

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- Quale modello normativo europeo per l'IA?
- Responsabilità civile: una lunga storia ancora da scrivere
- Abusiva concessione del credito e azione di massa
- Un tema scottante: il reclutamento docenti universitari
- Obbligazione e contratti
Ancora sull'equità correttiva
- Responsabilità
Responsabilità per danno da farmaco
Risarcimento del danno alla persona e tabelle giudiziali al vaglio della Cassazione
- Impresa e società
Illecito *antitrust* e *private enforcement*
Sovraindebitamento e *par condicio* nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza
Orientamenti dell'ACF su valutazione di adeguatezza e appropriatezza

 edicolaprofessionale.com/CI



Wolters Kluwer

SOVRAINDEBITAMENTO E *PAR CONDICIO* NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI DELLE IMPRESE E DELL'INSOLVENZA

SOMMARIO: 1. Il codice della crisi e dell'insolvenza: un'occasione per rimeditare sulla *par condicio*; la *par condicio* nella prospettiva dell'esecuzione forzata del codice di procedura civile – 2. *Bail in* e *par condicio*. – 3. Le disposizioni dettate per la liquidazione giudiziale, il concordato preventivo, il concordato fallimentare e la *par condicio*; la *par condicio* non è un principio, o un valore, superiore e inderogabile, ma una regola organizzativa a servizio dell'attuazione di altri principi e valori modulabile in ossequio di questi ultimi – 4. La funzione della *par condicio* in prospettiva non dogmatica – 5. La recente disciplina dettata dal codice della crisi e dell'insolvenza in tema di sovraindebitamento – 6. La maggiore duttilità della regola organizzativa della *par condicio* nell'ambito del sovraindebitamento per una maggiore attuazione dei valori personalistici immanenti in questa procedura – 7. Considerazioni conclusive.

1. – Il d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 pubblicato nella G.U. del 14 febbraio 2019 sarebbe entrato in vigore decorsi 18 mesi da questa data come previsto dall'art. 389, mandando in pensione le norme del R.D. 16 marzo 1942 n. 267 (la c.d. legge fallimentare) ⁽¹⁾; dopo un primo slittamento al 15 febbraio 2021 e poi, per effetto dell'art. 5, d.lgs. 8 aprile 2020, n. 23 al 1° settembre 2021, l'art. 2, d.l. 24 agosto 2021 n. 118 ne ha (per il momento) fissato l'entrata in vigore il 16 maggio 2022.

L'analisi di alcune norme del nuovo impianto normativo noto come codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (cod. crisi), in particolare quelle in materia di sovraindebitamento, ma anche altre disposizioni relative a procedure che hanno la finalità di regolare l'ordine dei creditori, fornisce l'occasione per valutare collegamenti e riflessi di queste norme con regole e principi già esistenti; in particolare, visto il campo d'azione delle norme del codice della crisi, con i principi riflessi negli artt. 2740 e 2741 c.c., pilastri della responsabilità patrimoniale in base ai quali il de-

⁽¹⁾ «Dunque ci siamo, abbiamo un nuovo codice: nella G.U. 14 febbraio 2019 è stato pubblicato il d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, recante il Codice della crisi e dell'insolvenza»: così esordisce RODORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019, p. 129.

bitore risponde con tutti i suoi beni, presenti e futuri, sui quali ciascun creditore ha diritto di essere soddisfatto senza preferenze, fatti salvi i titolari di prelazione.

Si potrebbe allora pensare che la parità di trattamento dei creditori, la c.d. *par condicio*, sia un principio generale limitato dalla sola eccezione delle cause legittime di prelazione di cui lo stesso art. 2741 c.c. fa menzione.

Da tempo, però, la dottrina medita se la parità di trattamento sia un principio, viste le tante eccezioni, non solo quelle di cui all'art. 2741 c.c., tanto da arrivare a metterne in dubbio l'esistenza.

Inconsapevolmente la nuova disciplina dettata dal codice della crisi e quella in esso contenuta sul sovraindebitamento si inserisce in questo dibattito, offrendo una nuova occasione per verificare se la *par condicio* imponga sempre, salve le specifiche eccezioni previste in modo espresso dalla legge, che tutti i creditori debbano esser trattati allo stesso modo, oppure se la parità di trattamento dei creditori sia ormai anch'essa in crisi e sovrastimata, derubricata da principio a regola organizzativa.

Contro l'idea che la *par condicio* operi sempre in modo assoluto e che tutti i creditori vanno trattati allo stesso modo va in primo luogo constatato che a tal fine non è sufficiente la presenza di una pluralità di creditori ma è necessario che questo gruppo ⁽²⁾ agisca secondo le regole di uno dei concorsi previsti della legge.

In assenza di uno di questi concorsi ⁽³⁾, il debitore è libero di scegliere, tra i molti creditori, quello da pagare in modo integrale, anche in caso di risorse insufficienti per tutti, e quindi a discapito di alcuni, non pagati o parzialmente pretermessi sulla base di scelte discrezionali del debitore che tuttavia non possono essere censurate. Le ragioni del creditore preferito rispetto agli altri non possono essere del resto neppure contestate: l'art. 2901, comma 3, c.c. prevede, invero, che non è revocabile ⁽⁴⁾ il pagamento di un debito scaduto ⁽⁵⁾. In presenza di una pluralità

⁽²⁾ BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Comm. al cod. civ.* Schlesinger, Milano, 1991, p. 32, rileva che, ai fini del concorso, è necessario che i creditori costituiscono un «gruppo».

⁽³⁾ Analizza, difatti, il rapporto tra *par condicio* e procedura concorsuali BARBIERA, *op. cit.*, p. 32 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. NICOLÒ, *Del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, in *Comm. al cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1962, p. 18.

⁽⁵⁾ Nota lucidamente SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 322, che alla luce di questa norma «nessuna misura ripristinatoria può essere accordata ove il debitore preferisca adempiere un debito più recente in luogo di quello più remoto ovvero soddisfare il creditore meno garantito in

di creditori non muniti di un titolo di prelazione senza che nessuno di loro abbia attivato una procedura volta alla liquidazione di tutto o parte del patrimonio del debitore, quest'ultimo è libero di scegliere di trattare in modo diverso (*e a suo piacimento*) i vari creditori chirografi ⁽⁶⁾, i quali, anche in caso di pretermissione di uno o alcuni di loro, non hanno mezzi e azioni che gli consentono di rivolgersi contro chi invece ha ricevuto soddisfazione patrimoniale piena col pagamento effettuato dal debitore, per cui «ciascun creditore ha tanto poco un “eguale diritto” (rispetto agli altri creditori) all’adempimento da parte del debitore, da potersi ritrovare senza rimedi di sorta (salva, come si è già detto, nei confronti dei debitori *fallibili*, l’istanza di apertura di una procedura concorsuale)» ⁽⁷⁾.

Del resto la sanzione penale prevista per la bancarotta preferenziale di cui all’art. 216 l. fall. (e ora regolata dall’art. 322, comma 2, c. crisi) opera soltanto durante, o comunque in connessione con il fallimento, o – dopo l’entrata in vigore del codice della crisi – durante o in connessione con la procedura che sostituirà quella del fallimento denominata liquidazione giudiziale regolata dagli articoli 121 e seguenti del codice della crisi.

Insomma una chiara ipotesi di disparità di trattamento.

Le cose cambiano, anche se in modo parziale, qualora venga attivato uno dei concorsi previsti dalla legge per liquidare parzialmente o integralmente il patrimonio del debitore, del resto «nessuno si è mai sognato di prospettare la *par condicio creditorum* come un principio rilevante nella fase degli adempimenti *spontanei* che il debitore compie di sua iniziativa: il campo di applicazione del principio è sempre stato ravvisato nell’ambito delle procedure *esecutive*, come, del resto, è reso palese dalla stessa lettera dell’art. 2741, comma 1, c.c., che non per niente non parla genericamente di un (eguale) diritto di “essere soddisfatti *sui beni del debitore*”, con esplicito riferimento, quindi, all’azione esecutiva con cui viene realizzata la “responsabilità patrimoniale” (art. 2740 c.c.) dell’obbligato resosi inadempiente» ⁽⁸⁾.

luogo di quello più garantito, e via dicendo», e ciò sia qualora il debitore fosse capiente, sia per l’ipotesi opposta.

⁽⁶⁾ ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1985, p. 408, avverte infatti che il debitore è «sovrano nello stabilire quali debiti (esigibili) adempiere e quali no; quali adempiere prima, e quali dopo; egli potrebbe, al limite, destinare l’intero suo patrimonio alla soddisfazione di uno o di alcuni dei suoi creditori, lasciando gli altri del tutto incapienti».

⁽⁷⁾ Così SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 323.

⁽⁸⁾ Così SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 323.

In questo scenario, l'ipotesi più semplice è quella della procedura esecutiva per espropriazione forzata attivata da un solo creditore; la partecipazione a questa procedura non è infatti riservata al solo creditore che ha assunto l'iniziativa; alla procedura, dopo il suo avvio, possono (si badi, non debbono) prendere parte anche gli altri creditori. L'intento della legge è dunque quello di consentire che tutti ⁽⁹⁾ i creditori si possano soddisfare sui beni del debitore; per questa ragione il bene o i beni del debitore saranno liquidati e il ricavato sarà distribuito fra tutti i creditori che hanno partecipato al processo.

Le norme del codice di procedura civile prevedono infatti che: (i) uno o più creditori possono intervenire nel procedimento attivato da altro creditore (art. 499 c.p.c.); (ii) per favorire questo tipo di intervento, l'art. 499 c.p.c. prevede che il creditore procedente deve avvisare gli altri creditori prelazionari risultanti dai pubblici registri; (iii) l'intervento dà diritto alla distribuzione della somma ricavata dalla vendita del bene.

Senonché la partecipazione alla distribuzione della somma ricavata è riservata soltanto a chi è intervenuto tempestivamente, e cioè prima dell'udienza di autorizzazione della vendita del bene.

L'art. 565 c.p.c. prevede infatti che i creditori non muniti di prelazione che intervengono successivamente concorrono soltanto «nella distribuzione della somma che sopravanza» dopo aver soddisfatto il creditore procedente e di quelli intervenuti tempestivamente.

La parità di trattamento nella procedura esecutiva non è dunque assoluta; il creditore che interviene tardivamente ⁽¹⁰⁾, dopo cioè la preclusione delineata dal codice di rito, non partecipa alla distribuzione del ricavato, potendo soddisfarsi in seconda battuta soltanto in ipotesi di eventuale avanzo.

Non solo, ma la procedura si considera legittimamente attivata anche se ad essa non prendono parte tutti i creditori e senza che sia necessario fare accantonamenti anche qualora sia certa l'esistenza di altri creditori.

