Cassazione civile, sezioni unite, n. 17186 del 28/06/2018

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI
Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f. -
Dott. TIRELLI Francesco - Presidente di Sez. -
Dott. D'ANTONIO Enrica - Consigliere -
Dott. VIRGILIO Biagio - Consigliere -
Dott. GRECO Antonio - Consigliere -
Dott. TRIA Lucia - Consigliere -
Dott. DE CHIARA Carlo - rel. Consigliere -
Dott. FRASCA Raffaele - Consigliere -
Dott. ACIERNO Maria - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sui ricorsi iscritti al n. (...) R.G. proposti da:

[Alfa] S.N.C. DI P.Z. & C., in persona del legale rappresentante Z.P., nonché Z.P., elettivamente domiciliate in (...), VIA (...), presso lo studio dell'avvocato (...), rappresentate e difese dall'avvocato (...);

- ricorrenti -

contro

[Beta] SGR S.P.A., [Gamma] S.R.L., entrambe con socio unico, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in (...), VIA (...), presso lo studio dell'avvocato (...), che le rappresenta e difende;

- controricorrenti -

e nei confronti di:

CURATORE DEL FALLIMENTO (OMISSIS) S.P.A.; S.G.;
SC.FR.;

- intimati -

e da:

S.G., elettivamente domiciliato in (...), (...), presso lo studio dell'avvocato (...), che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati (...) e (...);

- ricorrente incidentale -

contro

[BETA] SGR S.P.A., [GAMMA] S.R.L.,

entrambe con socio unico, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in (...), VIA (...), presso lo studio dell'avvocato (...), che le rappresenta e difende;

- controricorrenti -

e nei confronti di:

CURATORE DEL FALLIMENTO (OMISSIS) S.P.A.; [ALFA] S.N.C. DI

P.Z. & C.; Z.P.; SC.FR.;

- intimati -

e da:

SC.FR., elettivamente domiciliato in (...), PIAZZA (...), presso lo studio dell'avvocato (...), che lo rappresenta e difende;

- ricorrente incidentale -

contro

[BETA] SGR S.P.A., [GAMMA] S.R.L.,

entrambe con socio unico, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in (...), VIA (...), presso lo studio dell'avvocato (...), che le rappresenta e difende;

- controricorrenti -

e nei confronti di:

CURATORE DEL FALLIMENTO (OMISSIS) S.P.A.; [ALFA] S.N.C. DI

P.Z. & C.; Z.P.; S.G.

- intimati -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositato il 24/01/2012 nel proc. civ. iscritto al n. (...) V.G.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 19/12/2017 dal Consigliere Dott. CARLO DE CHIARA;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SALVATO Luigi, che ha concluso per il rigetto dei ricorsi;

uditi gli avvocati (...) e (...) per delega dell'Avv. (...).

FATTI DI CAUSA

[Beta] SGR s.p.a. con socio unico (di seguito [Beta]) e [Gamma] s.r.l. con socio unico (di seguito [Gamma]) l'8 marzo 2010 proposero un concordato a chiusura del fallimento di (OMISSIS) s.p.a., prevedendo il pagamento del 30% dei crediti chirografari, ad eccezione di quelli spettanti ad [X] s.r.l. e a [Y] s.r.l., che sarebbero stati regolati a parte. La proposta fu approvata a maggioranza con il voto favorevole di queste ultime.

I sig.ri S.G. e Sc.Fr., in qualità di creditori, e [Alfa] s.n.c. di P.Z. (di seguito [Alfa]), nonché la sig.ra Z. in proprio, in qualità di ex socie della società fallita, si opposero all'omologazione, che fu negata dal Tribunale di Roma, con decreto del 15 marzo 2011, sul rilievo che la proposta era stata approvata da una maggioranza illegittima perchè comprendente il voto determinante delle due predette società creditrici: queste, infatti, andavano escluse dal voto essendo portatrici di un conflitto di interesse, in quanto facevano parte del medesimo gruppo societario di appartenenza delle proponenti.

La Corte d'appello, in accoglimento del reclamo delle società proponenti, ha negato che nella procedura di concordato fallimentare sia configurabile un conflitto di interessi, al punto che lo stesso creditore proponente è ammesso al voto, in difetto di una norma che lo escluda, e ha anche dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della L. Fall., art. 127, ove interpretato nel senso di consentire il voto del proponente, sollevata dal curatore del fallimento per violazione degli artt. 3 e 42 Cost..

