

GIURISPRUDENZA COMMERCIALE

40.5 Settembre-Ottobre 2013

Publicazione bimestrale

ISSN 0390-2269

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

Di particolare interesse in questo numero:

Crisi e responsabilità degli organi di controllo

Rassegna di giurisprudenza su direzione e coordinamento

Prededucibilità dei crediti nelle procedure concorsuali

Contraffazione del brevetto per equivalenti



GIUFFRÈ EDITORE

© Copyright - Giuffrè Editore

SOMMARIO

PARTE PRIMA

DOTTRINA

<i>L'odierno significato della mutualità prevalente nelle cooperative</i> , di Giorgio Marasà	847
<i>Il recesso dalle società lucrative di capitali a dieci anni dalla riforma</i> , di Carlo Granelli	862
<i>Notarelle sulla legge in materia di professioni non organizzate</i> , di Gian Domenico Mosco	888
<i>La responsabilità degli organi di controllo nella crisi d'impresa</i> , di Roberto Rosapepe	896
<i>I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità</i> , di Luigi Ardizzone e Matteo L. Vitali	919
<i>Associazioni e fondazioni con compiti di amministrazione pubblica</i> , di Franco Sciarretta	951
<i>La concorsualità dell'azione revocatoria ordinaria nel fallimento</i> , di Massimo Fabiani	985
<i>L'estensione delle norme sugli abusi di mercato agli strumenti finanziari negoziati sui sistemi multilaterali di negoziazione</i> , di Paolo Maggini.	1014
<i>L'azione revocatoria nel fallimento</i> , di Giuseppe Bozza	1026
<i>Il trattamento dei creditori con diritti di prelazione nel nuovo concordato preventivo</i> , di Lorenzo Benedetti	1044

PARTE SECONDA

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

<i>Dieci anni di giurisprudenza sulla «direzione e coordinamento di società»</i> , di Serena Maddaluno	743
--	-----

COMMENTI

<i>Preveducibilità dei crediti sorti «in funzione» della procedura concorsuale</i> , di Giampaolo Ciervo (Cass., 8 aprile 2013, n. 8533)	773
<i>Inadempimento dell'obbligo di opa e risarcimento del danno: il caso SAI-Fondiarìa approda in Cassazione</i> , di Stefano Cacchi Pessani (Cass., 10 agosto 2012, n. 14400)	793
<i>La Corte di cassazione si pronuncia ancora in materia di contraffazione per equivalenti</i> , di Daria Sbariscia (Cass., 12 giugno 2012, n. 9548).....	833
<i>Subentro ex lege del curatore nei rapporti giuridici pendenti a seguito dell'esercizio provvisorio e preveducibilità</i> , di Alessio Filippo Di Girolamo (Cass., 19 marzo 2012, n. 4303)	845
<i>Il problema (dei limiti) dell'esercizio della funzione di vigilanza della Consob</i> , di Valeria Renzulli (Cass., 23 marzo 2011, n. 6681)	861
<i>La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni: un confronto tra la normativa previgente e quella attuale</i> , di Tommaso Iannaccone (Cass., 14 marzo 2011, n. 5993)	887
<i>Risoluzione del concordato preventivo: sospensione degli effetti della sentenza di risoluzione e decadenza dall'azione</i> , di Giulia Moratti (App. Genova, 20 febbraio 2013; App. Genova, 13 dicembre 2012).	904
<i>Il termine per la convocazione dell'assemblea di s.p.a. (con digressione in tema di s.p.a. quotata)</i> , di Rolandino Guidotti (Trib. Milano, 23 gennaio 2012).....	914
<i>L'obbligo della banca di verificare l'identità del soggetto che pone in essere operazioni bancarie</i> , di Stella Intelisano (Trib. Novara, 17 ottobre 2011)	927

INDICE ANALITICO DELLE DECISIONI

(I numeri in neretto si riferiscono alle pagine di questo fascicolo)

ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

Azione di responsabilità

Legittimazione passiva della società controllata - Inesistenza..... 487

Azione di responsabilità verso la capogruppo

Onere di preventiva escussione della controllata in fase esecutiva..... 486

IV

Il trattamento dei creditori con diritti di prelazione nel nuovo concordato preventivo

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La *ratio* dell'esclusione del voto per i creditori garantiti. — 3. *Segue...*: l'interesse non omogeneo dei creditori prelatizi "capianti" sulla garanzia rispetto a quello dei chirografari e la corretta formazione della maggioranza. — 4. Il trattamento dei prelatizi falcidiati. — 5. *Segue*: la misura del voto dei creditori prelatizi. — 6. Obbligatorietà del classamento dei privilegiati falcidiati? — 7. *Segue*. — 8. Il voto dei creditori prelatizi falcidiati in caso di formazione delle classi. — 9. Come possono essere soddisfatti i creditori prelatizi? — 9.1. La soddisfazione è diversa dall'adempimento o pagamento dell'obbligazione. — 9.2. La pretesa incompatibilità fra novazione oggettiva del credito garantito e funzione della garanzia. Critica. — 9.3. *Segue*. — 9.4. Il voto per manifestare il consenso alla novazione. — 9.5. Il consenso espresso non individualmente, bensì a maggioranza. — 9.6. I crediti prelatizi possono essere dilazionati? La tesi contraria. — 9.7. *Segue*: le novità del c.d. decreto sviluppo. — 9.8. *Segue*: Spunti comparatistici. — 9.9. Il voto dei creditori privilegiati dilazionati. — 10. La relazione giurata di stima del valore di realizzo della garanzia. — 11. I rimedi in caso di stima del professionista errata.

1. *Premessa*. — Il nuovo articolo 177 l. fall., introdotto dal d.lgs. 169/2007, dispone che i creditori dotati di privilegio, pegno o ipoteca "non hanno diritto di voto" (1).

A questo principio seguono due eccezioni: i creditori garantiti acquistano il diritto di votare sulla proposta di concordato

— se "rinunciano in tutto o in parte al diritto di prelazione";

— se "la proposta di concordato prevede, ai sensi dell'articolo 160, la soddisfazione non integrale".

In verità, quest'ultima eccezione non è espressamente enunciata dalla disposizione in esame, la quale si limita a prescrivere che, qualora sia prevista la falcidia dei creditori prelatizi nei limiti consentiti dall'art. 160 l. fall., essi "sono equiparati ai chirografari per la parte residua del credito" (art. 177, co. 3, l. fall.). La deroga alla regola generale dell'esclusione dal voto dei creditori aventi un diritto di prelazione risulta evidente, tuttavia, in quanto essi vengono equiparati ai chirografari, che partecipano all'approvazione della proposta di concordato. Inoltre, il fatto che tale equiparazione fra le due categorie di creditori riguardi (almeno) il diritto al voto

(1) La regola è confermata dall'art. 186-bis, co. 2, lett. c), l. fall. introdotto dal d.l. 22 giugno 2012 n. 83.

deriva da un'interpretazione sistematica dell'art. 177 l. fall. (2), il quale non solo è rubricato "maggioranze per l'approvazione del concordato", ma che, in aggiunta, disciplina proprio l'esercizio del voto in tutti i commi di cui si compone.