Siamo allora in presenza di un chiaro bilanciamento di valori: da un lato quello della parità di trattamento e dall'altro quello del giusto pro-

⁽⁹⁾ CAPPONI, *La distribuzione del ricavato e la par condicio creditorum*, in *Corriere giur.*, 1997, p. 237 s., avverte che «il processo di espropriazione, pur essendo di natura "singolare", è disseminato di istituti che presuppongono la pratica realizzazione del concorso dei creditori a cominciare dall'intervento "provocato" in esito all'avviso dei creditori di cui all'art. 489 c.p.c.» rilevando, poi, che l'espropriazione singolare diviene una «vicenda tendenzialmente concorsuale».

⁽¹⁰⁾ CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 2008, p. 406, analizza le ipotesi in cui i creditori, anche privilegiati, non partecipano al concorso.

cesso⁽¹¹⁾, che tende a dare attuazione anche a quello della effettività della tutela azionata evitando un'eccessiva durata del processo, in base al quale la procedura esecutiva deve avere tempi certi e fasi ben scandite, valore in nome del quale i creditori non intervenuti, o intervenuti in modo tardivo, sono pregiudicati rispetto agli altri che hanno invece partecipato al processo, rispettando le regole.

Da qui forse uno spunto al contributo della complessità della situazione creditoria⁽¹²⁾.

Interessante appare anche l'esame (che non potrà che essere rapido e per cenni) del rispetto della *par condicio* da parte del liquidatore di una società dopo l'avvio della liquidazione. La giurisprudenza⁽¹³⁾ ha richiamato il liquidatore al rispetto del principio della *par condicio* «anche a prescindere dall'apertura di una procedura concorsuale» considerandolo responsabile in caso di mancato rispetto di tale regola. La dottrina si è sul punto divisa tra chi⁽¹⁴⁾ critica questa scelta sul rilievo che non è possibile per il liquidatore rispettare la *par condicio* e chi⁽¹⁵⁾, da altro lato, reputa che in caso di patrimonio insufficiente è necessario che sia rispettata la *par condicio*. Anche in questa fattispecie i confini della *par condicio* si rivelano dunque mobili e incerti.

2. – Nella tracciata linea di ricerca volta a far emergere l'eventuale natura di principio della *par condicio*, come anche nell'ottica di tener poi a mente queste considerazioni nel contesto del sovraindebitamento e prima di verificare se la parità di trattamento in alcune delle più importanti e

(11) CAPPONI, *Lineamenti del processo esecutivo*, Bologna, 2008, p. 72, sottolinea che la *par condicio* rappresenta un principio solo tendenziale perché nelle procedure esecutive i creditori sono trattati in modo eguale solo in presenza *anche* di pari posizioni processuali.

(12) Sulla complessità del diritto soggettivo in generale si veda P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 638, secondo il quale il valore della solidarietà di cui all'art. 2 Cost. incide sul diritto soggettivo «tanto da funzionalizzarlo, da renderlo espressione sociale anziché espressione di un potere di arbitrio». Si veda anche ID., *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 2011, p. 120 ss. e ID., *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, p. 98.

Sulla complessità della situazione creditoria si veda anche P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 272 ss.

(13) Cfr. Cass., 15 gennaio 2020, n. 521, in *il Fallimento*, 2020, p. 320.

(14) Si veda, ad esempio, A. BASSI, *La par condicio creditorum nella liquidazione delle società*, in *il Fallimento*, 2020, pp. 1365 e 1366 e, *ivi*, la nota 13.

(15) FABIANI, *La regola della par condicio creditorum all'esterno di una procedura di concorso*, in *il Fallimento*, 2020, p. 337, il quale individua alcuni fondamenti di tale conclusione sia nella norma che rende instabili i pagamenti dei debiti scaduti da parte del debitore consapevole dell'insolvenza nei sei mesi precedenti all'apertura della procedura sia nell'art. 4 del codice della crisi che impone al debitore di agire in modo corretto e tempestivo al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori.

tradizionali procedure concorsuali (fallimento/liquidazione giudiziale e concordato) trovi una piena e assoluta attuazione, potrebbe essere interessante fare un rapido cenno anche ad alcuni profili del c.d. *bail in* che non potrà essere esaminato appieno in questa sede ⁽¹⁶⁾.

In relazione a esso va ricordato che con il d.lgs. 18 novembre 2015 n. 180 è stata recepita in Italia la dir. 2014/59 e introdotta la disciplina ⁽¹⁷⁾ per la risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento (*Bank Recovery and Resolution Directive*), dando vita a una serie di norme per il risanamento di banche in crisi tra cui la svalutazione senza limiti delle passività. Il risanamento di queste ultime, in luogo della liquidazione delle attività e della distribuzione del ricavato, è perseguito con l'*imputazione* delle perdite ai creditori nel rispetto di alcuni criteri ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Sul punto si rinvia a INZITARI, BRRD, *Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in questa rivista, 2016, p. 690 ss.; GARDELLA, *Il bail in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 587 ss.; PRESTI, *Il bail in*, in *Banca, impr., soc.*, 2015, p. 39 ss.; DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'Unione bancaria*, in *Banca, impr., soc.*, 2015, p. 391 ss.; STANGHELLINI, *La gestione delle crisi bancarie*, in *Ricerche giuridiche*, n. 2, 2015, p. 315 ss.; LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 289 ss.

⁽¹⁷⁾ INZITARI, BRRD, *Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, cit., p. 691, ha messo in rilievo che l'interesse per questa rivoluzionaria disciplina «è divenuto un caso di grande rilievo, quando nei giorni immediatamente successivi alla entrata in vigore dei due decreti legislativi (16 novembre), la Banca d'Italia, nella nuova qualità di autorità di risoluzione, ha applicato (in data 22 novembre) la disciplina della risoluzione a quattro banche in stato di grave crisi e per le quali era stata da tempo adottata ed era in corso la procedura di amministrazione straordinaria ai sensi degli articoli 70 e segg. del testo unico bancario».

⁽¹⁸⁾ INZITARI, BRRD, *Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, cit., p. 703, evidenzia la modalità concorsuale «con cui vengono attuate le misure della riduzione e della conversione delle passività esistenti» e fa rilevare che: (i) la procedura in esame realizza «una distribuzione della perdita tra i creditori "in modo uniforme nei confronti di tutti gli azionisti e i creditori dell'ente appartenenti alla stessa categoria, proporzionalmente al valore nominale dei rispettivi strumenti finanziari o crediti, secondo la gerarchia applicabile in sede concorsuale e tenuto conto delle clausole di subordinazione" [così l'art. 52, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 180 del 2015]»; (ii) ciò rappresenta una «nuova forma di liquidazione la quale, piuttosto che compiersi attraverso il concorso dei creditori sul ricavato che deriva dalla realizzazione del patrimonio» si compie mediante la partecipazione dei creditori sulla perdita patrimoniale che già si è manifestata. In sostanza, continua l'A., «la procedura di risoluzione dà luogo, quindi, a una liquidazione non delle attività ma delle passività e si realizza attraverso una distribuzione delle perdite, cosiddetto *burden sharing*, secondo un criterio strettamente concorsuale. Questo è garantito da un lato dal principio della *par condicio creditorum* e dall'altro dal principio del *no worse creditor off* (c.d. NWC/O) in quanto, come stabilito dall'art. 52, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 180/2015, le misure di riduzione conversione sono disposte in misura tale da assicurare che nessun titolare degli strumenti, degli elementi o delle passività ammissibili riceva un tratta-

In pratica l'equilibrio di bilancio viene ripristinato ⁽¹⁹⁾ utilizzando le risorse di coloro che hanno investito sotto forma sia di capitali di rischio (azionisti), sia sotto forma di prestito (obbligazionisti).

Per il conseguimento dell'equilibrio, le passività della banca verso tali soggetti possono anche essere svalutate in modo integrale, di fatto cancellate, per cui i corrispondenti crediti vengono azzerati ⁽²⁰⁾ e i loro titolari, non solo perdono ogni ragione patrimoniale verso la banca in crisi ⁽²¹⁾, ma non possono neppure partecipare all'eventuale procedura concorsuale della banca, quanto meno di quella parte della banca che non viene ammessa al risanamento (la c.d. *bad bank*).

La parità di trattamento prevista dall'art. 2741 c.c. non solo non viene attuata ma incontra nuove e profonde limitazioni ⁽²²⁾ perché alcuni crediti vengono completamente stralciati ⁽²³⁾ al fine di assicurare la continuità dell'impresa bancaria ⁽²⁴⁾ e quindi la stabilità del mercato, i posti di lavoro

mento peggiore rispetto a quello che riceverebbe se dell'ente sottoposto a risoluzione fosse stato liquidato nel momento in cui è stata accertata la sussistenza dei presupposti per l'avvio della risoluzione, secondo la liquidazione coatta amministrativa dal Testo Unico Bancario o altra analoga procedura applicabile».

⁽¹⁹⁾ Sul punto, per una puntuale operatività della disciplina, si veda DI STASIO, *Gestione di portafogli e Bail-in*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 366 ss. e, specialmente, pp. 376 e 387 ss.

⁽²⁰⁾ DI STASIO, *op. cit.*, p. 376, «Nell'applicazione del *bail-in*, l'Autorità deve seguire un ordine progressivo, inverso rispetto alle regole di priorità stabilite per la distribuzione dell'attivo dal diritto nazionale, come indicato dall'art. 52 d. legisl. n. 180/2015, in base al diverso grado di rischiosità della posizione creditoria».

⁽²¹⁾ LENER, *op. cit.*, p. 287 avverte invero che «il vero problema è che il provvedimento che svaluta le passività della banca, come si è accennato, cancella il rapporto di credito dall'ordinamento, privando il creditore anche della possibilità di insinuarsi al passivo della banca, così aggirando il principio della responsabilità patrimoniale previsto dall'art. 2740 c.c.».

⁽²²⁾ Mette in luce questo aspetto SANDEI, *Il bail-in tra diritto dell'insolvenza e diritto dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 896, secondo cui l'applicazione della *par condicio* «risulta notevolmente compressa dalle tante eccezioni (legali e facoltative) previste dalla normativa sulla risoluzione. Eccezioni che – come è stato opportunamente osservato dalla dottrina – sfuggono alla logica comune privilegiati/chirografari, per obbedire invece a quella più incerta della tutela dell'interesse pubblico, in nome del quale l'Autorità ha ora la facoltà di determinare volta per volta, quindi in modo difficilmente prevedibile, l'ordine delle priorità (o più esattamente: la misura della falcidia)».

⁽²³⁾ LENER, *op. cit.*, p. 365, afferma invero che «la verità, al fondo, è che la “procedura di risoluzione” non è una procedura concorsuale in senso stretto. La possibile svalutazione, anche integrale, delle passività della banca comporta la cancellazione delle posizioni creditorie di taluni soggetti con la conseguenza che essi non possono, neppure in astratto, concorrere alla distribuzione dell'eventuale attivo residuo. Non c'è concorso. Non c'è *par condicio creditorum*. Il provvedimento di risoluzione cancella i diritti dei soggetti incisi».