La Corte ha altresì respinto il reclamo della società [Alfa] e della sig.ra Z., confermando la decisione del Tribunale che aveva dichiarato il loro difetto di legittimazione ad opporsi al concordato, sul rilievo che sin dal 1 dicembre 2009 esse avevano perso la qualità di socie della società fallita, avendo ceduto a terzi le rispettive quote.

La medesima Corte, pertanto, osservato che "nel resto, il procedimento è stato regolare", ha omologato il concordato.

Avverso il decreto della Corte d'appello sono stati proposti tre distinti ricorsi per cassazione da parte della società [Alfa] e della sig.ra Z., del sig. S.G. e del sig. Sc.Fr., contenenti rispettivamente otto, sette e sei motivi di censura. Le società [Beta] e [Gamma] , congiuntamente, hanno contrastato i ricorsi con altrettanti controricorsi e con note di udienza. Il ricorrente sig. S. ha depositato anche memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.. La curatela fallimentare non ha svolto difese.

La Prima Sezione di questa Corte, davanti alla quale i ricorsi erano stati chiamati all'udienza del 20 febbraio 2017, con ordinanza interlocutoria 12 aprile 2017, n. 9411 ha disposto la rimessione dei medesimi al Primo Presidente, ai fini dell'assegnazione alle Sezioni Unite in relazione alla questione di massima di particolare importanza relativa alla spettanza del diritto di voto, nel concordato fallimentare, al creditore proponente o ad altre parti creditrici a lui correlate.

Il Primo Presidente ha disposto in conformità.

Il ricorrente sig. S. e le società controricorrenti hanno presentato memorie in vista dell'udienza davanti alle Sezioni Unite.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Come riferito nell'ordinanza interlocutoria della Prima Sezione, le società controricorrenti hanno eccepito, con note presentate per l'udienza davanti a quel Collegio, corredate da nuovi documenti, la cessazione della materia del contendere per effetto del verificarsi della condizione risolutiva apposta al concordato per il mancato avvio di azioni giudiziarie volte ad ottenere il rilascio di un immobile rientrante nella massa; la difesa del ricorrente S. si è opposta nella discussione orale davanti alla medesima Sezione e quest'ultima ha quindi ritenuto di disattendere l'eccezione per difetto di prova evidente del suo fondamento.

1.1. Il rigetto di tale eccezione, del resto non coltivata nelle difese svolte dalle controricorrenti davanti alle Sezioni Unite, va confermato anche in questa sede.

2. Con il primo motivo del ricorso proposto da [Alfa] s.n.c. e dalla sig.ra Z.P. (ricorso da qualificare principale in quanto notificato prima degli altri) si denuncia violazione della L. Fall., art. 129, che attribuisce la legittimazione ad opporsi al concordato fallimentare non soltanto al fallito e ai creditori dissenzienti, ma anche a "qualsiasi altro interessato". Le ricorrenti si dolgono che la Corte d'appello abbia confermato la decisione negativa sulla loro legittimazione, assunta del Tribunale sul rilievo che esse avevano perso la qualità di socie della società fallita sin dal 1 dicembre 2009, avendo ceduto a terzi le loro quote. Ad avviso delle ricorrenti, invece, residuava in capo ad esse, ciò nonostante, un interesse ad opporsi in considerazione del "contenzioso giudiziale in essere tra loro e l'acquirente delle quote" richiamato anche nel decreto impugnato.

2.1. Il motivo è inammissibile a causa della assoluta genericità del riferimento al contenzioso in essere tra le ricorrenti e l'acquirente delle loro quote, del cui oggetto e contenuto non viene precisato alcunchè nel ricorso, impedendo in tal modo qualsiasi verifica delle possibili ricadute del contenzioso stesso sull'interesse delle ricorrenti ad opporsi all'omologazione del concordato.

3. Con il secondo motivo del ricorso la medesima statuizione negativa sulla legittimazione delle ricorrenti ad opporsi all'omologazione del concordato viene censurata per avere la Corte d'appello omesso qualsiasi motivazione sull'interesse delle ricorrenti ad opporsi al concordato ricavabile da una scrittura privata depositata agli atti, intercorsa tra [Y] s.r.l. e [Alfa] s.n.c..