Questa nuova disciplina del diritto di voto dei creditori privilegiati consente di risolvere un interrogativo sorto in relazione all'art. 177 l. fall. previgente al d.lgs. 169/2007 (c.d. correttivo della riforma): se, cioè, prima della riforma delle procedure concorsuali, la norma che escludeva dal voto i creditori con prelazione dovesse essere letta

— nel senso che essi non votavano *perché* la proposta, *in ogni caso*, doveva prevedere il loro integrale pagamento;

— oppure nel senso che essi non votavano *quando* la proposta, *nel caso concreto*, prevedesse il loro integrale pagamento (3).

È evidente che la prima opzione interpretativa risulta oggi inaccettabile. Questa, infatti, attribuisce all'art. 177 l. fall. un contenuto precettivo ("se incide sui diritti dei creditori con prelazione, la proposta è illegittima") espressamente contraddetto dal nuovo comma 2 dell'art. 160 l. fall., il quale ammette proprio il pagamento parziale — nei limiti indicati dal legislatore — dei creditori privilegiati come possibile contenuto della proposta di concordato.

2. *La ratio dell'esclusione del voto per i creditori garantiti.* — Dalla disciplina novellata pare possibile trarre qualche indicazione in merito all'individuazione della *ratio* dell'esclusione dal voto dei creditori privilegiati.

Anteriormente alla riforma, la dottrina si divideva fra quanti ritenevano che tale esclusione fosse giustificata dalla carenza di interesse all'esito del concordato, posto che i prelati dovevano essere soddisfatti integralmente (4); e coloro che, specularmente, ritenevano la mancanza di legittimazione al voto dovuta ad un eccesso di interesse (5), in quanto almeno alcuni dei privilegiati avrebbero potuto essere soddisfatti integralmente solo nel concordato, mentre sarebbero rimasti parzialmente o totalmente insoddisfatti in caso di fallimento ove il valore della loro garanzia non

(2) Per l'interpretazione sistematica riferita ai diversi commi di uno stesso articolo v. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO-MENGGONI, continuato da SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 1.1, 2011, 296.

(3) STANGHELLINI, *L'approvazione dei creditori nel concordato preventivo: legittimazione al voto, maggioranze e voto per classi*, in *Fallimento*, 2006, 1059, il quale esclude una terza opzione teoricamente possibile, ovvero quella secondo cui i diritti dei creditori con prelazione possano essere toccati senza che costoro siano ammessi a votare, poiché in contrasto con i principi costituzionali. V. anche la dottrina citata dall'autore a nt. 2.

(4) RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 1994, 514; SATTÀ, *Diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 1974, 383.

(5) BONSIGNORI, *Diritto fallimentare*, Torino, Utet, 1992, 282; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1998, 540.

avesse coperto l'importo del credito garantito ⁽⁶⁾; ed in quanto il concordato preventivo avrebbe consentito ai creditori con diritto di prelazione di ottenere una soddisfazione più rapida ⁽⁷⁾.

In merito a tale questione, pare da accogliere l'opinione secondo cui la ragione dell'esclusione dal voto dei creditori privilegiati "è estrinseca" al diritto della crisi d'impresa, "rinvenendosi nel diritto privato generale che del primo è presupposto" ⁽⁸⁾. Il modo più corretto per affrontare il problema in esame, infatti, sembra essere quello di attribuire rilievo *alla natura privilegiata o chirografaria del credito, che la legge stessa* (art. 177 l. fall.) *valorizza ai fini dell'attribuzione del voto* e che costituisce la regola basilare anche del sistema della responsabilità patrimoniale di diritto comune (v. art. 2741 c.c.) ⁽⁹⁾.

La costituzione di una garanzia reale è diretta, sotto il profilo funzionale, a creare a favore del creditore garantito una riserva di utilità *ad rem* ⁽¹⁰⁾. Più specificamente, con l'espressione "riserva di utilità" si vuole indicare che la funzione della garanzia reale è quella di destinare una parte individuata del patrimonio del garante al soddisfacimento in via esclusiva

⁽⁶⁾ Questo assunto (accettato anteriormente alla riforma dalla giurisprudenza teorica e pratica maggioritaria) si fondava sul mancato richiamo dell'art. 54 l. fall. previg. (ai sensi del quale i creditori muniti di prelazione, se insoddisfatti, concorrono con i chirografari) da parte del vecchio art. 169 l. fall. Contro tale assunto si era pronunciato INZITARI, *Il soddisfacimento dei creditori forniti di prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in questa *Rivista*, 1990, I, 385, secondo il quale la limitazione della prelazione al valore del bene oggetto dell'ipoteca, del pegno o del privilegio speciale è un principio generale che "informa l'intera disciplina delle cause di prelazione e non è suscettibile di essere derogato dalla procedura di concordato...la quale si limita a determinare le modalità della liquidazione e ripartizione concorsuale del patrimonio ma non influisce sulla generale ed inderogabile disciplina della prelazione".

⁽⁷⁾ Rispetto alla disciplina riformata, pare potersi affermare che non è più possibile individuare la *ratio* della carenza di legittimazione al voto dei prelati nell'eccesso di interesse all'approvazione del concordato, almeno per quanto concerne la misura del loro soddisfacimento: l'art. 160, co. 2, l. fall. ha introdotto anche nel concordato una regola per il trattamento dei prelati incapienti sulla garanzia avvicicabile a quella dell'art. 54, co. 1 l. fall., nel senso che ai prelati non è comunque garantita la soddisfazione integrale a prescindere dalla capienza del bene vincolato, come affermava la giurisprudenza teorica e pratica prevalente prima della riforma. Sembra invece potersi continuare ad asserire l'esistenza di un eccesso di interesse all'approvazione del concordato (rispetto all'apertura del fallimento) in ordine ad altri due aspetti, già rilevati dalla dottrina anteriore la riforma (INZITARI, (nt. 6), 387): i) i tempi più rapidi di soddisfazione; ii) la mancata dichiarazione di fallimento preclude l'esercizio della revocatoria del titolo della prelazione.

⁽⁸⁾ DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da GHIA, PICCININI, SEVERINI, Torino, Utet, 2010, 226. Il medesimo rilievo si trova in INZITARI, (nt. 6), 385.