⁽²⁴⁾ Anche la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi su alcuni aspetti della normativa relativa al c.d. *bail-in*: (con sentenza 30 dicembre 2016, n. 12888) T.A.R. Lazio ha

dei dipendenti e i crediti di chi non ha acquistato azioni o obbligazioni, ma si è limitato a depositare o affidare i propri risparmi alla banca.

La compressione della *par condicio* è ancora maggiore se si considera che il perimetro dei crediti da svalutare è elastico e viene tracciato dall'autorità amministrativa che gestisce ⁽²⁵⁾ la procedura di risoluzione ⁽²⁶⁾.

Ancora una volta siamo in presenza di un bilanciamento di valori: la parità di trattamento è pesata rispetto ad altri interessi, anche di tipo politico-economico; a seconda di quale interesse viene giudicato prevalente e quale recessivo, a cascata si individuano i creditori le cui ragioni possono essere reputate sacrificabili rispetto a quelle di altri da salvaguardare. La possibilità di svalutare integralmente alcuni crediti ⁽²⁷⁾ e l'impossibilità per i loro titolari di prendere parte a un possibile riparto concorsuale, anche dalle misere prospettive, svuota di valore, in questo settore, il principio della *par condicio*, schiacciato dagli altri valori prima accennati.

3. – Si è soliti pensare che la procedura concorsuale del fallimento (oggi liquidazione giudiziale) ⁽²⁸⁾ sia il regno inviolabile della *par condicio*, che qui come sovrana assoluta trova piena e incondizionata attuazione.

infatti affermato che la disciplina del d.lgs. n. 180 del 2015 non si pone «in contrasto con la disciplina della direttiva 2014/59 con riferimento alla violazione del principio di proporzionalità».

⁽²⁵⁾ Avverte infatti LENER, *op. cit.*, p. 291, che «altro problema è dato dalla non determinabilità a priori dei creditori incisi dalla procedura». Lo stesso A. sul punto chiarisce anche che «È vero che le passività assoggettabili a *bail-in* sono descritte nella direttiva, ma ciò avviene per differenza, nel senso che lo strumento potrà essere applicato a tutte le passività “che non sono escluse dall'ambito d'applicazione”, a norma dell'art. 44, par. 2 e 3, BRRD. L'ordine di priorità individuato dalle nuove norme mette in fila azionisti, titolari di altri strumenti di capitale, titolari di altri strumenti “subordinati” non integranti il capitale regolamentare (quali le ben note obbligazioni subordinate), altri creditori chirografari, “piccoli” correntisti con depositi superiori a 100.000 euro, fondo di garanzia dei depositi, che interviene in luogo dei depositanti protetti» e che quindi ampio è il margine di scelta dell'autorità che gestisce la procedura.

⁽²⁶⁾ Per questo motivo CARABELLESE, *Bail-in, diritti dei creditori e costituzione italiana*, in *Giur. Comm.*, 2020, p. 944, sottolinea che la normativa in esame, in prima battuta, non rispetta il principio della *par condicio* e che, per questo motivo, viola l'art. 3 Cost. perché attua un'ingiustificata disparità di trattamento, ammonendo che «una tale disparità non è basata su aspetti oggettivi».

⁽²⁷⁾ La Corte di Giustizia (con la sentenza del 19 luglio 2016 – C/526/14) ha affermato che i pregiudizi che subisce il diritto di proprietà a seguito del *bail-in* sono giustificati dal bilanciamento con i prevalenti interessi pubblici al salvataggio delle banche, tanto che alcuni discorrono di una legittima espropriazione, anche se secondo LENER, *op. cit.*, p. 293, sarebbe più corretto parlare di “compressione” del diritto di proprietà.

⁽²⁸⁾ AMATUCCI, *Lessico e semantica nelle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 365, scrive al riguardo della nuova nomenclatura: «La parola da cancellare è “fallito”: da essa sprigiona l'aura malevola e va sostituita con altra non deturpante».

In realtà anche in questo contesto si sono aperte molte brecce. Già con la riforma del 2006 i creditori chirografi che intervengono dopo la formazione del primo stato passivo sono ammessi, *ex art.* 112 l. fall., alla distribuzione soltanto in caso di avanzo dopo il pagamento dei creditori insinuati tempestivamente; l'art. 225, c. crisi, prevede che i creditori ammessi tardivamente partecipano soltanto alle ripartizioni successive alla loro ammissione. Per quanto riguarda i creditori pretermessi l'art. 114 l. fall. stabiliva che, una volta eseguito il piano di riparto, il pretermesso non ha azione contro i creditori soddisfatti salvo il caso della revocazione delle loro domande. Dopo la riforma del 2006 è scomparsa anche la c.d. ammissione provvisoria, per cui il creditore non ammesso può solo opporsi alla sua esclusione, sperando nel difficile arrivo della sentenza di accoglimento della sua opposizione prima della distribuzione; in caso di avvenuta distribuzione, l'opponente, *tardivamente* vincitore, potrà contare soltanto sull'accantonamento del 20% come previsto dall'art. 113 l. fall. In base all'art. 227 cod. crisi, è possibile accantonare le quote assegnate ai creditori ammessi con riserva e ai creditori opposenti solo se abbiano ottenuto una misura cautelare a loro favore.

È stato anche notato che se la *par condicio* operasse soltanto in presenza di un qualsiasi concorso e in particolare in presenza di fallimento, a séguito del quale tutti i creditori possono contare sui beni del debitore, in quanto assoggettati alla procedura, vi sarebbe una naturale e ineliminabile disparità, considerato che il fallimento interessa non la totalità dei debitori, ma soltanto gli imprenditori commerciali con alcune caratteristiche dimensionali.

Disparità che non è stata neppure eliminata dalla legge sul sovraindebitamento perché se è vero che anche i debitori non fallibili possono oggi essere interessati dalle nuove procedure concorsuali dell'accordo di ristrutturazione, del piano del consumatore e della liquidazione del patrimonio resta il fatto che ciascuna di queste è *eventuale* in quanto l'iniziativa per il loro avvio è rimessa unicamente al debitore.

Nei concordati, preventivo⁽²⁹⁾ (artt. 160 ss. l. fall., oggi artt. 84 ss. cod. crisi) e fallimentare (artt. 124 ss. l. fall., oggi concordato liquidatorio

(29) In relazione a tale procedura si vedano CASTAGNOLI, *L'accordo di composizione della crisi*, in *Sovraindebitamento. Dalla tutela del creditore al recupero del credito*, a cura di Cesare e Valpecina, Milano, 2020, p. 71 ss.; MASTURZI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento mediante accordo di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 685 ss.; NOCERA, *La proposta di concordato minore tra categorie civilistiche e regole operazionali*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, a cura di Pellicchia e Modica, Pisa, 2020, p. 181 ss.

giudiziale di cui agli artt. 240 ss. cod. crisi), vi è un certo spazio di manovra per il debitore che presenta il piano dei pagamenti dei creditori che possono essere anche suddivisi in classi ⁽³⁰⁾, «secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei» (art. 160, comma 1, lett. c, l. fall.), destinate di trattamenti differenziati ⁽³¹⁾. Il nuovo art. 85, cod. crisi, consente la suddivisione in classi ⁽³²⁾ senza la necessità che per la loro formazione ricorra un interesse omogeneo che non è più previsto dalla norma. L'art. 245, comma 3, cod. crisi, dettato in ambito di concordato liquidatorio giudiziale, richiede, invece, omogeneità di interessi e posizioni giuridiche.

In base a questa facoltà, nei concordati non si contrappongono più due poli soltanto, prelazionari e chirografi; nel contesto di ciascuna di queste due categorie, si possono infatti isolare gruppi di creditori da trattare in modo diverso, nonostante tutti chirografi o prelazionari, sino ad arrivare ad avere più gruppi di creditori.

Questo aspetto ⁽³³⁾ ha sicuramente grande impatto sulla *par condicio* perché consente il trattamento diversificato ⁽³⁴⁾ dei gruppi, anche se, allo stesso tempo, viene imposto un trattamento paritario per i creditori che devono far parte dello stesso gruppo.

Il limite maggiore che la facoltà di creare le classi incontra è dato sicuramente dalla previsione per cui «il trattamento stabilito per ciascuna

⁽³⁰⁾ La suddivisione in classi entra a far parte del nostro ordinamento per effetto del d.l. 23 dicembre 2003 n. 347 (c.d. decreto Marzano o decreto Parmalat). Il meccanismo della formazione delle classi era invece già operante in altri ordinamenti (si pensi, ad esempio, al *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* operante nei paesi di *common law*).

⁽³¹⁾ FABIANI, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 712 s. nota che, prima della riforma che ha ammesso la suddivisione dei creditori in classi, i concordati avevano lo scopo di favorire la migliore soddisfazione dei creditori mentre, dopo la ricordata riforma, oltre a questo scopo, i concordati hanno anche il fine di superare l'insolvenza.

⁽³²⁾ LIBONATI, *Prospettive di riforma della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 335, evidenzia che la separazione dei creditori in diverse classi risponde alla classica dialettica tra coloro che, muniti di prelazione, sono interessati al pagamento e chi invece, sprovvisto di privilegi, è più attratto a controllare l'impresa in crisi nella fase di liquidazione.

⁽³³⁾ DIMUNDO, *Effetti del concordato preventivo per i creditori nel CCII, in il Fallimento*, 2021, p. 1042, parla dell'effetto del concordato di cristallizzazione della massa passiva al momento dell'apertura della procedura e del conseguente rispetto, almeno in via tendenziale, della *par condicio*.

⁽³⁴⁾ FABIANI, *op. cit.*, p. 733-735, ritiene invece che il principio generale della *par condicio* tale rimane anche alla luce della suddivisione in classi perché non ha creato una nuova forma di prelazione ma rappresenta soltanto «il mezzo per perseguire il fine dell'accordo» e sostanzia «una deviazione convenzionale alla regola della *par condicio*, fondata non più sull'assenso individuale, ma sul consenso della maggioranza» che si può formare in modo più efficace con la formazione delle classi.

classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione» (così rispettivamente l'art. 160, comma 2, ultimo periodo, l. fall. e l'art. 85, comma 6, c. crisi). Ulteriore limitazione alla facoltà delle creazione della classi è oggi previsto dall'art. 85, comma 6, c. crisi, che pone l'obbligo di formare le classi rispettivamente per creditori privilegiati di cui non sia previsto il pagamento integrale o venga previsto il pagamento dilazionato, per i creditori titolari di crediti previdenziali o tributari, per creditori da soddisfare con utilità diverse dal denaro, per creditori garantiti da terzi, per i creditori che hanno proposto il concordato e per i creditori postergati. La creazione di altre classi è prevista come mera facoltà.

A fronte di questo limite vi è l'altra facoltà per il debitore di non pagare integralmente un credito munito di prelazione a condizione che «il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista», regola che oggi, anche per comodità, viene sintetizzata utilizzando la formula inglese di *cram down* (così per il concordato preventivo l'art. 160, comma 2, l. fall. e oggi l'art. 85, comma 7, c. crisi).