In tale scrittura si legge - secondo quanto riportato nel ricorso - che "il Concordato verrà presentato da una società controllata o collegata a [Y] nella quale una partecipazione pari al 9,9% verrà riservata a [Alfa] " e che "... in ipotesi in cui [Y] abbia esercitato l'opzione e abbia acquistato l'intera partecipazione detenuta da [Alfa] in (OMISSIS), [Y] sia stata integralmente soddisfatta del rendimento minimo dal proponente, [Y] sia validamente succeduta nelle azioni giudiziarie o pretese vantate a qualsiasi titolo

dal Fallimento (OMISSIS) nei confronti di Monti Real estate s.r.l., la stessa [Y] concede a [Alfa] un'opzione ex art. 1331 c.c., da esercitarsi mediante semplice richiesta scritta di quest'ultima, di acquisto dell'intera partecipazione detenuta da [Y] nel capitale di (OMISSIS)...". Ad avviso delle ricorrenti, da tale documento si ricaverebbe che [Alfa] vantava "diritti sulla partecipazione al capitale sociale di (OMISSIS)" e come tale era dunque interessata ad opporsi all'omologazione.

3.1. Neanche tale motivo può essere accolto, perchè dal contenuto del documento sopra riportato non è affatto ricavabile l'esistenza di un interesse della società ricorrente ad opporsi al concordato. Semmai, anzi, sembra ricavabile l'esistenza di un interesse contrario, un interesse, cioè, all'omologazione del concordato, considerato che la concessione in favore della società ricorrente dell'opzione di acquisto della partecipazione nella società fallita è subordinata a una serie di condizioni - e in particolare a quella della successione di [Y] nelle azioni giudiziarie o pretese vantate dal fallimento nei confronti della società (...) - che sembrano presupporre il buon fine del concordato stesso.

4. Disattesi i motivi di cui sopra e confermato, conseguentemente, il difetto di legittimazione delle ricorrenti principali, i restanti motivi di ricorso articolati dalle medesime, attinenti al merito della controversia, sono inammissibili. Le questioni in essi sollevate, peraltro, verranno comunque esaminate di seguito in quanto poste dagli altri ricorrenti.

5. Con il primo motivo dei ricorsi proposti dal sig. S. e dal sig. Sc., di contenuto identico, si denuncia violazione della L. Fall., art. 124 e omissione di pronuncia, per avere la Corte d'appello mancato di dichiarare l'inammissibilità della domanda di concordato in quanto presentata oltre il biennio dalla data del decreto di esecutività dello stato passivo. Si sostiene infatti che quel termine vale non soltanto per il fallito (e parti correlate), come espressamente previsto dalla norma, ma anche per qualsiasi altro proponente, in virtù della ratio di contrasto di proposte concordatarie dilatorie o comunque idonee a generare complicazioni per gli organi della procedura, e si lamenta che la Corte d'appello non si sia data carico della questione, pur sollevata davanti ad essa.

5.1. Il motivo non può essere accolto.

Anzitutto, la censura di omessa pronuncia è priva di fondamento perché la Corte d'appello, nello statuire, come si è riferito sopra in narrativa, che "per il resto, il procedimento è stato regolare", ha evidentemente dichiarato infondata anche tale ragione di inammissibilità della proposta di concordato.

Infondata è anche la censura di violazione di legge.

La ratio di contrasto di manovre dilatorie, indubbiamente presente nella norma in questione, non è sufficiente a giustificare l'estensione analogica della medesima regola alle proposte provenienti da creditori o terzi. Il legislatore ha infatti individuato - non certo irragionevolmente - nella proposta concordataria del fallito il rischio di finalizzazione a strategie intese a ritardare la procedura e in particolare la liquidazione dell'attivo; analogo rischio non ha invece ravvisato - altrettanto ragionevolmente - nelle proposte dei creditori o di terzi, dei quali è difficile ipotizzare, di regola, un interesse a ritardare la liquidazione, mentre l'imposizione ingiustificata di termini di decadenza per la presentazione di proposte di concordato rischierebbe di compromettere altrettanto ingiustificatamente eventuali possibilità di conveniente chiusura del fallimento.