⁽⁹⁾ In questo senso è da condividersi l'opinione di DI MARZIO, (nt. 8), 248, per il quale il sistema della responsabilità patrimoniale — ma anche la disciplina del concordato, volta ad attuarla — si articola esclusivamente in ordine a questo dualismo (credito privilegiato, credito chirografario) e prescinde da tutte le altre caratteristiche giuridiche ed anche economiche che potrebbero enuclearsi con riguardo al concreto diritto di credito.

⁽¹⁰⁾ *Ad rem* nel senso che la riserva non insiste sull'intero patrimonio del debitore, bensì su un bene determinato.

del creditore garantito, ossia dell'interesse di quest'ultimo "a veder conseguita l'utilità" che deriva dalla soddisfazione del suo diritto" (11).

Tale ricostruzione della funzione delle garanzie reali consente di spiegare perché la regola generale ricavabile dalla disciplina delle procedure concorsuali (tanto del fallimento, quanto del concordato preventivo) sia il necessario pagamento integrale dei crediti assistiti da esse. La riserva di utilità, il vincolo di destinazione alla soddisfazione dell'interesse del garantito che affetta una frazione del patrimonio del garante — come già detto — rimane ferma in ambito concorsuale (12). Pertanto *il creditore prelatizio non è sottoposto al concorso inteso in senso sostanziale con gli altri creditori* (chirografari) (13), nel senso che il suo diritto non risulta assoggettato "alla funzione di attuare la ripartizione del danno da insolvenza [o da stato di crisi, per quanto concerne il nuovo concordato preventivo] tra i creditori", assolta dalle procedure concorsuali (14).

Stante l'insufficienza del patrimonio a soddisfare tutti i creditori in caso d'insolvenza o di crisi (15), il concorso si realizza, nel rispetto della parità di trattamento (16), attraverso l'attribuzione a ciascuno di essi di una medesima percentuale del proprio credito ovvero — se si preferisce fare riferimento all'aspetto negativo della situazione — attraverso una proporzionale ripartizione delle perdite. Il che richiama la definizione di concorso sostanziale, nella parte in cui si precisa che la pretesa al soddisfacimento dei creditori è *limitata*, nelle procedure (appunto) concorsuali, dalla ne-

(11) GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, 5, Torino, Utet, 2005, 10; ID., *Il pegno anomalo*, Padova, Cedam, 1990, 62 ss. e 66 nt. 20.

(12) INZITARI, (nt. 6), 385, il quale afferma che "la legge fallimentare, tanto per il fallimento, che per le altre procedure concorsuali, si limita... a disciplinare i presupposti e le modalità di attuazione, affinché, in presenza di una insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare l'insieme delle pretese creditori, sia consentita, *in conformità alle regole stabilite dal codice civile*, per le cause di prelazione...la realizzazione del concorso dei creditori" (corsivi aggiunti).

(13) Nell'accezione sostanziale, il concorso consiste nel diritto del creditore a veder soddisfatto il proprio credito *nei limiti consentiti, appunto, dalla necessità di soddisfare contemporaneamente gli altri creditori* i quali, per tale ragione, vengono definiti concorrenti INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Commentario Scialoja-Branca: legge fallimentare*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli-Società ed. del Foro Italiano, 1988, 9.

(14) INZITARI, (nt. 6), 385. V. anche DI MARZIO, (nt. 8), 227 secondo il quale il creditore garantito si soddisfa, entro i limiti della prelazione, in assoluta solitudine.

(15) Non è qui possibile approfondire la differenza fra il presupposto oggettivo del concordato preventivo e quello del fallimento. Si può comunque dire che anche lo stato di crisi consiste nell'incapacità *attuale* (e allora tale concetto si avvicina se non addirittura si sovrappone all'insolvenza) o *potenziale* del debitore di adempiere regolarmente i propri debiti. Sulla ricostruzione del rapporto stato di crisi/insolvenza v. ampiamente (e in conformità a quanto appena affermato ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in questa *Rivista*, 2009, I, 216 ss.

(16) Il concorso fra i creditori appare così strettamente legato, nella riflessione dottrina, alla *par condicio creditorum*, che i due concetti si presentano come due facce della medesima realtà COLESANTI, *Mito e realtà della par condicio*, in *Fallimento*, 1984, 34 ss.

cessità di soddisfare contemporaneamente gli altri creditori⁽¹⁷⁾. Da ciò consegue la loro sottoposizione a falcidia.

Ma i prelatizi rimangono assolutamente estranei al concorso sostanziale e alla falcidia che esso implica, proprio in quanto assistiti da una causa legittima di prelazione⁽¹⁸⁾.

Pertanto, l'esistenza di quest'ultima *esclude*, di riflesso, *anche l'interesse del creditore garantito alla procedura in cui il concorso è attuato*⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ BENEDETTI, *Il concorso dei creditori, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali: presupposti, dichiarazione ed effetti*, diretto da PANZANI, I, Torino, Utet, 2012, 318 ss.