Per controbilanciare questa limitazione al diritto di credito assistito da prelazione non pagato per intero, nel concordato preventivo si prevede che il suo titolare debba votare per la parte di credito non pagata.

Da segnalare anche un eventuale trattamento di favore che il piano concordatario potrebbe riservare a un prelazionario quando si preveda un pagamento integrale del creditore munito di una prelazione relativa a un bene che tuttavia non è in grado coprire l'intero valore del credito, dal momento che, in altra procedura concorsuale puramente liquidatoria (e quindi diversa dal concordato), questo creditore non avrebbe conseguito il pagamento integrale del proprio credito a causa dell'incapienza del bene interessato dalla prelazione.

4. – Esaminate tutte queste fattispecie nelle quali più creditori concorrano sul patrimonio del medesimo debitore, emerge con chiarezza che la parità di trattamento conosce tanti, forse troppi, casi nei quali è derogata, assumendo, così, una dimensione più malleabile che le consente di adattarsi a diverse situazioni, con regole specifiche per ciascuna di esse e in grado, nelle pur diverse fattispecie, di dare una maggiore o minore tutela al credito a seconda del valore sottostante.

L'attenzione va ora e dunque rivolta alla *par condicio* per verificare ⁽³⁵⁾ se essa ⁽³⁶⁾ è o no un principio ⁽³⁷⁾ assoluto ⁽³⁸⁾ del nostro sistema ⁽³⁹⁾.

Lo esclude in modo convincente chi ammonisce che, anche nel campo di "elezione" di tale principio (e cioè nel contesto delle procedure concorsuali), anche per il fatto di non operare in relazione alle pretese di restituzione, rivendicazione e separazione di cose mobili, essa non rappresenta una regola assoluta ⁽⁴⁰⁾, ma derogabile ⁽⁴¹⁾, che ha, dunque, natura "tendenziale" ⁽⁴²⁾.

Tenendo conto delle restrizioni "interne" (connesse cioè all'ampliamento dei c.d. crediti prededucibili) e "esterne" (dovute all'aumento dei privilegi), è stato notato che la *par condicio* «non è un principio assoluto, ispirato a interessi superiori, di carattere economico, sociale o ideologico. Essa risponde, piuttosto, a criteri di "ordine" nelle procedure concorsuali, che passano in secondo piano di fronte al riconoscimento di interessi prevalenti meritevoli di tutela» ⁽⁴³⁾.

Avverte ⁽⁴⁴⁾ che anche laddove la *par condicio* «trova la sua massima attuazione», e cioè nel contesto delle procedure concorsuali, è oggi «messa fortemente in discussione», se non definitivamente «tramontata», a causa sia delle restrizioni prima indicate, sia della possibilità di differenziare il

⁽³⁵⁾ ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, p. 61 afferma che la *par condicio* rappresenta per un verso un principio generale la cui applicazione è tuttavia mitigata da una serie di eccezioni.

⁽³⁶⁾ Discorre di «principio della *par condicio creditorum*» NICOLÒ, *Del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, cit., p. 18.

⁽³⁷⁾ Secondo taluni addirittura pregiuridico ispirato a un "ideale di giustizia": si veda SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, cit., p. 329, e, ivi, nota 21 nella quale richiama la tesi di Menestrina su tale concetto.

⁽³⁸⁾ Secondo BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 61, «la *par condicio creditorum* corrisponde a un'intuitiva esigenza di parità di trattamento e ha la forza di un principio generale».

⁽³⁹⁾ Rilevava D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, Libro della tutela dei diritti, in *Comm.* D'Amelio e Finzi, Firenze, 1942, p. 439, che la *par condicio* «prima di essere una norma è un sano e profondo sentimento umano».

⁽⁴⁰⁾ Così SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, cit., p. 329 s.

⁽⁴¹⁾ Lo considera in tal modo anche Corte cost., 10 ottobre 2000, n. 431, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3387. Sempre secondo il giudice delle leggi la *par condicio* è comunque riconducibile al principio di uguaglianza (v. Corte cost., 21 aprile 1994, n. 155, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3345).

⁽⁴²⁾ Secondo COLESANTI, *Mito e realtà della par condicio*, in *il Fallimento*, 1984, p. 32 s., la *par condicio* è regola «tendenziale (e solo tendenziale) dell'attuazione del concorso, che infatti vi può tranquillamente derogare».

⁽⁴³⁾ In ciò si condensa la posizione di JAEGER, *Par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 89 s.

⁽⁴⁴⁾ MIGLIACCIO, *Parità di trattamento e concorso dei creditori*, Napoli, 2012, p. 37-39.

trattamento dei creditori attraverso la formazione ⁽⁴⁵⁾ di classi ⁽⁴⁶⁾ all'interno delle procedure del concordato preventivo o fallimentare.

Alcuni autori hanno cercato di individuare nel valore della uguaglianza ⁽⁴⁷⁾ di cui all'art. 3 Cost. il fondamento della *par condicio*. Chiaramente la parità di trattamento rispetto alla uguaglianza si «trova in una situazione di subordinazione» perché «esaurire il principio di eguaglianza nella parità di trattamento significa escludere dal sistema civilistico una delle maggiori innovazioni costituzionali, cioè il temperamento tra l'individuale e il sociale, tra logica retributiva e quella distributiva» ⁽⁴⁸⁾.

Da altra prospettiva, pur rinvenendo i riferimenti della *par condicio* negli artt. 41, 42, 2 e 24 ⁽⁴⁹⁾ Cost., si pone chi ⁽⁵⁰⁾ afferma come il trattamento paritario non è «un principio, espressione esclusivamente di una eguaglianza che, si è detto, non esiste come situazione di partenza alla quale adeguare la disciplina, né indiretta affermazione di quel principio» ⁽⁵¹⁾, ma una semplice «regola, un criterio fissato dalla legge» ⁽⁵²⁾ ispirata (non all'uguaglianza) ma alla «ragionevolezza, quale esito del giudizio comparativo tra gli interessi dei singoli creditori *in concorso* (dunque individuati tramite l'art. 2740 c.c.) dinanzi al fatto dell'incapienza del patrimonio e all'assenza di causa legittime di prelazione» ⁽⁵³⁾.

La *par condicio* viene, talora, considerata ⁽⁵⁴⁾ come regola improntata

⁽⁴⁵⁾ Sulle ricadute della possibilità di suddivisione dei creditori in classi si veda MIGLIACCIO, *op. cit.*, pp. 38 s., spec. 39 e, ivi, nota 53.

⁽⁴⁶⁾ Nota FABIANI, *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei diritti di classe*, in *il Fallimento*, 2008, p. 7, che la formazione delle classi è segno del depotenziamento della *par condicio* e del privilegio accordato al mercato.

⁽⁴⁷⁾ In tal senso CICCARELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983, pp. 19 ss., spec. 53 s., nota che le eccezioni alla *par condicio* sono molte per cui non è l'uguaglianza formale ma quella sostanziale alla base di tale principio. Del resto, lo stesso A. osserva che «dove c'è un privilegio, vi è uno spazio sottratto al regime di uguaglianza (almeno formale)» (p. 29).

⁽⁴⁸⁾ Così SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale. Le obbligazioni*, 2, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2011, pp. 241 s., il quale reputa che la copertura costituzionale della *par condicio* è solo di ordine formale.

⁽⁴⁹⁾ Analizza la *par condicio* nell'ottica dell'art. 3 e dell'art. 24 Cost. TARZIA, *Par aut dispar condicio creditorum?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 1 ss., specie 9-11.

⁽⁵⁰⁾ Si veda in tal senso P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 454.

⁽⁵¹⁾ Così MIGLIACCIO, *op. cit.*, p. 72.

⁽⁵²⁾ In tal senso v. MIGLIACCIO, *op. cit.*, p. 76.

⁽⁵³⁾ Così MIGLIACCIO, *op. cit.*, p. 77.

⁽⁵⁴⁾ Si veda ANDRIOLI, *Fallimento*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 398.

non a valori o ideali superiori, anche di giustizia, ma a ragioni di efficienza, posto che la sua funzione è quella di dirigere la distribuzione di un patrimonio incapiente tra più soggetti, senza tener conto di quanto si pone alla base dei crediti in concorso, perché ciò contrasterebbe con le esigenze di celerità della procedura. Per questo motivo è stato avvertito ⁽⁵⁵⁾ che con la *par condicio* «la giustizia non c'entra nulla. Se volessimo decidere alla stregua di un canone di giustizia la distribuzione tra i creditori di risorse insufficienti, a causa dell'incapienza della situazione patrimoniale del debitore, sarebbe indispensabile scrutinare la causa (la fonte) di ciascuna obbligazione ammessa al "concorso", per compilare un ordine di "meritevolezza" di tutela dell'interesse dei creditori nelle singole fattispecie»; la *par condicio* è allora niente più che «uno strumento comodo» ⁽⁵⁶⁾ che consente di risolvere un problema distributivo di altrimenti difficile, o impossibile, risoluzione attraverso l'imposizione di un pari e proporzionale sacrificio per ogni creditore, alla quale è però sempre possibile derogare «tutte le volte in cui si manifestino concreti interessi volta a volta valutati come meritevoli di attenzione» ⁽⁵⁷⁾.

Dopo aver esaminato le norme che operano all'interno dell'ordinamento e dato conto delle principali posizioni della dottrina in tema di *par condicio*, la sua più corretta ricostruzione pare essere quella che muove, intanto, dalla sua qualificazione come principio tecnico ⁽⁵⁸⁾ e dalla sua configurazione come regola organizzativa diretta a conformare il concorso tra i creditori concorrenti rispetto allo stesso patrimonio menzionato dall'art. 2740 c.c.

L'organizzazione del concorso dei creditori non può essere improntata al concetto autoreferenziale del semplice ordine paritario ⁽⁵⁹⁾; quest'ultimo è uno dei vari criteri che può governare l'organizzazione concorsuale ⁽⁶⁰⁾, ed è chiaramente e intuitivamente quello più semplice, operante quando

⁽⁵⁵⁾ SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 329.

⁽⁵⁶⁾ SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 330.

⁽⁵⁷⁾ Così SCHLESINGER, *op. loc. cit.*

⁽⁵⁸⁾ La parità di trattamento rientra tra i principi tecnici i quali, in linea generale, «rappresentano la costruzione concettuale di esigenze dettate dall'opportunità pratica o dalla politica legislativa e la loro configurazione deve essere giustificata nell'ambito dei principi generali»; per questa definizione si veda P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 19.

⁽⁵⁹⁾ Molto interessante è il rilievo di VATTERMOLI, *Par condicio omnium creditorum*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 163, secondo cui le diverse norme di diritto internazionale privato lasciano operare le norme nazionali che regolano le procedure concorsuali perché in ogni ordinamento la liquidazione è ispirata a regole e valori che non possono essere sostituiti da altri non coerenti con i valori di quell'ordinamento nazionale.