6. Anche il secondo motivo, con cui si denuncia nuovamente violazione della L. Fall., art. 124 e omissione di pronuncia, ha identico contenuto nei ricorsi S. e Sc.. Si lamenta che la Corte d'appello, senza nulla osservare in proposito nonostante la questione fosse stata sollevata dagli attuali ricorrenti, abbia mancato di dichiarare l'inammissibilità della domanda di concordato in quanto presentata, oltre il biennio dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, da società correlata alla fallita. Premessa, in diritto, una nozione sostanziale di controllo ai sensi della L. Fall., art. 124, si afferma, in fatto, l'esistenza di un unico soggetto economico, denominato "Gruppo (...)", che aveva realizzato l'intera operazione assumendo un ruolo come fallito, come proponente e come creditore, frazionando questo ruolo fra enti interposti, e si osserva che l'esistenza di tale complesso intreccio societario era stata puntualmente descritta e accertata dal Tribunale, senza che detto accertamento sia stato fatto oggetto di diversa valutazione da parte della Corte d'appello.

6.1. Neanche questo motivo può essere accolto.

Anche a questo proposito, come già osservato nell'esaminare il primo motivo, va esclusa l'omissione di pronuncia da parte della Corte d'appello, che ha espressamente dato atto della legittimità del procedura sotto ogni profilo.

La censura di violazione della L. Fall., art. 124, invece, è inammissibile perché la questione giuridica è priva di base fattuale, come correttamente osservano le controricorrenti. Le quali non soltanto contestano che la società fallita e le società proponenti fossero, alla data della proposta di concordato, soggette a comune controllo, ma fanno presente - correttamente - che l'accertamento del Tribunale riguardava il collegamento tra proponenti e società creditrici [X] e [Y], in funzione della statuizione con cui si negava a queste ultime il diritto di voto, non già il collegamento tra proponenti e società fallita, rilevante invece per la questione in esame.

7. Il terzo, il quarto e il quinto motivo dei ricorsi S. e Sc. (denominati 3^, 3^ bis e 3^ ter nel ricorso S.), identici nei due ricorsi e rubricati come denuncia di violazione della L. Fall., art. 127, nonché il sesto

motivo del ricorso S. (denominato 4^), rubricato come denuncia di violazione della L. Fall., artt. 124 e 127, sono connessi e vanno pertanto esaminati congiuntamente.

7.1. Con il terzo motivo si censura l'affermazione della Corte d'appello secondo cui lo stesso proponente, che sia anche creditore, non sarebbe escluso dal voto nel concordato, onde a maggior ragione non ne sarebbero escluse le società correlate alla società proponente. Sostengono i ricorrenti che invece il proponente non ha diritto di voto, perchè deve esservi necessariamente alterità tra proponente e votante, e che la sua esclusione dal voto non è prevista dalla legge per la semplice ragione che sarebbe stato inutile, essendo ovvio che uno stesso soggetto non può cumulare in sè i ruoli di entrambe le parti contrattuali. Negano, inoltre, qualsiasi similitudine con la fattispecie del contratto con se stesso, che l'art. 1395 c.c., dichiara soltanto annullabile, non trattandosi di fattispecie simile al contratto stipulato dal rappresentante, ma di fattispecie in cui una stessa parte assume entrambe le obbligazioni dedotte nell'accordo. Sollevano infine, in via subordinata, eccezione di illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 42 Cost., L. Fall., art. 127, ove interpretato nel senso dell'ammissione al voto del proponente e delle società a lui correlate.

7.2. Con il quarto motivo si contesta l'affermazione della Corte d'appello secondo cui in materia di concordato non può configurarsi un conflitto di interessi, non costituendo la massa dei creditori un soggetto giuridico autonomo o un autonomo centro di imputazione di interessi, bensì una comunità involontaria. Si osserva che invece si tratta di una comunità volontaria - aderendovi ciascun creditore mediante la domanda di insinuazione al passivo - il cui comune interesse è rivolto alla migliore regolazione del dissesto, che significa, in sede di valutazione della proposta di concordato, valutazione comparativa della convenienza del concordato stesso rispetto all'alternativa costituita dalla liquidazione fallimentare.

7.3. Con il quinto motivo si osserva che, non essendo controverso che le creditrici [X] e [Y] sono parti correlate, rispettivamente, alle proponenti [Gamma] e [Beta] , illegittimamente la Corte d'appello ha tenuto conto del loro voto determinante nel calcolo della maggioranza necessaria per l'approvazione del concordato.

7.4. Con il sesto motivo del ricorso S., subordinato ai precedenti, si sostiene che comunque la posizione delle parti correlate alle proponenti avrebbe imposto la formazione di una classe separata, in modo da rendere omogenea la posizione dei creditori.