⁽¹⁸⁾ Che comporta una deroga alla regola del concorso paritario *ex art. 2471 c.c.* Si è rilevato che il voto sulla proposta di concordato può essere esercitato solo da soggetti che abbiano un interesse a pronunciarsi sulla stessa. Ciò in conformità al principio di corrispondenza fra la sottoposizione agli effetti di una determinata decisione — circostanza che fa nascere l'interesse a votare — e il potere di esprimersi su di essa. In base a tali considerazioni è possibile tentare di capire se la legittimazione al voto sulla proposta concordataria spetti *anche ai creditori prelatizi dei quali la proposta preveda comunque il pagamento integrale* (da intendersi qui nel senso di pagamento per l'intero ammontare del credito (che il trattamento per i creditori privilegiati incapienti sul valore della garanzia possa essere fissato nella proposta in misura superiore alle risultanze della perizia di stima è ammesso da GUERRERA, *Struttura finanziaria, classi di creditori e ordine delle prelazioni nei concordati delle società*, in *Dir. fall.*, 2010, 717)) *pur essendo incapienti sul valore della garanzia*. Tale possibilità risulta esclusa dal tenore letterale inequivoco della nuova legge fallimentare, ove, all'art. 177, co. 2, si prevede che "I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca... dei quali la proposta preveda l'integrale pagamento, *non hanno diritto di voto...*": dalla norma citata si ricava, *a contrario*, che il voto sulla proposta di concordato preventivo spetta ai soli creditori privilegiati dei quali *non sia previsto l'integrale pagamento* essendo certamente tale solo l'adempimento del debito per il l'intero importo nominale. Il disposto della legge pare coerente con la *ratio* dell'esclusione dal voto dei privilegiati. Costoro non votano perché non hanno interesse a pronunciarsi sulla proposta; e tale carenza di interesse deriva dal fatto che i loro crediti devono essere pagati per intero. Tale *ratio* ricorre anche nel caso qui preso in esame. In esso il pagamento integrale, pur non essendo assicurato dalla riserva di utilità in cui si risolve la garanzia reale (in quanto essa è incapiente rispetto all'importo del credito) è comunque previsto dalla proposta. In altri termini: il prelatizio non ha alcun interesse a votare sulla proposta quando nel concordato gli sia garantito l'esatto adempimento del suo credito. Che questo sia imposto dall'esistenza di una garanzia capiente o sia garantito da una scelta autonoma del debitore (in caso di incapacienza del bene oggetto della prelazione) non fa alcuna differenza. Tale conclusione crea, però, qualche perplessità rispetto alla disciplina del voto da applicare ai chirografari soddisfatti integralmente (ipotesi per la verità assai poco probabile e realizzabile, al più, in caso di suddivisione dei creditori per classi, laddove la proposta riservi ad una di esse un trattamento diverso e migliore rispetto a quello previsto per le altre classi di chirografari) dato che il silenzio serbato sul punto dal legislatore può essere interpretato come volontà del legislatore di accomunare la posizione di tutti i chirografari quanto alla legittimazione al voto, senza distinzione in ordine ai trattamenti loro riservati (V. STANGHELLINI, *sub art. 124*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da JORIO-FABIANI, II, Bologna, Zanichelli, 2007, 1981 e nt. 74 che ritiene la legittimazione al voto dei chirografari soddisfatti per intero imposta *de iure condito*, ma da eliminare *de iure condendo*). Ma sul punto v. DE CICCO, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo*, Napoli, Esi, 2007, 694, il quale dalla conclusione della mancanza di legittimazione al voto dei privilegiati pagati per intero (*ex art. 177²*, l. fall.) desume la necessità di escludere la titolarità del voto anche ai chirografari pagati per intero stante la mancanza di interesse a votare di costoro; conf., da ultimo, Trib. Perugia, 16 luglio 2012, consultabile su www.ilcaso.it.

⁽¹⁹⁾ Così DI MARZIO, (nt. 8), 227, a seguito della riforma; Cass., 22 marzo 2010, n. 6901, in *Dir. e giust.*, 2010; e Trib. Perugia, 16 luglio 2012, cit.; prima della riforma v. INZITARI, (nt. 6), 386-387, il quale afferma che i creditori prelatizi, se sono capienti sul bene oggetto della garanzia, "non sono creditori che partecipano al concorso sostanziale... bensì

Lo svolgimento della procedura, le scelte gestorie in essa assunte e il suo esito sono indifferenti per l'interesse del creditore privilegiato, poiché non incidono sul pagamento del credito che deve essere integrale in quanto garantito, a condizione che la garanzia sia capiente ⁽²⁰⁾.

L'esclusione del voto dei creditori privilegiati, dunque, è necessaria e logica conseguenza del fatto che al loro voto non può attribuirsi il valore di adesione alla proposta concordataria, in quanto in ordine alla soddisfazione dei privilegiati *non c'è nulla da decidere, essendo la loro posizione regolata inderogabilmente dalla legge* ⁽²¹⁾. Attribuendo ai creditori garantiti il diritto di partecipare alla formazione della maggioranza, si incorrerebbe nell'incongruenza di consentire un voto sulla posizione *di terzi*. I creditori prelatizi *non sono destinatari della proposta* ⁽²²⁾, poiché non risentono in alcun modo degli effetti del concordato; non vi è motivo, dunque, che, votando, partecipino alla decisione sullo stesso ⁽²³⁾.

In altri termini, si può affermare che la mancanza per i creditori garantiti del diritto di votare sulla proposta costituisce il corollario del principio di corrispondenza fra rischio e potere ⁽²⁴⁾.

semmai, al concorso formale, come nel caso del fallimento, nel quale debbono necessariamente partecipare alla formazione dello stato passivo". Non dissimile da quella adottata nel testo è anche l'opinione in merito alla *ratio* dell'esclusione dei privilegiati dal voto proposta da FABIANI, *Dalla votazione al voto nel concordato fallimentare*, in questa *Rivista*, 2011, I, 592 ss. Anch'egli afferma che il concordato come il fallimento sono "discipline del concorso". Quindi il creditore privilegiato acquista un interesse a votare per il concordato solo quando sia sottoposto alle regole che disciplinano il concorso stesso; il che non avviene in caso di capienza della sua garanzia.

⁽²⁰⁾ Per quanto precisato nel testo risulta allora condivisibile l'affermazione della dottrina più risalente la quale affermava che "la legge considera... il creditore garantito, di fronte alla deliberazione del concordato, come se non facesse parte del passivo, e il suo portatore come se fosse fuori dalla massa" (BONELLI, *Del fallimento*, III, Milano, Giuffrè, 1938, 81; ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, Utet, 1902, 126; Corte cost., 28 dicembre 1980, n. 202, in *Foro it.*, 1981, I, 326. Dopo la riforma v. DI MARZIO, "Contratto" e "deliberazione" nella gestione della crisi d'impresa, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di DI MARZIO-MACARIO, Milano, Giuffrè, 2010, 99. Che la posizione dei creditori privilegiati sia fissata in modo immodificabile dalla legge — a condizione, si deve aggiungere, che la garanzia sia capiente per l'intero credito — è affermato esplicitamente anche da MACAGNO, *Creditori postergati ex art. 2467 c.c.: formazione delle classi e diritto di voto nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2010, 1437.

⁽²¹⁾ In tal senso v. GALLETTI, *sub art. 160*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da JORIO-FABIANI, II, Bologna, Zanichelli, 2007, 2289; CATALLOZZI, *La falciidia concordataria dei creditori assistiti da prelazione*, in *Fallimento*, 2008, 1016; BOZZA, *L'utilizzo di nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti*, in *Fallimento*, 2009, 1443.

⁽²²⁾ Sul punto insiste particolarmente DI MARZIO, (nt. 8), 229, per il quale i creditori prelatizi godono di "un credito sottratto alla proposta di concordato", quindi non ne sono destinatari.

⁽²³⁾ Si riadattano nel testo le riflessioni compiute da Trib. Firenze, 26 aprile 2010, in *Fallimento*, 2010, 1427 ss., in relazione ai creditori postergati i quali, però, sono assimilabili ai fini della riflessione che si fa nel testo, ai prelatizi (in particolare per l'esclusione dal voto) perché estranei al concorso dei chirografari e aventi rispetto al concordato una posizione prefissata *ex lege*. In senso conf. MACAGNO, in nota alla sentenza cit., 1436 ss.