⁽⁶⁰⁾ Cass., 15 aprile 2019, n. 10540, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 191, con nota di MUCCIARELLI, *Ordine pubblico internazionale e par condicio creditorum*, nega che la *par*

non ricorrono altri criteri in nome dei quali la parità deve recedere di fronte all'esistenza di valori superiori, per l'attuazione dei quali è necessario che uno o più crediti vengano preferiti rispetto ad altri, come accade in caso di crediti assistiti da cause legittime di prelazione, senza tuttavia dimenticare che nelle procedure concorsuali di grandi dimensioni (quelle cioè che interessano gli imprenditori commerciali e nelle quali, pertanto, entrano in gioco molti creditori, quanto a numero e a diversa qualità dei rapporti) un valore è rappresentato anche dalla c.d. giustizia del processo-concorso per il quale, talvolta, è necessario, se non addirittura indispensabile, non esaminare uno per uno i crediti al fine di non rendere troppo difficoltosa la gestione della procedura e troppo lunga la sua durata, a discapito della realizzazione di tutti i crediti.

Qualora invece sia possibile una gestione-valutazione *sartoriale* dei crediti del concorso, il criterio della parità è sopravanzato da quello della natura di ciascun credito e dell'interesse alla base di quest'ultimo. Questa possibilità trova spazio nelle procedure di piccole dimensioni, laddove, cioè, come ad esempio in caso di ristrutturazione dei debiti del consumatore, è naturale che ci siano molti meno creditori rispetto alla crisi di un imprenditore commerciale e dove, pertanto, appare doveroso esaminare gli interessi di ciascun creditore anche in una prospettiva di bilanciamento con la posizione del debitore, il quale, trattandosi, di consumatore potrebbe, in molte ipotesi, veder compromessi interessi di natura personale.

Quando possibile, allora, non bisogna guardare all'organizzazione di per sé, ma alla natura dei crediti che devono entrare in questa organizzazione. Cosa che, come anticipato, è obbligatoria nelle procedure di piccole dimensioni dove la valutazione (per quanto si vedrà più avanti) è rimessa alla valutazione degli organi che possono, e debbono, caso per caso, modulare la graduazione dei creditori sulla base degli interessi connessi alla natura dei vari crediti e alla posizione del debitore, mentre nelle procedure di grandi dimensioni la graduazione che non tenga conto della parità appare come facoltativa e, comunque, da attuare con una minore discrezionalità, sempre in ogni caso stabilita entro il *range* dato da regole predefinite sensibili e attente alla causa dei crediti e agli interessi del debitore.

Quando possibile, la *par condicio* è dunque funzionale a tutelare i valori su cui poggiano certi crediti rispetto ad altri; non è allora la *par condicio* che viene violata, o non attuata appieno, qualora si individui un

condicio integra un principio di ordine pubblico internazionale perché trova numerose deroghe sia nel nostro ordinamento, sia in quello internazionale.

credito prevalente rispetto a un altro, ciò che viene avvantaggiato è il valore sotteso al credito preferito che trova una tutela più forte e privilegiata rispetto a altri, cosa che diventa possibile, a seconda delle diverse situazioni ⁽⁶¹⁾, quando la c.d. giustizia della processo-concorso possa essere sacrificata a vantaggio di altri valori.

La *par condicio* lavora affinché ciò possa avvenire creando regole volta per volta adatte a ogni situazione ⁽⁶²⁾, tanto che si è potuto assistere: (i) alla preferenza da accordare alla continuità dell'impresa nel concordato preventivo ⁽⁶³⁾ nel nome della quale si possono giustificare trattamenti differenziati tra creditori chirografi e prelazionari ⁽⁶⁴⁾; (ii) alla prevalenza della tutela del mercato e della stabilità dell'impresa bancaria per la cui attuazione si possono sacrificare alcuni crediti rispetto ad altri; (iii) alla preferenza per un processo giusto – come quello esecutivo – o per una procedura liquidatoria – come quella fallimentare/liquidatoria –, celeri e ben scandite nelle loro fasi, a discapito dei creditori che non vi prendono parte o che tardano a parteciparvi.

Queste osservazioni consentono, ora, di guardare in modo più accorto le norme dirette a regolare la crisi da sovraindebitamento il cui effetto principale, dal punto di vista sostanziale, è la ristrutturazione dei debiti mediante una modifica forzosa ⁽⁶⁵⁾ dell'oggetto e dei termini del rapporto obbligatorio al fine di far conseguire la liberazione ⁽⁶⁶⁾ a séguito di un

⁽⁶¹⁾ Cfr. P. PERLIGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 454.

⁽⁶²⁾ RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 359 ss., analizza le tante ipotesi di concorso tra creditori per cercare di teorizzare una disciplina comune.

⁽⁶³⁾ Secondo DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, pp. 31-35, l'interesse che ogni procedura concorsuale persegue è quello della tutela dei creditori e ciò anche dopo le più recenti riforme in quanto la «salvaguardia del valore organizzativo d'impresa» e il «risanamento» sono perseguiti quali valori mediati con il fine ultimo di salvaguardare l'interesse dei creditori.

⁽⁶⁴⁾ PAGLIANTINI, *L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti sull'esdebitazione*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, a cura di D'Amico, Torino, 2018, p. 62, avverte, invero, che il principio della *par condicio* subisce un restringimento per effetto della facoltà di suddividere e diversificare i creditori in classi per cui la parità di trattamento opera solo in difetto di interesse meritevoli di maggior tutela come la continuazione dell'impresa attraverso il suo risanamento.

⁽⁶⁵⁾ FORCELLINI, *Sovraindebitamento e statuto dell'obbligazione pecuniaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 121, segnala che il sovraindebitamento ha portato all'erosione del dogma dell'intangibilità del rapporto obbligatorio.

⁽⁶⁶⁾ CATERINI, *Sovraindebitamento, ristrutturazione del debito e datio in solutum*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 377 ss., analizza le conseguenze civilistiche che incontra il consumatore che non è più in grado di adempiere regolarmente le sue obbligazioni.

adempimento inesatto ⁽⁶⁷⁾ rispetto a quello originale, grazie alla riduzione dell'importo dei debiti e della nuova calendarizzazione dei termini di pagamento conseguente all'omologazione del piano o dell'accordo.

5. – L'attenzione va ora posta sulle norme che hanno innovato la pur giovane disciplina del sovraindebitamento ⁽⁶⁸⁾ che era stata per la prima volta disciplinata dalla l. 27 gennaio 2012 n. 3 la quale prevedeva che la crisi che colpiva ⁽⁶⁹⁾ il sovraindebitato poteva essere risolta ⁽⁷⁰⁾: (i) se questi era un consumatore, mediante la presentazione, l'omologazione e l'esecuzione di un piano; (ii) se il sovraindebitato era invece un imprenditore non fallibile, mediante la predisposizione di un accordo di composizione della crisi che, se approvato dal 60% dei creditori, doveva poi essere omologato ed eseguito correttamente ⁽⁷¹⁾.

L'art. 7 della l. 27 gennaio 2012, n. 3 (l.s.), dettava i presupposti di ammissibilità del piano e dell'accordo, delineava il loro contenuto e quindi

⁽⁶⁷⁾ FORCELLINI, *op. cit.*, p. 129, rileva, da un lato, che l'avvio della procedura di sovraindebitamento non estingue le obbligazioni pecuniarie ma ne paralizza l'esecuzione e, da altro lato, che la liberazione consegue con l'esdebitazione.

⁽⁶⁸⁾ Per una sintetica ma efficace descrizione del quadro normativo europeo si vedano BOCCHINI e De MATTEIS, *Sovraindebitamento: profili civilistici nella legge delega di riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Corriere giur.*, 2018, p. 651 s.

⁽⁶⁹⁾ G. COSÌ, *Il debito: un fenomeno patologico*, in *Studi senesi*, 2013, p. 226, analizza l'aspetto del sovraindebitamento come patologia.

⁽⁷⁰⁾ Il piano e l'accordo sono stati qualificati (v. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti per un nuovo modo di guardare alla contrattazione dell'insolvente*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1088 ss.) come strumenti di rinegoziazione/manutenzione dei rapporti ignoti nelle dinamiche del codice civile che all'inadempimento contrappone soltanto mezzi di tutela della garanzia patrimoniale del creditore, ma presenti nelle nuove prospettive funzionali a garantire il c.d. *fresh start* grazie alla rinegoziazione del credito che consente di legittimare un inadempimento inesatto e intempestivo.

⁽⁷¹⁾ Gli atti alla base delle due procedure sono stati anche qualificati (BOCCHINI e DE MATTEIS, *Sovraindebitamento: profili civilistici nella legge delega di riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 656) come "contratti della crisi" o come "contratti di ristrutturazione della crisi" «aventi una funzione economico individuale, propria ed autonoma: ovvero proprio il raggiungimento dell'accordo di ristrutturazione. Si tratterebbe dunque di un accordo di secondo grado che deve rispondere, da un lato, al preminente interesse del debitore all'esdebitamento e, dall'altro, all'interesse del creditore alla soddisfazione della propria posizione seppure in tempi, forme e misure diverse da quelle originariamente pattuite nonché ad un generale controllo di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c. (...) la *ratio* di una siffatta ricostruzione trova fondamento nel principio di solidarietà sociale e di buona fede nell'esecuzione del contratto che si ritiene costituiscono non solo il terreno culturale e normativo costituzionale dal quale trae origine il principio di proporzionalità delle prestazioni del rapporto obbligatorio, ma che impongono, anche, un atteggiamento di tolleranza dello stato di difficoltà, di bisogno e di necessità della parte di un rapporto soggettivo».

le regole in forza delle quali la massa dei creditori doveva essere trattata, stabilendo che la ristrutturazione doveva: (i) assicurare il pagamento integrale dei crediti impignorabili di cui all'art. 545 c.p.c. e di alcuni tributi (e cioè quelli che costituiscono risorse proprie dell'Ue, l'IVA ⁽⁷²⁾ e le ritenute operate e non versate); (ii) provvedere al pagamento anche non integrale dei crediti muniti di prelazione in misura non inferiore a quella realizzabile in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni interessati dalla prelazione; (iii) stabilire scadenze e modalità di pagamento dei creditori anche suddivisi in classi, senza specificare che, per la formazione, a differenza di quanto richiedevano gli artt. 124, comma 2, e 160 l. fall. si dovesse far riferimento a posizioni e interessi omogenei.

Il codice della crisi e dell'insolvenza ha superato l'impianto della l. 3 del 2012 prevedendo apposite sezioni ⁽⁷³⁾ che ora ospitano le regole del sovraindebitamento ⁽⁷⁴⁾.

La procedura che prendeva il nome di «piano del consumatore» di cui alla l. 3 del 2012 oggi è rubricata «ristrutturazione dei debiti del consumatore» (v. art. 72 c. crisi) e regolata dalle disposizioni di cui agli artt. 67-72 del codice della crisi.