7.5. La complessiva censura articolata dai ricorrenti è fondata nei sensi che seguono.

7.5.1. è pregiudiziale la questione se al creditore che abbia presentato la proposta di concordato spetti o meno il diritto di voto ai fini della sua approvazione; solo in caso di risposta negativa vi sarà ragione

di porsi l'ulteriore questione, qui direttamente rilevante, della spettanza del diritto di voto alle società correlate alla società proponente.

La problematica non si è mai posta prima della riforma del diritto fallimentare introdotta con il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, perché solo con tale riforma è stata riconosciuta la legittimazione dei creditori a proporre un concordato fallimentare.

Una risposta negativa alla prima, pregiudiziale questione è stata data dalla Prima Sezione di questa Corte in un obiter dictum della sentenza 10/02/2011, n. 3274. Sollecitato ad estendere al concordato fallimentare la disciplina del conflitto d'interesse del socio di società per azioni (art. 2373 c.c.), in fattispecie di voto concordatario espresso da creditore ritenuto in conflitto essendo esposto ad azioni revocatorie in caso di fallimento del debitore, il Collegio osservò che una situazione di conflitto analoga a quella presupposta dall'art. 2373 cod. civ. non è configurabile nel concordato fallimentare, in quanto "il fallimento non è un soggetto giuridico autonomo di cui i creditori siano in qualche modo partecipi e il complesso dei creditori concorrenti viene costituito in corpo deliberante in modo del tutto casuale e involontario così che non è avvinto da alcun patto che comporti, in una qualche occasione, la necessità di valutare un interesse comune trascendente quello dei singoli". Caratteristica dei rapporti tra i creditori concorrenti non è la condivisione, bensì il contrasto, e del resto il legislatore, "ben conscio della realtà, non ha inserito una norma generale sul conflitto di interessi nell'ambito delle votazioni ma ne ha, al contrario, implicitamente escluso la sussistenza disciplinando specificatamente i casi di rilevanza del conflitto (art. 37 bis, comma 2; art. 40 comma 4; art. 127, commi 5 e 6; art. 177, u.c.), cosi che la partecipazione al voto è la norma mentre l'esclusione è l'eccezione e deve essere espressamente prevista". Caso emblematico della non configurabilità di un conflitto d'interessi, secondo il precedente in rassegna, è appunto "quello del creditore proponente il concordato che non viene escluso dal voto sulla sua stessa proposta (...), benché il suo interesse al minor impegno possibile confligga con quello degli altri creditori al maggior soddisfacimento possibile; poiché appunto la sua esclusione dal voto non è prevista, benché il caso non possa evidentemente non essere stato presente al legislatore, ne viene confermato l'assunto secondo cui non vi è alcun conflitto che rilevi posto che il creditore, anche se proponente, rappresenta solo sé stesso e non anche la massa di cui pure fa parte".

Può osservarsi che è un dato di fatto la mancanza, nella legge fallimentare, di una norma generale, analoga a quella di cui all'art. 2373 c.c. (nonché all'art. 2379 ter), in materia di assemblea delle società, che disciplini il conflitto d'interesse dei creditori nel voto sul concordato. Ciò non significa, tuttavia, che nel concordato non siano configurabili conflitti d'interesse in relazione al voto dei creditori, come dimostrano le esclusioni dal voto - previste dalla L. Fall., art. 127, commi 5 e 6, in tema di concordato fallimentare, e dall'analogo art. 177, comma 4, in tema di concordato preventivo - di taluni congiunti del fallito e degli acquirenti di loro crediti da meno di un anno prima della dichiarazione del fallimento,

nonché delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo rispetto ad essi. Tali norme non trovano spiegazione se non con la finalità di neutralizzare, appunto, un conflitto tra l'interesse proprio di singoli creditori di cui si tratta (in quanto collegato all'interesse del fallito) e l'interesse comune a tutti i creditori.

Perché sia configurabile un confitto di interessi di un soggetto, in quanto parte di una collettività, è invero sufficiente il contrasto di un suo interesse individuale con l'interesse comune all'intera collettività, mentre non è necessario che quest'ultima costituisca un distinto soggetto o centro d'imputazione di situazioni giuridiche.