⁽²⁴⁾ Si tratta di un principio frequentemente richiamato dalla dottrina commercialistica

3. Segue...: *l'interesse non omogeneo dei creditori prelatizi "capienti" sulla garanzia rispetto a quello dei chirografari e la corretta formazione della maggioranza.* — Il rilievo posto a conclusione del precedente paragrafo introduce un'ulteriore, connessa osservazione.

La riforma delle procedure concorsuali sembra aver impresso un'impronta negoziale al nuovo concordato preventivo⁽²⁵⁾. Partendo da tale assunto⁽²⁶⁾, la dottrina si è trovata di fronte alla necessità di dover giustificare l'operatività del principio maggioritario rispetto all'approvazione della proposta di concordato, ossia di spiegare perché, a seguito del raggiungimento delle maggioranze legislativamente prescritte, i creditori assenti e dissenzienti possano essere vincolati da un negozio che ha l'effetto di espropriarli in parte dei propri crediti.

Al riguardo si riconosce che "la regola solenne della non eteronomia"

per spiegare vari istituti di diritto commerciale e richiamato in ordine alla votazione nel concordato da STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia: le procedure di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2007, 226 ss. ove si legge che "il secondo principio attiene alla correlazione fra potere di decidere e rischio. È infatti corretto che solo chi subisce le conseguenze di una determinata decisione possa esprimersi su di essa, perché solo così diventa fondata la presunzione che... sta alla base della compressione del diritto di coloro che ne dissentono. È questo, per esempio, il motivo per cui chiamati a votare sulla proposta di concordato preventivo o fallimentare sono i creditori chirografari...mentre non è necessario il consenso dei creditori con diritto di prelazione...per quali si proponga una integrale soddisfazione per capitale ed interessi...; ed è altrettanto logico che tali creditori riprendano invece il diritto di votare quando si intenda invece equipararli ai creditori chirografari" (v anche per interessanti riferimenti alla giurisprudenza inglese).

⁽²⁵⁾ Così D'ALESSANDRO, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in questa *Rivista*, 2008, I, 353; GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, Il Mulino, 2008, 206; FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, Utet, 2009, 121 ss.; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, Cedam, 2008, 3, che parla di decisa virata verso il contrattualismo; STANGHELLINI, (nt. 18), 1950, il quale dà atto che l'ago della bilancia si è spostato verso l'assetto privatistico, ma avverte anche che il tema deve essere affrontato con estrema prudenza; SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2007, I 566 ss.; DI MARZIO, (nt. 20), 73; A. PATTI, *Il sindacato del tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *La crisi d'impresa questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, (a cura di DI MARZIO), Padova, Cedam, 2010, 318; *contra* GUERRERA, *Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi prospettive, anche alla luce del "decreto correttivo"*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 815 ss.; GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del giudice*, in questa *Rivista*, 2006, I, 908; in tal senso, pur problematizzando la conclusione, Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, consultabile in www.ilfallimentarista.it.

⁽²⁶⁾ Anteriormente alla riforma, invece, l'effetto (espropriativo) vincolante del concordato poteva trovare giustificazione — coerentemente con una visione pubblicistica della procedura concorsuale — nella sentenza di omologazione, avente natura di giudicato (art. 184 l. fall. previg.). V. sul punto SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, Giuffrè, 1984, 319 ss. e 387 ss., che giunge alla conclusione della non riconducibilità del principio maggioritario operante nel concordato all'ambito privatistico (ossia al quadro concettuale delle "autorità private" su cui per primo BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, Esi, 1977, *passim*) proprio in forza dell'esistenza di un fenomeno di eterotutela dell'interesse dei creditori per mezzo della sentenza di omologazione. A seguito della riforma sostengono che la tesi di Sacchi perde validità (ma lo stesso autore sembra aver mutato opinione in *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, in *Fallimento*, 2009, 30); FABIANI, (nt. 25), 179.

— ossia dell'intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui, espressione del principio di autonomia privata (27) — può subire delle eccezioni in caso di applicazione del principio maggioritario, purché essa abbia luogo in situazioni di “comunione di interessi” (*Interessengemeinschaft*) (28).

Pertanto, gli autori che aderiscono alla ricostruzione negoziale del nuovo concordato preventivo, hanno cercato di individuare nel gruppo dei creditori una comunione di interessi, idonea a ricondurre il principio maggioritario previsto per l'approvazione della proposta alle regole del diritto dei contratti.

A tal fine diviene essenziale stabilire che cosa si intenda per comunanza di interessi. Il nucleo centrale della nozione viene individuato nel fatto che ogni singolo votante “esprim[e] una volontà diretta al perseguimento di un interesse *comune a coloro che si trovano, all'interno del gruppo, nella medesima posizione*” (29). Corollario necessario della *Interessengemeinschaft* è, dunque, l'omogeneità delle posizioni dei partecipanti ad una collettività.

In merito all'individuazione di tale elemento rispetto alla massa dei creditori nel concordato sono state avanzate, però, opinioni estremamente variegata (30).

Fra queste, la tesi che sembra maggiormente coerente col dato normativo è quella secondo cui la nozione di interesse comune deve essere fondata sul sistema della responsabilità patrimoniale.

Intanto, perché l'operare del principio maggioritario è *ex lege* collegato alle regole relative alla responsabilità patrimoniale del debitore ed, in particolare, a quelle concernenti la garanzia patrimoniale, specifica o generica, dei suoi creditori. La disciplina del diritto di voto sul concordato ha come regola fondamentale — come già rilevato — la distinzione dei

(27) D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti*, in *Fallimento*, 1990, 189, il quale individua il referente normativo di tale principio nella “forma parziale e impropria dell'art. 1372 c.c.; FABIANI, (nt. 25), 165; ROPPO, *Il contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV, Torino, Utet, 1989, 86; SACCHI, (nt. 26), 65; D'ATTORRE, *Il voto nei nconcordati ed il conflitto d'interessi fra i creditori*, in *Fallimento*, 2012, 762 ove ult. riferimenti. V. anche, per la ricostruzione di teoria generale della deliberazione a maggioranza BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Esi, 1994, 261 ss., il quale afferma che la delibera maggioritaria non è giustificabile di per sé in quanto assertiva di un interesse maggioritario e individuale sull'altro minoritario, “giacché, fra interessi individuali, l'uno vale l'altro”.

(28) V. gli autori cit. alla nt. precedente; e DI MARZIO, (nt. 8), 244 ss.; SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, Giuffrè, 1980, 65; MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, Giuffrè, 1960, 157.

(29) FABIANI, (nt. 25), 175.

