giurisprudenza⁵⁹ il giudice conserva sempre il potere di realizzare un controllo che trascende quello sulla regolarità formale, in tutte le ipotesi nelle quali l'accordo potrebbe riguardare l'interesse pubblico, tenendo in conto il sistema giuridico nella sua totalità, perché in altro modo il magistrato starebbe rinunciando a ottemperare ai doveri propri della funzione giurisdizionale.

Rientra quindi nei compiti del giudice – atteso che il diritto della crisi non è, secondo questa visione, un'isola nel mare dell'ordinamento – realizzare un controllo non solo di legalità formale ma anche sostanziale. Ciò perché il concordato preventivo è non orientato soltanto verso gli interessi dei creditori. Dire che sono le parti a negoziare la crisi non significa che l'accordo debba perseguire soltanto gli interessi dei partecipanti.

Un concordato (e prima una crisi) si ripercuote nell'ambito dell'attività economica e sociale causando maggiore o minore perturbazione, per cui occorre considerare che la proposta deve essere valutata tenendo in debito conto la sua congruenza con i principi di ordine pubblico, le finalità del concordato – riferita all'idea di conservazione del complesso aziendale e alla protezione del credito – e l'interesse generale.

In sostanza: dal momento che l'omologazione è *condicio sine qua non* per l'esecuzione della soluzione progettata dalle parti, si evince la presenza di un interesse ultra individuale che porta a far riflettere sui confini mobili del controllo del giudice. Se questo controllo è previsto e se sancisce l'eseguibilità o meno dell'accordo privato, significa che il giudice deve esaminare il rispetto (non compressione) di interessi ulteriori.

Su questa linea i giudici argentini – alla ricerca di parametri di razionalità ed equilibrio per giustificare l'omologazione – sono giunti a sanzionare proposte di soddisfacimento irrisorio per i chirografari. I giudici hanno analizzato la correlazione esistente tra la proposta del debitore e la soddisfazione dei creditori che, sebbene in considerazione della situazione di insolvenza implichi una socializzazione delle perdite, richiede tuttavia ciò che viene definito sforzo condiviso tra il debitore e i suoi creditori.

I giudici argentini iniziarono ad approfondire la possibilità di individuare

⁵⁹ Cfr. le citazioni di dottrina alla nota 58. Per le citazioni di giurisprudenza si rinvia agli scritti degli Autori citati.

alcuni parametri per predicare l'esistenza dell'abuso del diritto ritenendo che si tratti di una clausola onnicomprensiva e vaga, uno standard che può applicarsi caso per caso e solo davanti a circostanze particolari. Il giudice deve decidere secondo un valore sociale medio tenendo in conto la circostanza di tempo e luogo.

Essi, così, fanno leva su: *a*) la portata del valore attuale della proposta; *b*) la prova del massimo sforzo; *c*) il parametro della conservazione dell'impresa come fonte di produzione e di lavoro e *d*) l'equilibrio tra i diversi interessi. Ne consegue che non è sufficiente il raggiungimento della maggioranza per ottenere l'omologazione quando la proposta pregiudichi gli interessi che soggiacciono alla finalità del concordato e che devono essere ponderati in concreto.

Questa prospettiva, che la giurisprudenza argentina ha denominato "prova del massimo sforzo" tra la capacità del debitore di far fronte al passivo e il sacrificio dei creditori, permette di valutare la "naturale solidarietà nelle perdite", – come già Satta diceva a proposito del concordato preventivo – e che oggi viene chiamata "sforzo condiviso".

Ma questo è per i teorici Argentini un ritorno al controllo di merito del tribunale? Risponde Francisco Junyent Bas che: «Sin dudas, la realidad es más fuerte que las "proposiciones lógicas" y que cualquier "conceptualismo" o "dogmatismo", o para decirlo parafraseando a Robert Alexy⁶⁰ del Derecho es mucho más que un conjunto de normas, hay un "prius estimativo" siempre presente en la sentencia, tal como lo enseñara Ronald Dworkin»⁶¹.

Ciò vuol significare, che il giudice si cimenta in una interpretazione "assiosistemica" per organizzare un riparto equilibrato della "moneta fallimentare" tutelando tutti gli interessi in giuoco.

In questo modo, i giudici, per esercitare "il buon diritto", sono dovuti tornare a svolgere un'analisi di merito dell'accordo, assicurando che «la naturale solidarietà nelle perdite» implicita nel concordato abbia fondamenti certi e oggettivi nel benessere generale».

È evidente che in Argentina l'utilizzazione nella lettura della proposta

⁶⁰ R. ALEXY, *Derecho y Razón Práctica*, Messico, 1949, 16.

⁶¹ C. RODRÍGUEZ, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, 1997, 43.

concordataria del metro dell'abuso del diritto ha fatto sì che si giungesse a un recupero del controllo del giudice sul merito.

7. - Qualche osservazione conclusiva.

Alla luce della disciplina dell'impresa e della crisi – in una visione proprietaria dell'iniziativa economica – l'imprenditore è incontrastato detentore del diritto di disporre della propria attività economica. Tale diritto permane fino alla emersione dello stato d'insolvenza irreversibile che legittima allora anche altri soggetti a richiedere il suo fallimento.