Il tema del conflitto di interessi dei creditori nei concordati di massa è stato oggetto di attenzione in dottrina, rinvenendosi in esso, al pari che nelle assemblee societarie, un terreno privilegiato di verifica della tenuta di un principio cardine del diritto privato, quello dell'autonomia negoziale, vista nel suo risvolto negativo di divieto di eteronomia, ossia quale principio di intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui. In tale prospettiva, si è condivisibilmente osservato che l'eteronomia nei confronti della minoranza, insita nella regola di prevalenza della maggioranza, applicabile all'approvazione del concordato così come alle assemblee societarie, in tanto è compatibile con il principio dell'autonomia privata, in quanto sia giustificata dalla necessità di realizzare, appunto, un interesse comune a tutti i partecipanti; sicché il principio (di autonomia) è messo in crisi tutte le volte in cui la scelta della maggioranza sia inquinata in maniera decisiva dalla presenza, in capo a taluno dei suoi componenti, di un conflitto di interessi, il quale va pertanto neutralizzato, o "sterilizzato", come pure suol dirsi.

Tecnica comune di sterilizzazione dei conflitti di interesse nelle votazioni è il divieto, variamente sanzionato, di partecipazione al voto (e conseguentemente al calcolo della maggioranza) dei soggetti in situazione di conflitto. Con specifico riferimento al settore dei concordati, a tale tecnica è stata più di recente affiancata, in dottrina (nonché, ancor più di recente, anche nella legislazione, come meglio si vedrà appresso), quella della collocazione dei soggetti in conflitto in una classe omogenea a parte, con l'effetto che il prevalere della volontà della maggioranza, comprendente la presenza decisiva dei creditori in conflitto d'interessi, quantomeno non può verificarsi senza una verifica imparziale, da parte del giudice, della convenienza della scelta maggioritaria anche per la minoranza dissenziente, onde scongiurare l'effettivo sacrificio dell'interesse di quest'ultima (in tal caso riproponendosi - ai sensi della L. Fall., art. 180, comma 4, quanto al concordato preventivo, e dell'art. 129, comma 5, quanto al concordato fallimentare - quel giudizio di convenienza la cui presenza, nel regime anteriore alla riforma, aveva fortemente attenuato le conseguenze della mancanza di una compiuta disciplina del conflitto d'interesse).

I casi di conflitti di interessi ipotizzabili in astratto sono innumerevoli e, naturalmente, spetta alla legge stabilire quali ipotesi siano rilevanti e quali no, indicando il rimedio più opportuno per neutralizzare il conflitto stesso.

Come si è già accennato, mentre in tema di voto nell'assemblea delle società di capitali il legislatore ha ritenuto di dettare norme generali sul conflitto di interessi dei soci (l'art. 2373 c.c., quanto alla società per azioni, e l'art. 2379 ter, quanto alla società a responsabilità limitata), in tema di voto nel concordato fallimentare, invece, manca una analoga previsione di carattere generale, ma sono indicate, all'art. 127, commi 5 e 6, soltanto alcune ipotesi di esclusione dal voto giustificabili con l'esigenza di neutralizzare un conflitto d'interesse. Ciò però di per sè non autorizza a concludere che non rilevino anche altre ipotesi, non indicate espressamente dalla legge ma da essa implicate e ricavabili dalla sua corretta interpretazione: può senz'altro affermarsi che le ipotesi di esclusione dal voto debbano essere previste dalla legge, l'ammissione del creditore essendo la regola, ma non v'è alcuna ragione per ritenere che la previsione dell'esclusione debba necessariamente essere "espressa".

Tanto premesso, si può venire al quesito se il creditore che propone il concordato abbia diritto di votare sulla sua approvazione o se tale diritto non gli sia riconosciuto trovandosi egli in una situazione di conflitto d'interesse.

Si è già osservato che l'esigenza della sterilizzazione dei conflitti d'interesse è, in definitiva, imposta dal fondamentale principio dell'autonomia privata, nella quale anche il concordato fallimentare si iscrive per i suoi pacifici profili contrattualistici, dei quali, anzi, l'approvazione della proposta è l'essenziale manifestazione.