(30) Fra i molti v. STANGHELLINI, *Creditori “forti” e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2006, 381; PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, in *Fallimento*, 2009, 28; DI MARZIO, (nt. 8), 244; FABIANI, (nt. 25), 177; ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Fallimento*, 2008, 258.

creditori in base alla previsione dell'art. 2741 c.c.; perciò è esclusivamente alla disciplina del concorso dei creditori sul patrimonio del debitore che deve essere attribuito rilievo per ricostruire la *ratio* del loro diritto di voto.

Inoltre, tale tesi pare anche quella maggiormente in sintonia con l'essenza delle procedure concorsuali, fra le quali deve essere annoverato anche il concordato preventivo. Il principio del concorso dei creditori costituisce "il minimo denominatore comune delle procedure concorsuali" ⁽³¹⁾; risulta pertanto corretto attribuire ad esso rilievo decisivo al fine di interpretarne la disciplina, compresa quella relativa al diritto di voto funzionale alla loro approvazione.

Se si accoglie questa premessa, l'interesse comune rilevante al fine di giustificare l'applicazione nel concordato della regola della maggioranza deve essere ravvisato in quello che "accomuna i creditori in quanto concorsuali" (o, in altri termini, in quello dei creditori concorsuali) ⁽³²⁾. Poiché la regola del concorso stabilisce che tutti i creditori non prelatizi hanno *uguale* diritto di essere soddisfatti sul patrimonio del debitore, la proposta di concordato ad essi rivolta deve prevedere un trattamento uguale per tutti. Da questo angolo visuale, la regola della parità di trattamento è *costitutiva dell'interesse comune dei creditori chirografari*: ciascun creditore vota su una proposta che prevede un trattamento uguale per lui e per tutti gli altri chirografari; quindi rispetto ad essa ognuno di questi ultimi ha una posizione che è comune a quella di tutti gli altri ⁽³³⁾.

Quanto appena rilevato consente di concludere che l'esclusione del diritto di voto dei creditori prelatizi trova la propria giustificazione nel

⁽³¹⁾ Da ultimo FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, Cedam, 2009, 83.

⁽³²⁾ DI MARZIO, (nt. 8), 244 e Id., *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, Giuffrè, 2011, 255 ss., ove ulteriori argomenti contro la tesi che nega la configurabilità di un interesse comune tra i creditori concorsuali. Nella dottrina tedesca, per il collegamento fra il principio della parità di trattamento e *Interessengemeinschaft*, cfr. WÜRST, *Die Interessengemeinschaft-Ein Ordnungsprinzip des Privatrechts*, Frankfurt-Berlin, 1958, 20 ss.; G. HUECK, *Der Grundsatz der Gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, München-Berlin, 1958, 127 ss.

⁽³³⁾ La ricostruzione esposta nel testo è fatta propria da DI MARZIO, (nt. 8), 244 ss. e Id., (nt. 32), 211; FABIANI, (nt. 25), 180 ss. e (nt. 19), 583 ss. ove si afferma che "per tutti i creditori vi è l'interesse alla migliore regolazione del dissesto"; PRESTI, (nt. 30), 28, che parla a proposito dei creditori di un debitore che versa in stato di crisi di "comunità di pericolo"; SACCHI, (nt. 26), 236 ss. (che tuttavia confuta tale assunto rispetto al concordato preventivo), ove anche ampie citazioni; da ultimo D'ATTORRE, (nt. 26), 762, che correttamente rileva come "accertata l'esistenza di un interesse comune di tutti i creditori, di scarso rilievo diventa il tentativo di costringerne il contenuto in formule astratte" (al medesimo autore si rimanda anche per le osservazioni a Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Fallimento*, 2011, 403 ss., la quale invece afferma l'esistenza di un conflitto di interessi immanente nelle procedure concorsuali).

Nella dottrina USA si parla di *common pool problems* (v. T.H. JACKSON, *The logic and limits of bankruptcy law*, Cambridge (Mass.), 1986 e 7 ss., DE LUCA, *Prevenire è meglio che curare, (Proposte per "curare" il concordato preventivo che non "perviene")*, in *Dir. fall.*, 2010, 1, 87 ss. Conf. anche la dottrina e la giurisprudenza tedesca che parlano di "comunità di perdita" in cui i creditori entrano in forza di legge (DI MARZIO, (nt. 32), 254 nt. 192).

“difetto di omogeneità del loro approccio al voto”, dovuto alla titolarità della garanzia: essi, in quanto sottratti al concorso con i chirografari, vantano una posizione di interesse assolutamente differente a quella di questi ultimi rispetto al concordato. L’esistenza della garanzia disattiva l’applicazione delle regole della *par condicio creditorum* e del concorso in senso sostanziale, dalle quali dipende la sussistenza di un interesse comune fra i creditori di uno stesso debitore non più in grado di soddisfarli integralmente e regolarmente⁽³⁴⁾. Nella misura in cui opera il diritto di prelazione, il soddisfacimento dell’interesse dei creditori garantiti nel concordato *prescinde* dal soddisfacimento in egual misura dell’interesse dei chirografari.

Dunque, l’esclusione del voto sulla proposta di concordato dei prelatizi è dovuta “alla mancanza fra gli interessi di [questi ultimi] e gli interessi dei creditori chirografari...di quel rapporto di strumentalità che...esiste, invece, fra gli interessi dei creditori chirografari e giustifica l’operatività del principio di maggioranza nelle deliberazioni dei creditori concorsuali”⁽³⁵⁾. In altri termini, l’esclusione del voto dei creditori garantiti trova la propria *ratio* nell’impedire l’“inquinamento” della formazione della maggioranza da parte di soggetti che piegherebbero la decisione collettiva al raggiungimento non già dell’interesse comune, ma del loro interesse particolare⁽³⁶⁾. Pertanto, la regola generale della carenza di legittimazione al voto dei prelatizi può essere annoverata fra gli strumenti che consentono di “immunizzare” la posizione dei creditori portatori di un interesse in conflitto con quello della massa⁽³⁷⁾.

D’altro canto, la votazione ha nella disciplina del concordato una funzione di garanzia degli interessi dei creditori⁽³⁸⁾. Laddove si dovessero

⁽³⁴⁾ Per una chiara spiegazione del fenomeno e per la precisazione del concetto di rapporto di strumentalità come sinonimo della nozione di interesse comune v. SACCHI, (nt. 26), 236 ss., il quale afferma che “la realizzazione del credito nella misura più alta possibile è condizionata, proprio per la necessità del rispetto della *par condicio creditorum*, alla realizzazione in identica misura dei crediti degli altri creditori”; Id., (nt. 27), 32; DI MARZIO, (nt. 32), 264; D’ATTORRE, (nt. 27), 762.