L'«accordo di composizione della crisi» di cui alla l. 3/2012 prende oggi il nome e la sostanza del «concordato minore» (art. 74 c. crisi).

La procedura di liquidazione ⁽⁷⁵⁾ del patrimonio, alternativa alla ristrutturazione dei debiti del consumatore o al concordato minore, prende

⁽⁷²⁾ Da ricordare che sul punto era comunque intervenuta Corte cost., 22 ottobre 2019, n. 245, che, sulla premessa di dover eliminare ogni disparità tra procedure concorsuali maggiori con quella operante a favore del consumatore, aveva dichiarato l'illegittimità della norma che non consentiva la falcidia dell'imposta sul valore aggiunto.

⁽⁷³⁾ MACARIO, *Il contratto e gli strumenti negoziali stragiudiziali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019, p. 369, prende atto che a questi strumenti negoziali è dedicata una sezione del nuovo codice e li analizza nell'ottica della tendenza espansiva dell'autonomia privata anche in questo ambito.

⁽⁷⁴⁾ D'AMICO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019, p. 318, indica come una delle novità del codice della crisi è proprio quella relativa alla «collocazione» della disciplina del sovraindebitamento con la finalità di un testo organico che «ambisce a fornire (come dimostra l'uso dello stesso termine «Codice») una «sistemazione» razionale alla materia regolata, attraverso l'inquadramento in un rigoroso e coerente (almeno nelle intenzioni) quadro concettuale».

⁽⁷⁵⁾ DE MATTEIS, *L'esdebitazione del sovraindebitato nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Corriere giur.*, 2020, p. 1380, evidenzia, da un lato, che l'esdebitazione è un effetto legale-consustanziale del piano omologato correttamente adempiuto e, da altro lato, che sono previste altre forme di esdebitazione quale effetto della procedura di liquidazione. Nel quadro così delineato l'A. afferma che per il sovraindebitato operano, allora, quattro diverse forme di esdebitazione. Sul punto si veda anche MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova*

il nome di «liquidazione controllata del sovraindebitato» disciplinata dagli artt. 268-277 del codice della crisi.

Agli artt. 278-283 del codice della crisi sono regolate due diverse fattispecie di esdebitazione ⁽⁷⁶⁾, quella che opera di diritto ⁽⁷⁷⁾ dopo la chiusura di una «procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni» (artt. 278 e 282 c. crisi), e quella prevista per il debitore incapiente di cui all'art. 283 c. crisi. In quest'ultimo caso, la liberazione ⁽⁷⁸⁾ dai debiti non è l'effetto dell'espletamento della procedura liquidatoria, dell'esecuzione del piano, ma più semplicemente della decisione dell'autorità giudiziaria che accerta l'impossibilità per il debitore, che sia «persona fisica meritevole» (sono dunque escluse le società), non in grado di offrire alcuna utilità ai creditori, nemmeno in prospettiva futura ⁽⁷⁹⁾.

Chiara la volontà del legislatore di una maggiore sistematicità per le procedure in esame ⁽⁸⁰⁾.

disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, a cura di Modica e Pellicchia, Pisa, 2020, p. 386.

⁽⁷⁶⁾ In tema di esdebitazione si vedano FEMIA, *Esdebitazione, responsabilità, estinzione parziale*, in *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, a cura di Llamas Pombo, Mezzasoma, Rana e Rizzo, Napoli, 2019, p. 245 ss., PAGLIANTINI, *L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi dell'insolvenza*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, p. 684 ss., VATTERMOLI, *L'esdebitazione tra presente e futuro*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, p. 477 ss., D'AMICO, *Esdebitazione e "concorso dei creditori" nella disciplina del "sovraindebitamento"*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, a cura di D'Amico, cit., p. 41, CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni. Alcune riflessioni ai confini del sistema del diritto civile*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, a cura di D'Amico, cit., p. 138 ss., MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in *Contratti*, 2019, p. 471 ss.

⁽⁷⁷⁾ Sugli effetti di questa forma di esdebitazione si veda PAGLIANTINI, *L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 692.

⁽⁷⁸⁾ Anche Corte cost., 30 maggio 2008, n. 181, si è pronunciata sull'effetto dell'esdebitazione dall'obbligazione rimasta in parte ineseguita dal debitore.

⁽⁷⁹⁾ D'AMICO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 331, ravvisa in questo strumento un «beneficio direttamente ricollegato alla circostanza che il debitore sia nullatenente».

⁽⁸⁰⁾ D'AMICO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 319, rileva che «la "sistematica" in tal modo adottata non è priva di rilievo. Anzitutto, essa esprime la volontà di inserire (inequivocamente) l'istituto del sovraindebitamento nell'ambito del "diritto delle procedure concorsuali": risultato bensì acquisito sin dall'introduzione del nuovo istituto nel nostro ordinamento, ma adesso esplicitato apertamente dal legislatore. Di più: la "dislocazione" della disciplina del sovraindebitamento sopra segnalata, palesa altresì la volontà del legislatore di ricondurre le singole procedure previste per le "crisi da sovraindebitamento" nel quadro di "principi" più ampi, che evidentemente si assume esse condividano con le "corrispondenti" (o analoghe) procedure "maggiori" (se è lecito usare questo termine) riservate all'imprenditore commerciale (non piccolo)». In tal modo non è più possibile per l'interprete valorizzare eventuali peculiarità delle procedure relative al sovraindebitamento rispetto a quelle *classiche*.

La ristrutturazione dei debiti di cui agli artt. 67 ss. del codice della crisi ⁽⁸¹⁾ richiede un presupposto oggettivo e uno soggettivo.

Dal punto di vista soggettivo questa procedura è riservata al consumatore ⁽⁸²⁾ e cioè (v. la definizione dell'art. 2, lett. e, cod. crisi) alla «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale eventualmente già svolta», con l'innovativa apertura anche (come sempre previsto dall'art. 2, lett. e, c. crisi) alle «persone fisiche che siano soci delle società appartenenti ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, con esclusivo riguardo ai debiti estranei a quelli sociali».

Dal punto di vista oggettivo ⁽⁸³⁾ la procedura è volta a «proporre soluzioni ⁽⁸⁴⁾ della crisi da sovraindebitamento» (art. 67, comma 1, c. crisi) e cioè (in base alla definizione di sovraindebitamento di cui all'art. 2, comma 2, lett. c) «lo stato di crisi o di insolvenza ⁽⁸⁵⁾ del consumatore,

⁽⁸¹⁾ RODORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 132, osserva che il dare cittadinanza al piano del consumatore all'interno del codice della crisi e dell'insolvenza ha avuto la funzione di superare le lacune e le aporie del passato dovute all'esistenza di due corpi normativi distanti, da un lato la legge fallimentare e dall'altro la legge sul sovraindebitamento. Oggi tutti i principi alla base del codice della crisi sono applicabili anche alle varie fattispecie di sovraindebitamento.

⁽⁸²⁾ È stato notato (CAROLICI e CARLETTI, *La nozione di consumatore tra il codice del consumo e la legge 3 del 2012*, in *Contratti*, 2018, p. 81; BONACCORSI e DE SANTIS, *L'ambito soggettivo di applicazione delle nuove procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 29 ss.) che la nozione di consumatore nel codice della crisi prescinde del tutto (a differenza delle definizioni contenute nel codice del consumo) da un rapporto di consumo con una controparte forte.

⁽⁸³⁾ Secondo RODORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 132 s., la nozione di sovraindebitamento è oggi superflua in quanto corrisponde alla nozione di insolvenza. Il concetto di sovraindebitamento, nota l'A., non è scomparso sol perché le norme degli altri paesi europei utilizzano questa espressione in luogo di quella di insolvenza.

⁽⁸⁴⁾ PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1085, allude all'esistenza di un sempre più imperante *favor debitoris*.

⁽⁸⁵⁾ BOCCHINI e DE MATTEIS, *Sovraindebitamento: profili civilistici nella legge delega di riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 562-654, analizzano il concetto di sovraindebitamento scomponendolo in due fasi, la prima rappresentata dalla meno grave fase della crisi (quando il debitore mostra segni di possibile incapacità di adempiere), e la seconda dalla più grave fase della vera e propria insolvenza (quando oramai è certo che il debitore non è in grado di adempiere). Gli autori concludono affermando che l'ammissione alla procedura è possibile prima che la crisi si aggravi, in presenza di una semplice «probabilità di futura insolvenza», come del resto «in linea con la Raccomandazione della Commissione UE n. 135 del 12 marzo 2014, nel cui par. III, punto 6, lett. a), si legge che «il debitore dovrebbe poter procedere alla ristrutturazione in una fase precoce, non appena sia evidente che sussiste soltanto la probabilità dell'insolvenza», con il Reg. UE del 20 maggio 2015, nel cui art. 1 si legge che «laddove le procedure di cui al presente paragrafo possano essere avviate in situazioni in cui sussiste soltanto una probabilità di insolvenza, il

del professionista, dell'imprenditore minore e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale del presente codice»; per stato di crisi si intende «lo stato di squilibrio ⁽⁸⁶⁾ economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate» (art. 2, lett. *a*, cod. crisi) mentre l'insolvenza è «lo stato del debitore che non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, e che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori» (art. 2, lett. *b*, cod. crisi).

In merito al contenuto della ristrutturazione dei debiti del consumatore, l'art. 67, cod. crisi, appare molto più liberale ed elastico rispetto alla normativa precedente perché il piano ⁽⁸⁷⁾ ha contenuto libero e può prevedere la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma (art. 67, comma 1, cod. crisi); contenuto minimo e ineludibile del piano ⁽⁸⁸⁾ è la finalità di ristrutturare ⁽⁸⁹⁾ i debiti del consumatore indicando «in modo

loro scopo è quello di evitare l'insolvenza del debitore o la cessazione delle attività di quest'ultimo" e con la proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio in materia di procedure di ristrutturazione e di insolvenza diffusa il 22 novembre 2016, il cui art. 4 precisa che «gli Stati membri provvedono affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, il debitore in difficoltà finanziarie abbia accesso a un efficace quadro di ristrutturazione preventiva».

⁽⁸⁶⁾ Il d.lgs. 26 ottobre 2020 n. 147 ha modificato la definizione sostituendo il concetto di «difficoltà» con quello di «squilibrio».

⁽⁸⁷⁾ Sembrerebbe prevalere la tesi secondo cui il piano non è assimilabile a una proposta contrattuale ma a un concordato coattivo: si vedano, sul punto, DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio al sovraindebitamento*, in *La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di Di Marzio, Macario e Terranova, Milano, 2012, p. 13 ss. e FABBRI, *Sovraindebitamento*, Consumer Bankruptcy, *discrezionalità del giudice civile*, in *Il processo esecutivo*, a cura di Capponi, Sassani, Storto e Tiscini, Torino, 2014, p. 1087 ss.