Così l'imprenditore è libero:

- a) di scegliere tra gli strumenti preventivi di composizione della crisi predisposti dal legislatore del Duemila, quello che ritiene più idoneo allo stato dell'indebitamento e alle esigenze dell'impresa. La disciplina non pone – come invece la precedente – condizioni soggettive di accesso;
- b) di accedere ad uno strumento preventivo fin dai primi segnali, senza dover attendere lo stato d'insolvenza che, in ogni caso, non è di per sé preclusivo della presentazione di una domanda concordataria e senza subire la concorrenza di creditori o terzi;
- c) nel chiedere una protezione durante le trattative, essendo vincolato soltanto dall'aver presentato, nel biennio precedente, un'altra domanda di preconcordato non seguita dalla presentazione del piano e della proposta e avendo soltanto una limitazione temporale (non oltre 60 gg. di protezione) in costanza di un ricorso per il fallimento;
- d) nel confezionare una proposta concordataria per la quale non sono previste né soglie minime di soddisfacimento, né scadenze massime prefissate per il soddisfacimento dei creditori;
- e) nell'alterare la *par condicio creditorum* mediante il classamento secondo medesima posizione giuridica e interessi economici omogenei e senza alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione;
- f) di soddisfare i creditori privilegiati sulla base del valore di mercato del bene oggetto della garanzia;
- g) di progettare un piano concordatario, nel quale trovino armonica coesistenza l'interesse dei creditori con quello dell'imprenditore alla conservazione dell'impresa, proponendo un soddisfacimento legato alle prospet-

tive reddituali della futura attività, resa possibile da nuovi finanziamenti, cessione di beni non strumentali, moratoria dei privilegiati ecc.

Dalle facoltà riconosciute all'imprenditore emerge un atteggiamento legislativo di netto favore per le soluzioni preventive dettato dalla volontà di favorire ogni strumento utile a scongiurare il fallimento contemperando l'interesse dei creditori al soddisfacimento – che rimane comunque il polo di massima attenzione – con quello, a valenza collettiva, di conservare i valori aziendali.

In questa ottica, che ha al centro la separazione dell'imprenditore dall'impresa, diviene comprensibile che sia stata abbandonata l'impostazione beneficiaria delle procedure preventive che poneva in primo piano il requisito di meritevolezza del soggetto, quale garanzia per l'esecuzione della procedura, per approdare ad un modello nel quale si privilegia il ruolo dell'informazione a tutto campo A) prodotta dallo stesso debitore e veicolata ai creditori attraverso il trittico domanda-proposta-piano, insieme alla documentazione sullo stato del passivo e dell'attivo e B) controllata in punto di fattibilità dal professionista attestatore.

Dinanzi alle diverse facoltà rimesse all'imprenditore in nome di un obiettivo da perseguire – conservare valori anziché distruggerli – realizzando, anche per via diversa dal pagamento di somme di denaro, il soddisfacimento dei creditori, viene da chiedersi (sulla scorta di riflessioni avvenute in campo privatistico) se, in linea generale, parlare di abuso del diritto non contenga in sé un'ineliminabile contraddizione logica.

«Se l'abuso – si osserva – si colloca sul terreno dell'esercizio del diritto, per definizione ci si trova di fronte a un comportamento coperto da una qualificazione di conformità al diritto (*qui iure suo utitur neminem laedit*), e dunque appunto non c'è spazio (perché sarebbe, appunto, contraddittorio) per considerare detto comportamento come illecito; per converso, se si afferma che il comportamento "abusivo" è illecito, implicitamente si riconosce (*rectius: si deve riconoscere*) che tale comportamento è andato *al di là* dei limiti del diritto (o, se si vuole: del legittimo esercizio del diritto),

e la formula “abuso del *diritto*” sarebbe utilizzata impropriamente proprio perché si sarebbe comunque fuori dall’ambito (di esercizio) del diritto»⁶². In definitiva dobbiamo costantemente tenere presente che i criteri ermeneutici da applicare sono in ordine quelli incentrati su: 1) la lettera della legge; 2) lo spirito della legge che nel caso del concordato pur volendo al primo posto il soddisfacimento dei creditori, favorisce la prevenzione e la conservazione dei valori; 3) la soluzione interpretativa più idonea a offrire la più elevata tutela degli interessi in giuoco.

Per concludere non si può omettere di ricordare che il XVI considerando della Raccomandazione della Commissione Europea del 14 marzo 2014, dove si fa espresso riferimento al tema dell’abuso ammonendo che: «Occorre evitare rischi di abuso della procedura (...) è necessario che le difficoltà finanziarie del debitore comportino con tutta probabilità l’insolvenza del debitore e che il piano di ristrutturazione sia tale da impedire l’insolvenza e garantire la redditività dell’impresa». Si profilano nuovi controlli? Certamente occorre affrontare tempestivamente la crisi ma ciò non può e non deve legittimare l’adozione di strumenti concorsuali in presenza di meri fantasmi, magari frutto della fantasia perversa dell’imprenditore che, in tal modo, approfitta di uno strumento giuridico (ne abusa) per azzerare debiti di un’impresa neppure in lontano pericolo d’insolvenza.

⁶² G. D’AMICO, *L’abuso della libertà contrattuale: nozioni e rimedi*, in G. D’AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, 50.