⁽³⁵⁾ SACCHI, (nt. 26), 259, il quale aggiunge che “l’inesistenza di un rapporto di strumentalità... dipende dalle diverse caratteristiche dei crediti...ossia dalla presenza...e dall’assenza...del diritto di prelazione”; in tal senso pare anche D’ATTORRE, (nt. 27), 764, pur nell’ambito di un discorso generale sul conflitto fra interessi dei creditori.

⁽³⁶⁾ FABIANI, (nt. 25), 17; BOZZA, (nt. 21), 1442; D’ATTORRE, (nt. 27), 762.

⁽³⁷⁾ L’espressione è ripresa da D’ATTORRE, (nt. 27), 763, che sottolinea come la necessità di tali strumenti risponde alla necessità di non rendere la decisione maggioritaria, e la lesione che essa comporta dell’autonomia privata come diritto a non essere obbligato se non per propria volontà, incostituzionale per contrasto con l’art. 3 Cost. (al riguardo v. *Op. cit.*, nt. 28 e testo corrispondente).

⁽³⁸⁾ SACCHI, (nt. 26), 325, secondo il quale tale garanzia si aggiungeva — nella vecchia disciplina del concordato — all’eterotutela dell’autorità giudiziaria. La funzione di autotutela del voto dei creditori risulterebbe, perciò, ampliata nella disciplina del concordato preventivo riformato, posto che l’opinione prevalente in dottrina a seguito della riforma ritiene soppressa l’eterotutela del tribunale: cfr. per maggiori approfondimenti CATALLOZZI, *Il*

computare nella maggioranza dalla quale dipende l'approvazione o il rigetto della proposta di concordato anche i creditori prelatizi, aventi interessi eterogenei rispetto a quello dei chirografari, tale funzione della votazione risulterebbe compromessa ⁽³⁹⁾.

4. *Il trattamento dei prelatizi falcidiati.* — Quanto rilevato in merito alla *ratio* dell'esclusione dal voto dei creditori garantiti risulta confermato dalla nuova regola introdotta dal correttivo alla riforma (d.lgs. 269/2007) secondo la quale la proposta può prevedere che essi, qualora la garanzia non sia capiente, "non vengano soddisfatti integralmente" (art. 160, co. 2 l. fall.) e "sono equiparati ai chirografari per la parte residua del credito" (art. 177, co. 3 l. fall.).

Dalle nuove disposizioni può indursi che i prelatizi perdono il diritto di essere soddisfatti per intero qualora la garanzia risulti di valore inferiore al credito che assiste. Al ricorrere di tale evenienza viene meno la riserva di utilità funzionale all'integrale pagamento del credito, che costituisce l'essenza delle garanzie reali. Può perciò trovare applicazione la regola della soddisfazione in concorso sostanziale con gli altri crediti, cioè limitata dalla necessità di soddisfare contemporaneamente anche questi ultimi stante l'insufficienza del patrimonio del debitore a saldare per intero tutti i suoi debiti. In altri termini, venendo meno la funzione propria della garanzia a causa della sua parziale incapienza, i crediti privilegiati divengono assoggettabili a quella falcidia tramite la quale si realizza la ripartizione del danno dell'insolvenza tra i creditori.

Peraltro, poiché tale eventualità riguarda soltanto la frazione del credito che non può trovare soddisfazione sul ricavato del bene oggetto della garanzia, solo rispetto ad essa i prelatizi acquistano un interesse a votare sulla proposta, in quanto assoggettati al trattamento in essa previsto. Pertanto, l'art. 177, co. 3, l. fall. limita a tale frazione la loro equiparazione ai crediti chirografari.

"classamento obbligatorio" nei concordati, in *Fallimento*, 2010, 781 e nt. 14; ROVELLI, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in *La crisi d'impresa*, a cura di DI MARZIO, Padova, Cedam, 2010, 44 ss.; A. PATTI, (nt. 25), 317 ss.; FABIANI, (nt. 25), 213, il quale sottolinea che nel nuovo concordato ormai i creditori si trovano a svolgere "in via esclusiva (salva l'ipotesi marginale estrema del creditore della classe dissenziente), il compito di chi è chiamato a valutare il merito della proposta concordataria". Che il voto costituisca strumento di tutela degli interessi dei creditori emerge implicitamente dalle svariate affermazioni secondo cui esso è corollario necessario del pregiudizio che la proposta preveda per il diritto nella sua conformazione originaria. V. per esempio ABETE, (nt. 30), 258; CATALLOZZI, *La falcidia concordataria dei creditori assistiti da prelazione*, in *Fallimento*, 2008, 1011, per il quale la falcidia sulla quale il creditore non potesse votare violerebbe l'art. 42, co. 3, Cost.; GALLETI, (nt. 21), 2289, con riferimento all'esclusione dal voto dei privilegiati, in quanto *not impaired*; ed anche l'espressa previsione del nuovo art. 177 l. fall.

⁽³⁹⁾ SACCHI, (nt. 26), 436; BOZZA, (nt. 21), 1442.

5. Segue: *la misura del voto dei creditori prelatizi*. — La dottrina si è interrogata sulla misura in cui il voto può essere esercitato dal creditore prelatizio a cui sia applicabile l'art. 160, co. 2 l. fall.

La legge, all'art. 177, co. 3 l. fall., sembra chiara nel consentire il voto per la sola frazione dello stesso che non trovi soddisfazione sulla garanzia.

Il fondamento di quest'ultima soluzione è stato individuato nella circostanza per cui il legislatore “sembra aver optato per una disciplina che, a livello concettuale, presuppone la *scomposizione* del credito... in due crediti di rango diverso” (corsivo aggiunto): uno mantiene il rango di privilegiato (quello che trova capienza nella garanzia), mentre l'altro viene degradato a chirografario ⁽⁴⁰⁾.

Così ragionando, la frazione del credito originario del quale è prevista la soddisfazione integrale non vota, secondo la regola generale (art. 177, co. 2 l. fall.); l'altra, invece, in quanto considerata come un credito autonomo, viene computata nel calcolo della maggioranza per il suo intero valore al pari di qualunque altro credito chirografario.

Tramite la tesi della scomposizione, la dottrina cerca di spiegare il motivo del trattamento differenziato che, in ordine al voto, la lettera della legge riserva ai creditori privilegiati incapienti e a quelli chirografari. Mentre questi ultimi, infatti, sebbene pagati *parzialmente* nella misura prevista nella proposta, incidono sul calcolo della maggioranza — che è computata sull'*ammontare complessivo* dei crediti, in mancanza della suddivisione in classi ⁽⁴¹⁾ — per *l'intero importo*, i creditori privilegiati falcidiati votano per *la parte degradata* a chirografaria, nonostante anch'essi siano soddisfatti solo *parzialmente* ⁽⁴²⁾. Tale diversità di trattamento viene giustificata considerando la frazione del credito garantito degradata al rango chirografario come un credito autonomo, che come tale vota per l'intero. Si ritiene, cioè, che tale frazione rilevi, al fine del voto,

⁽⁴⁰⁾ CATALLOZZI, *La formazione delle classi fra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fallimento*, 2009, 587 e la dottrina cit. a nt. 19; VITIELLO, *sub art. 127*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da JORIO-FABIANI, I, Bologna, Zanichelli, 2006 e la dottrina cit. a nt. 20.