⁽⁸⁸⁾ Si rinvia a DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., spec. pp. 76-85, per quanto riguarda l'inquadramento della natura degli accordi, dei concordati e delle procedure. L'A. distingue i veri e propri accordi di composizione della crisi dai concordati; i primi sono contratti ma non i secondi che sono delle «deliberazioni» assunte dalla maggioranza dei creditori. Gli uni e gli altri si distinguono dalle procedure concorsuali vere e proprie che si aprono senza l'adesione di tutti o della maggioranza dei creditori. In questa prospettiva, la ristrutturazione dei debiti del consumatore si accosta di più alle procedure concorsuali vere e proprie perché i creditori del consumatore non sono chiamati a dare adesione. L'uso dei termini «piano» e «proposta» non deve dunque dar vita ad equivoci e far pensare ad accordi con i creditori o a deliberazioni dei creditori; il piano e la proposta diventano efficaci per creditori senza che questi ultimi debbano prestare il loro consenso, come accade per le vere e proprie procedure.

⁽⁸⁹⁾ Alcuni autori iscrivono il piano del consumatore tra i procedimenti di natura premiale che si attuano attraverso i concordati coattivi: cfr. in tal senso PORTINARO, *Il piano del consumatore*, in *Sovraindebitamento. Dalla tutela del creditore al recupero del credito*, cit., p. 103; LUCCI, *Piano del consumatore e sovraindebitamento: alcuni profili problematici*, in

specifico tempi e modalità per superare la crisi da sovraindebitamento». Da notare che il d.lgs. 26 ottobre 2021, n. 147 ⁽⁹⁰⁾ ha apportato un'incisiva modifica all'art. 67 prevedendo espressamente che il pagamento dei creditori può essere «differenziato».

È scomparsa nel codice della crisi la norma equivalente a quella che nella l. 3 del 2012 vietava il pagamento non integrale ⁽⁹¹⁾ dei crediti per tributi costituenti risorse proprie dell'U.E. ⁽⁹²⁾.

Nella vigenza della l. n. 3 del 2012 un tema di notevole impatto pratico era stato quello della sorte dei contratti con cui i debitori-consumatori avevano in precedenza ceduto 1/5 del proprio stipendio; secondo alcuni, infatti, trattandosi di cessione precedente l'avvio della procedura, essa era inopponibile alla procedura medesima con conseguente estraneità degli importi ceduti dal patrimonio da considerare per l'esecuzione del piano. Oggi il problema non si pone più in quanto ai sensi dell'art. 67, comma 3, c. crisi, i crediti oggetto di cessione ⁽⁹³⁾ possono essere destinatari di «falcidia» ⁽⁹⁴⁾.

In base all'art. 74, c. crisi, possono accedere al concordato minore i debitori non consumatori, inclusi i professionisti quando si preveda la continuazione dell'attività svolta, salvo che il concordato contempri l'apporto di significative risorse esterne. In base alla l. n. 3 del 2012 anche i consumatori avevano la teorica possibilità di chiedere di essere ammessi all'accordo di ristrutturazione; l'attuale codice non lo consente ⁽⁹⁵⁾.

Fall., 2016, p. 1281 ss.; MODICA, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, a cura di Pellicchia e Modica, cit., p. 109 ss.; MANENTE, *Gli strumenti di regolazione della crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili. Introduzione alla disciplina della l. 27 gennaio 2012 n. 3*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 1593.

⁽⁹⁰⁾ Per un'analisi di tale provvedimento si veda MARTINO, *Il decreto correttivo del CCII: più luce sulla riforma, ma ancora qualche zona d'ombra*, in *Corriere giur.*, 2020, p. 1445 ss.

⁽⁹¹⁾ D'AMICO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 325, afferma che è dunque possibile la falcidia di questi crediti.

⁽⁹²⁾ Il tema è trattato da D'ORAZIO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *il Fallimento*, 2019, p. 709-711.

⁽⁹³⁾ Evidenza bene tale aspetto ZANICHELLI, *Il corposo restyling della legge sul sovraindebitamento*, in *il Fallimento*, 2021, pp. 448 e 449.

⁽⁹⁴⁾ Fattispecie diversa dalla presente è quella del se sia opponibile, o no, l'ordinanza di assegnazione ex art. 533 c.p.c. del c.d. quinto: questione al momento sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale a seguito dell'ordinanza di remissione del tribunale di Livorno del 30 marzo 2021 (pubblicata in *Ilfallimentarista.it* con nota di CESARE, *Questione di costituzionalità sulla cessione del quinto nel sovraindebitamento*).

⁽⁹⁵⁾ V. D'AMICO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 320.

L'art. 75, c. crisi, prevede che la proposta di concordato deve prevedere tempi e modalità per superare la crisi da sovraindebitamento, che ha contenuto libero e può prevedere la soddisfazione anche non integrale dei crediti in qualsiasi forma.

La proposta di concordato minore deve essere poi omologata se prima sia stata votata da almeno il 50% dei creditori (v. art. 80 cod. crisi). Non sono ammessi al voto i crediti privilegiati che secondo la proposta sono pagati integralmente. L'astensione equivale a votazione favorevole.

Ci si deve ora chiedere se crediti della stessa natura possano essere trattati in modo diverso e forse, prima ancora, se crediti non muniti di prelazione possano essere trattati in modo migliore rispetto a questi ultimi.

In merito all'ultimo quesito e nel caso del concordato minore, la norma per cui non sono ammessi al voto i crediti con prelazione se pagati integralmente, fa emergere con chiarezza la regola generale per cui si deve prevedere il pagamento integrale dei crediti con prelazione. Infatti, se non pagati integralmente, questi creditori debbono votare per la quota di credito non pagata. In ogni caso, poi, la svalutazione del credito munito di privilegio non può superare la misura di soddisfazione del medesimo credito ritraibile dalla vendita del bene in caso di liquidazione come previsto dall'art. 75, comma 2, c. crisi.

Mediante queste regole sembra assicurata la preferenza dei crediti privilegiati su quelli chirografi insieme alla possibilità di esprimere il proprio voto, eventualmente negativo, per la parte di credito munito di prelazione di cui non è previsto l'integrale pagamento.

Nel caso del piano del consumatore, la tutela del creditore munito di prelazione è ridotta perché: (i) il prelazionario è tutelato dal limite connesso alla regola del *cram down*, e cioè del pagamento in misura uguale o non inferiore a quella ottenibile in sede di liquidazione del bene sui cui insiste la causa di prelazione (e ciò sulla base dell'art. 67, comma 4, cod. crisi); (ii) ma non può esprimere un voto, eventualmente negativo, nei confronti del piano, il quale acquista efficacia con la sola omologazione senza necessità di una approvazione, sebbene a maggioranza, dei creditori.

La differenza che emerge da questo punto di vista tra piano e concordato minore quali strumenti aventi la stessa finalità di risolvere la crisi da sovraindebitamento sta in ciò, che gli interessi alla base della tutela del consumatore si considerano di maggiore caratura costituzionale rispetto a quelli del soggetto che può superare la crisi ricorrendo soltanto all'accordo. La crisi che tocca il consumatore pregiudica inevitabilmente interessi

fondamentali della persona ⁽⁹⁶⁾, che potrebbero essere quelli relativi all'abitazione (intesa come tutela del diritto di proprietà sull'immobile in cui risiede il consumatore o come possibilità per il consumatore di avere la provvista necessaria per il pagamento di un canone di locazione) o ad altre esigenze primarie del consumatore e della sua famiglia ⁽⁹⁷⁾.

Diversamente la crisi del sovraindebitato che può fare ricorso soltanto al concordato minore, riguarda interessi connessi alla sua attività di impresa o professionale, insieme, eventualmente, a quelli personali, considerando che questo soggetto risponderà, di norma, anche col suo patrimonio personale dei debiti professionali o connessi alla sua attività di impresa.

Questa differenza potrebbe allora giustificare il delineato diverso trattamento della tutela del debitore sovraindebitato.

In relazione sia al piano del consumatore, sia all'accordo di ristrutturazione è chiara la prevalenza dei creditori muniti di prelazione rispetto agli altri per quanto riguarda il grado di soddisfazione del credito in relazione al bene su cui la prelazione insiste.

Difatti, in relazione a detto bene, è necessario prevedere il pagamento integrale, ovvero il pagamento in misura ridotta nei limiti imposti dalla regola del *cram down*; in caso contrario, il piano o il concordato minore sarà bloccato dal Tribunale che lo valuterà non ammissibile.

Assicurato un migliore trattamento ai creditori muniti di prelazione rispetto a quelli postergati, va verificato se questi ultimi vanno trattati allo

⁽⁹⁶⁾ Da questo punto di vista FORCELLINI, *op. cit.*, p. 151, rileva che «la neonata disciplina del sovraindebitamento, da parte sua, introduce nel suddetto giudizio di comparazione un terzo termine di riferimento, ossia il patrimonio del debitore concepito come un "bene" strumentale alla realizzazione di interessi primari della persona, rispetto al quale ovviamente si pongono questioni che non possono non involgere soggetti terzi, così allargando la tensione eterorealizzativa del credito e determinando una intersezione multipla tra le vicende obbligatorie complessivamente facenti capo al debitore non fallibile».

⁽⁹⁷⁾ In questa prospettiva FORCELLINI, *op. cit.*, p. 153, richiama il concetto di "inadempimento di necessità" inteso «come modalità emergenziale di gestione delle crisi individuali strumentale alla tutela del debitore inteso primariamente come persona, titolare di diritti inviolabili — similmente a quanto accade nell'"evasione di necessità" — denunciando sin da subito la pertinenza di questa emergente categoria al principio di solidarietà sociale come strumento indiretto di *welfare*». GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica, Italia e Spagna a confronto*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2014, pp. 301 e 302, rileva al riguardo che «Il debitore è persona e, minato il dogma dell'impotenza finanziaria colpevole per definizione, acquista rinnovato vigore il richiamo alla salvaguardia della sua dignità e all'istanza di solidarietà che, in un'economia sociale di mercato ispirata a coesione e quindi giocoforza sensibile all'esigenza di redistribuzione della ricchezza, non può non innervare i rapporti interpretati, ivi compresi quelli tra creditori e debitori».

stesso modo, oppure se è possibile prevedere trattamenti diversi e, dunque, pagare di più un creditore rispetto ad altri.

In una delle prime applicazioni della legge sul sovraindebitamento l'autorità giudiziaria ⁽⁹⁸⁾ è stata chiamata a omologare il piano di un consumatore che prevedeva il pagamento differenziato dei chirografi, prevedendo stralci di minore entità per alcuni crediti, e stralci molto più elevati e di ingente entità per altri due creditori, e cioè due banche, considerate dal consumatore colpevoli di aver innescato la crisi per averlo convinto a utilizzare una somma di denaro acquistata per successione, non per estinguere il debito esistente traente titolo da un mutuo, ma per finalità speculative. In questo caso il Tribunale ha omologato il piano, nonostante il diverso trattamento dei creditori chirografari, affermando che in relazione al piano proposto dal consumatore per superare la crisi non opera il principio della *par condicio* alla luce del *favor* verso il consumatore che ispira tutta la normativa in esame e che consentirebbe, con un grado di maggiore libertà, di prevedere anche trattamenti differenziati di crediti della stessa natura e tipologia.