Ora, tra chi formula la proposta di concordato (così come, del resto, una qualsiasi proposta contrattuale) e i creditori che tale proposta sono chiamati ad accettare (così come, in genere, i destinatari di una qualsiasi proposta contrattuale) vi è un contrasto di interessi di carattere immanente, coessenziale alle loro stesse qualità, essendo l'uno propriamente qualificabile come controparte degli altri: interessato, il primo, a concludere l'accordo con il minor esborso possibile, e gli altri, all'opposto, a massimizzare la soddisfazione dei loro crediti. Alla luce di questa considerazione va interpretato il silenzio del legislatore sul diritto di voto del creditore proponente il concordato fallimentare, diritto non espressamente negato, ma neppure espressamente riconosciuto dalla legge (diversamente è a dirsi quanto al concordato preventivo, come meglio si vedrà appresso). Se a ciò si aggiunge la già richiamata centralità del principio dell'autonomia privata e delle implicazioni di questa in tema di conflitto di interessi negli atti collettivi, diventa arduo sostenere che il silenzio della legge sia da interpretare come implicita ammissione del voto del creditore proponente, piuttosto che, al contrario, come implicita esclusione dello stesso. L'irrilevanza dell'immanente contrasto tra l'interesse del

proponente e l'interesse comune dei creditori, ai quali la proposta è rivolta, si collocherebbe, invero, fuori del sistema: costituirebbe un'evidente lesione dell'autonomia privata dei creditori, contrastante con la stessa nozione di contratto (nella misura in cui essa pacificamente rileva nell'istituto del concordato), assoggettare i creditori alla volontà, in ipotesi decisiva, della loro stessa controparte, senza neppure la garanzia di un giudizio imparziale di compatibilità in concreto di tale volontà con l'interesse comune, in nome del quale soltanto si giustifica, come si è visto, l'applicazione della regola maggioritaria. Quella compatibilità - per essere più espliciti - la cui concreta verifica è affidata al giudice attraverso la valutazione del pericolo di danno per la società ai sensi degli artt. 2373 e 2379 ter c.c., nel diritto societario, o attraverso il meccanismo del classamento, come suggerito dalla dottrina, nei concordati.

Una indiretta conferma di quanto sin qui osservato può trarsi dalla L. Fall., art. 163, comma 6, aggiunto dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, conv., con modif., in L. 6 agosto 2015, n. 132. Esso prevede, in tema di proposte concorrenti nel concordato preventivo, che "i creditori che presentano una proposta di concordato concorrente hanno diritto di voto sulla medesima solo se collocati in una autonoma classe". Viene dunque confermato che i creditori proponenti di regola non hanno diritto di voto sulla loro stessa proposta; dando rilievo, tuttavia, anche al loro ruolo di creditori, come tali interessati alla soddisfazione dei propri crediti, si ammette la loro partecipazione al voto, ma solo a condizione che sia neutralizzato il conflitto d'interesse, in cui versano, mediante la tecnica del classamento.

Nella disciplina del concordato fallimentare non esiste una disposizione analoga all'art. 163, comma 6, cit., peraltro entrata in vigore in epoca successiva a i fatti per cui è causa, ai quali dunque non resta che applicare la regola del divieto di voto per il creditore proponente.

Va infine aggiunto, per concludere sulla questione, che non persuade l'obiezione, sollevata dalle controricorrenti nella memoria, secondo cui, negando il diritto di voto al creditore proponente, si finirebbe con il legittimare conclusioni arbitrarie perché, ad esempio, "in caso di fallimento con un solo creditore, non potrà farsi luogo a concordato fallimentare, ancorché la soluzione concordataria risulti economicamente favorevole, poiché l'unico creditore proponente si troverebbe in una situazione di conflitto, e sarebbe perciò sprovvisto del diritto di votare". Nel caso di concordato proposto dall'unico creditore, invero, viene meno la stessa necessità della votazione sulla proposta, identificandosi chi formula la proposta stessa con chi dovrebbe approvarla; sicché la fase dell'approvazione, evidentemente inutile, viene saltata, passandosi direttamente alla fase successiva dell'omologazione.

7.5.2. Può a questo punto prendersi in considerazione la questione, direttamente rilevante in causa, della legittimazione al voto concordatario delle società correlate alla società proponente.

Decisiva in proposito è la disposizione di cui della L. Fall., art. 127, comma 6.

Tale articolo, nel disciplinare il voto nel concordato, prevede, in particolare, al comma 5, come si è già visto, che i creditori che siano coniuge o parenti o affini entro il quarto grado del debitore, nonché i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della dichiarazione di fallimento, sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze. Al comma successivo - il sesto, appunto - aggiunge: "La stessa disciplina si applica ai crediti delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo".

Deve ritenersi preferibile una interpretazione estensiva della regola di cui al sesto comma, che ne consenta l'applicazione non soltanto alle ipotesi di conflitto di interessi menzionate al comma precedente, ma anche a tutte le ipotesi di esclusione dal voto per conflitto di interessi.

Una tale interpretazione, invero, non solo non trova ostacoli nel testo normativo, che colloca la regola in un comma a sè stante e dunque non la collega espressamente alle sole fattispecie di cui al comma precedente, ma è raccomandata da persuasive ragioni di carattere logico-sistematico. L'estensione dell'esclusione dal voto alle società correlate, infatti, si giustifica per la considerazione che la loro volontà (voto) è efficacemente condizionata o condizionabile dai soggetti che direttamente versano in situazione di conflitto, e non vi è alcuna ragione per ritenere che tale logica valga esclusivamente quanto al conflitto d'interesse dei creditori congiunti del fallito, e non anche quanto a quello del creditore proponente.

A ben guardare, inoltre, quella regola vale non soltanto per le società correlate a società creditrici, ma anche per tutte le società creditrici correlate a società che versano in conflitto d'interesse senza essere creditrici. E' il caso, evidente ancorché non espressamente considerato dall'art. 127, della società fallita: le società ad essa correlate non possono non essere - anzi devono, a maggior ragione, essere - soggette alla stessa regola di esclusione dal voto valevole, in base all'espresso disposto dei commi quinto e sesto, per le società correlate ai congiunti del fallito (non a caso l'art. 177, comma 4, prevede espressamente, per il concordato preventivo, l'esclusione dal voto delle società correlate alla società fallita). Ed è anche il caso, del pari non espressamente previsto, ma ugualmente evidente (se è esatto quanto sopra osservato sull'immanente conflitto d'interesse tra proponente e accettante anche nel concordato fallimentare) della società che propone il concordato e delle società ad esse correlate.

Propendere, diversamente, per un'interpretazione non estensiva della L. Fall., art. 127, comma 6, comporterebbe dunque ingiustificabili lacune e contraddizioni nella disciplina del conflitto d'interesse nel voto concordatario.

7.5.3. L'accoglimento delle censure articolate dai ricorrenti, nei sensi sopra indicati, comporta l'assorbimento dell'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata dai medesimi in via subordinata.

8. Il settimo motivo del ricorso S. (indicato dal ricorrente con il numero 5^) e il sesto motivo del ricorso Sc., con i quali si invoca, subordinatamente al rigetto dei precedenti motivi, l'applicazione della clausola generale di buona fede, sono assorbiti.

9. In conclusione, il ricorso proposto da [Alfa] s.n.c. e dalla sig.ra Z. va respinto, mentre i ricorsi proposti dal sig. S. e dal sig. Sc. vanno accolti nei sensi di cui sopra.

Avendo il giudice a quo negato in radice, in punto di diritto, l'esclusione dal voto delle società creditrici [X] s.r.l. e [Y] s.r.l., con conseguente assorbimento delle questioni se esse siano o meno controllate o controllanti o sottoposte a comune controllo, rispetto alle società proponenti, e se il loro voto sia stato o meno determinante nell'approvazione del concordato, s'impone il rinvio della causa al giudice indicato in dispositivo, il quale si atterrà al seguente principio di diritto: "sono escluse dal voto sulla proposta di concordato fallimentare e dal calcolo delle maggioranze le società che controllano la società proponente o sono da essa controllate o sono sottoposte a comune controllo".

Il giudice di rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità nei rapporti tra i ricorrenti sig.ri S. e Sc. e le controricorrenti.

Quanto ai rapporti tra queste ultime e le ricorrenti [Alfa] s.n.c. e sig.ra Z., il criterio della soccombenza impone la condanna delle ricorrenti in favore delle controricorrenti, secondo la liquidazione effettuata in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso proposto da [Alfa] di P.Z. & C. s.n.c. e dalla sig.ra Z.P.. Condanna le predette ricorrenti al pagamento, in favore delle società controricorrenti, delle spese del giudizio di cassazione, che liquida in Euro 5.000,00 per compensi ed Euro 200,00 per esborsi, oltre alle spese forfettarie liquidate nella misura del 15% e agli accessori di legge.

Accoglie nei sensi di cui in motivazione i ricorsi proposti dal sig. S.G. e dal sig. Sc.Fr., cassa il decreto impugnato in relazione alle censure accolte e rinvia, anche per le spese nei rapporti tra i ricorrenti predetti e le società controricorrenti, alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 19 dicembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 28 giugno 2018