La legge di riferimento, tra l'altro, a differenza di quanto previsto per il concordato fallimentare, per la formazione delle classi non richiama l'omogeneità di interessi e posizioni, per cui i creditori chirografari potrebbero essere collocati in classi diverse ⁽⁹⁹⁾, con diverse percentuali di realizzo, anche qualora siano portatori di interessi e posizioni tra loro omogenei.

Per questi motivi, si potrebbe pensare di accogliere la conclusione della corte di merito. Sennonché la corte non spiega perché in quel caso la posizione creditoria delle due banche poteva ricevere un trattamento peggiore rispetto ad altri creditori; dalla lettura del provvedimento emerge una finalità quasi punitiva del ceto bancario che il tribunale avalla anche grazie alla mancanza di una previsione in forza della quale le classi vanno formate secondo interessi e posizioni omogenei ⁽¹⁰⁰⁾.

Questa mancanza di limiti non equivale però a una libertà assoluta del debitore di differenziare senza motivo il trattamento di creditori che si

⁽⁹⁸⁾ La si veda in *ilcaso.it* e in *Ilfallimentarista.it*, 15 maggio 2014, con nota di BOSTICCO, *Risanamento della crisi da sovraindebitamento del consumatore e par condicio*.

⁽⁹⁹⁾ Sul punto si vedano anche le osservazioni di BOSTICCO, *op. cit.*

⁽¹⁰⁰⁾ BOSTICCO, *op. cit.*, condivide l'idea di formare classi formate anche da un solo creditore a condizione che il debitore ne indichi i motivi per verificare se la deroga all'art. 2741 c.c. è giustificata oppure no e rileva, in tal senso, che non è ammissibile pensare a un classamento con «utilizzo punitivo» anche tenuto conto delle cause della crisi, come avvenuto nel caso in esame.

trovano nella stessa posizione perché, se è vero che la parità di trattamento non è un valore inderogabile, è altrettanto vero che la disparità è concepibile solo se giustificata, altrimenti si risolve in arbitrio e in abuso del diritto ⁽¹⁰¹⁾.

Un altro importante profilo della responsabilità patrimoniale del debitore interessato da una procedura concorsuale che ha un collegamento strettissimo con la *par condicio* è quello per cui tutti i beni del debitore sono messi a disposizione dei creditori, in linea con il principio generale riflesso nell'art. 2740 c.c. e con la regola operante in caso di liquidazione giudiziale di cui all'art. 142 c. crisi, (come in precedenza previsto dall'art. 42 l. fall.) in forza della quale, dopo la dichiarazione di liquidazione giudiziale, il debitore è privato della disponibilità di tutti i beni e della loro amministrazione.

Nel caso del sovraindebitamento non esiste una regola che si occupa delle sorti del patrimonio del debitore; va dunque verificato se il piano possa prevedere che uno o più beni siano tenuti fuori e non messi a servizio della procedura.

Il primo limite che si incontra lungo questa direttrice è rappresentato dalla regola del *cram down* che vieta di riconoscere al prelazionario una somma inferiore rispetto a quella ritraibile dalla vendita forzata del bene cui accede la prelazione. Questo però, a ben vedere, non significa che quel bene debba essere necessariamente coinvolto nella procedura; sarebbe sufficiente, ai fini del rispetto di quel limite, avere a disposizione la somma voluta dalla legge da destinare al pagamento del prelazionario. Appare davvero poco probabile che il debitore in crisi possa avere questa somma senza liquidare il bene; poco probabile ma non impossibile, considerando che l'esecuzione del piano può essere garantita o effettuata anche da un terzo, il quale potrebbe aver interesse a pagare quella somma al prelazionario per non far perdere al sovraindebitato il diritto di proprietà sul bene su cui insiste la prelazione. In tal caso il limite del *cram down* risulta non oltrepassato, perché il prelazionario riceve la somma che la legge gli riserva come quota minima per il soddisfacimento del suo credito e il debitore non perde la proprietà sul bene coperto dalla prelazione.

⁽¹⁰¹⁾ Tra le altre cose, nell'attuale codice della crisi, è contenuta la definizione di «classe di creditori» come «insieme dei creditori che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei» per cui si potrebbe sostenere che ogni qualvolta il codice contempra la «classe» questa debba conformarsi alla definizione generale di cui all'art. 2, comma 2, lett. r), ed essere, dunque formata da creditori con interesse e posizione omogenei.

La mancanza di una norma che spogli il debitore di tutti i suoi beni e la previsione di una disciplina che lascia spazio alla conservazione di parte del patrimonio del debitore (in base alla previsione dell'art. 7, comma 1, l. 3 del 2012 l'accordo poteva contemplare una liquidazione dei beni solo eventuale; l'art. 67, c. crisi, non prevede che l'intero patrimonio del debitore debba essere messo a servizio dell'esecuzione del piano, anzi prevede che il contenuto della proposta è libero e che i crediti possono essere soddisfatti in qualsiasi forma) si spiega col motivo per cui questi beni potrebbero essere, in alcuni casi, funzionali all'attuazione di esigenze e valori di rilevanza costituzionale in quanto attinenti alla tutela della personalità del debitore, per cui è corretto prevedere questa forma di bilanciamento in base alla quale al creditore viene comunque garantito il pagamento in misura non inferiore al valore del bene su cui vanta la prelazione e al debitore viene data, comunque, la possibilità di pagare in questa misura, conservando, al contempo, la proprietà del bene.

Da quanto detto discende anche la possibilità di considerare il seguente caso e cioè di riconoscere a due o più creditori, tutti titolari di ipoteca su beni diversi, pagamenti con percentuali diverse, riservando soltanto a uno di loro il pagamento integrale, prevedendo per gli altri pagamenti in misure differenti, tutte ridotte, ma comunque rispettose della regola del *cram down*.

Ancóra una volta una *par condicio* che subisce, rispetto al senso tradizionale del termine, un'applicazione non rigorosa.

Tra l'altro va anche rilevato che la regola del *cram down* si atteggia in modo diverso. Infatti quando viene presentato il piano ai fini dell'omologazione è sufficiente prevedere che il prelazionario riceva una somma uguale a quella che otterrebbe in caso di vendita in sede di liquidazione del bene. Diversamente, in caso di contestazione del creditore che si oppone alla omologazione del piano, il parametro per valutare il rispetto della regola del *cram down* cambia. Prima della contestazione, il parametro di riferimento è il valore del bene. Dopo, in presenza di una contestazione da parte di un creditore, per valutare la convenienza del piano o dell'accordo si deve verificare se il credito del contestatore possa essere soddisfatto dall'esecuzione del piano in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria regolata dalla medesima legge.

Non più dunque soltanto il valore del bene ricavabile dalla sua vendita, ma il valore che potrebbe essere conseguito in sede di liquidazione nella quale, ai sensi dell'art. 268, comma 3, c. crisi (e del precedente art. 14 *ter*, comma 1, l. n. 3 del 2012) sono compresi tutti i beni del debitore ma

esclusi, in base al comma 6 della medesima disposizione: *a)* i crediti e le cose impignorabili; *b)* i crediti aventi carattere alimentare e di mantenimento, gli stipendi, le pensioni, i salari e ciò che il debitore guadagna con la sua attività nei limiti, indicati dal giudice, di quanto occorre al mantenimento suo e della sua famiglia; *c)* i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto disposto dall'art. 170 c.c.; *d)* le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge.

Ciò significa che l'importo da riservare al prelazionario contestatore potrebbe essere maggiore alla somma ricavabile dalla vendita del bene, dovendo essere uguale o superiore alla sommatoria data dal valore del bene venduto in sede di liquidazione e dal valore degli eventuali redditi del debitore che potrebbero essere in parte destinati al pagamento anche di quel credito nel contesto della procedura liquidatoria.

Ancóra una volta un trattamento potenzialmente diverso dello stesso credito munito di prelazione in relazione al quale la legge richiede di assegnare una somma pari quantomeno al valore del bene interessato dalla prelazione qualora il prelazionario non contesti il piano o l'accordo, mentre questa somma potrebbe essere maggiore qualora il prelazionario avanzi la contestazione e il sovraindebitato abbia redditi dei quali non si è tenuto conto per quantificare la percentuale di credito da riconoscere al prelazionario al momento della redazione del piano, ma sui quali questi potrebbe contare in caso di liquidazione.

L'art. 67, comma 5, c. crisi, prevede, poi, la possibilità di mantenere in vita il mutuo contratto dal consumatore sovraindebitato garantito da ipoteca iscritta sulla sua abitazione principale se siano state pagate le rate già scadute ovvero, in caso di mancato rispetto dei termini, se il giudice autorizza il pagamento del debito (per capitale e interessi) già scaduto. Al sovraindebitato è dunque concesso di pagare il mutuante ipotecario anche se il valore del bene messo a garanzia sia inferiore alla complessiva somma data dal debito non pagato e dal debito residuo con evidente pregiudizio per gli altri creditori e vantaggio per il mutuante. Tale preferenza si giustifica in ragione della natura del credito preferito che concerne un aspetto essenziale per la sfera personale del consumatore coincidente con il basilare interesse all'abitazione ⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰²⁾ In tal senso si veda anche ZANICHELLI, *op. cit.*, pp. 449 e 450.

Alla luce di quanto detto, nella ristrutturazione dei debiti del consumatore la *par condicio* opera in modo molto diverso ⁽¹⁰³⁾ rispetto alle classiche configurazioni che di essa si avevano nelle procedure concorsuali.

7. – Credo, in conclusione, che la logica che deve muovere la mano di chi cerca di collegare i pezzi di questo quadro così frastagliato non deve essere quella di separare le regole dalle eccezioni, oppure quella di trovare argomenti per dare sostegno all'esistenza di un principio da proclamare come assoluto o all'opposto derogabile, ma una logica disinteressata da spinte dogmatiche e invece sensibile alle peculiarità dei diversi casi come anche, soprattutto, agli interessi e valori che in questi scenari sono coinvolti.

Una logica che consentirebbe pertanto di andare oltre la piccola constatazione della perdita o dell'aumento di forza della *par condicio* come regola o come principio, ma che permetterebbe di avvedersi che la *par condicio* è stata ed è in grado di arricchirsi di modalità applicative nuove, sempre più complesse e capaci di armonizzare l'esigenza generale di organizzare il concorso dei creditori con i nuovi valori che l'evoluzione dei tempi e delle esigenze impongono, come quello della continuità delle imprese, anche bancarie, ovvero della tutela di interesse essenziali della persona.

Insomma, anche in questo caso non guardiamo al dito ma alla luna.