⁽⁴¹⁾ DI MARZIO, (nt. 8), 243.

⁽⁴²⁾ La diversità di trattamento derivante dalla lettera della legge è bene evidenziata in FABBRO, *Concordato preventivo, fase del voto*, 2008 consultabile su www.tribunale.milano.it, il quale afferma chiaramente anche che “appare subito evidente che il valore del credito e il diritto al voto c.d. pieno (cioè corrispondente all'intero valore del credito) o il diritto al voto c.d. ridotto (cioè corrispondente ad una sola parte del credito) è rilevante”; D'ORAZIO, *Le classi obbligatorie e la questione di costituzionalità*, in *Giur. merito*, 2009, 1897 ss.; Trib. Sulmona, decr. 2 novembre 2010, in *Fallimento*, 2011, 615 (che ha come estensore proprio l'autore citato precedentemente). D'Orazio afferma che l'art. 177, co. 3 l. fall., è stato introdotto dal correttivo della riforma, in quanto anteriormente ad esso parte della dottrina aveva sostenuto che i privilegiati non soddisfatti integralmente avrebbero dovuto votare per l'intero ammontare del credito. V. anche GUIOTTO, *Opportunità della transazione fiscale e disciplina dei crediti privilegiati insoddisfatti*, in *Fallimento*, 2010, 1283, che ritiene — pur riconoscendo che una diversa soluzione è imposta dall'inequivoco tenore letterale della legge — il voto per l'intero importo del credito privilegiato imposto da ragioni logiche e sistematiche e la dottrina cit. *ivi* a nt. 26.

non come percentuale del credito garantito unitario — nel qual caso si manifesterebbe una diversità di trattamento, quanto al voto, fra creditori prelatizi e chirografari, entrambi soddisfatti solo in percentuale —, *ma come credito chirografario autonomo*. Ragionando diversamente, ad avviso dei sostenitori di tale tesi si incorrerebbe in una violazione dell'art. 3 Cost. da parte dell'art. 177, co. 3 l. fall. ⁽⁴³⁾.

In realtà, non sembra necessario adottare questa ricostruzione per giustificare l'inequivoco tenore letterale dell'art. 177, co. 3 l. fall. ⁽⁴⁴⁾. E comunque nell'affrontare tale questione non si deve verificare se la soluzione imposta dalla legge sia o meno opportuna o giusta, ma occorre stabilire se sussista una ragione, un fondamento per il diverso trattamento prescritto per i creditori privilegiati falcidiati e i chirografari.

La soluzione che di seguito si propone si fonda su un presupposto teorico diverso da quello alla base della tesi appena descritta.

La premessa secondo cui il credito garantito falcidiato può essere concettualmente scomposto in due "sottocrediti" autonomi non pare, infatti, condivisibile. Il credito privilegiato, a prescindere dalle sorti che esso subisce nell'ambito della procedura esecutiva, rimane *giuridicamente unico* ⁽⁴⁵⁾. Se la garanzia da cui è assistito risulta insufficiente a coprirne l'importo nominale, esso è soddisfatto solo in percentuale, così come avviene (normalmente) per i crediti *ab origine* chirografari.

Tuttavia, fra l'uno e gli altri sussiste una differenza lampante, che può giustificare il fatto che il primo vota per un valore decurtato dall'importo coperto dalla garanzia, mentre i secondi votano per l'intero valore nominale.

Il parallelo che parte della dottrina prospetta fra soddisfacimento percentuale dei prelatizi falcidiati e dei chirografari — e che induce la stessa a sostenere la scomposizione del credito privilegiato falcidiato in due sottocrediti autonomi, stante l'asserita esigenza di interpretare l'art. 177, co. 3, l. fall. in modo conforme al principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* — non appare fondato. La percentuale attribuita ai primi è il risultato, in parte, del soddisfacimento assicurato dal valore di realizzo della garanzia — che la proposta concordataria non può, a pena di inammissibilità,

⁽⁴³⁾ Così AA.Vv., *La legge fallimentare*, a cura di FERRO, Padova, Cedam, 2008, 289; da ultimo Trib. Reggio Calabria, 15 dicembre 2011, in www.ilfallimentarista.it.

⁽⁴⁴⁾ Che il voto possa essere esercitato esclusivamente per la percentuale del credito privilegiato che non può essere soddisfatta sulla garanzia si ricava dal fatto che la legge equipara il suo titolare ai creditori chirografari *solo per questa parte*.

⁽⁴⁵⁾ Si ritiene corretta, al riguardo, il principio affermato dal Trib. Messina, 18 febbraio, 2009, in *Fallimento*, 2010, 83 ss.; conf. (anche se in relazione ad una diversa questione) NARDECCHIA, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2011, II, 80 ss.; DEMARCHI, *Il concordato preventivo alla luce del decreto "correttivo"*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di AMBROSINI, Bologna, Zanichelli, 2008, 496 ss. In senso dubitativo anche CATALLOZZI, (nt. 40), 587, che pure propende poi per la tesi della scomposizione.

intaccare — cui si somma — anche se l'opinione al riguardo non è univoca — la quota da corrispondere in base alla proposta e secondo l'ordinaria regola del concorso con gli altri creditori non garantiti. La percentuale di soddisfacimento dei secondi, invece, dipende esclusivamente da quanto offerto nella proposta, secondo la regola del concorso sul patrimonio dell'imprenditore.

Il voto deve valere in proporzione all'interesse del creditore a pronunciarsi sulla proposta, costituendo esso, a fronte dello stato di crisi dell'imprenditore, lo strumento predisposto dall'ordinamento per tutelare tale interesse. Quest'ultimo pare dover essere commisurato, per i chirografari, all'intero credito, mentre per i privilegiati alla sola parte sottoposta alla falcidia ⁽⁴⁶⁾, dato che il soddisfacimento della rimanente frazione è giuridicamente assicurato dalla garanzia ⁽⁴⁷⁾.

Ma allora se si accetta questo ragionamento, la soluzione prescritta dall'art. 177, co. 3, l. fall. non risulta affatto violare il principio di uguaglianza tutelato dall'art. 3 Cost. Si è infatti appena rilevato che fra un credito privilegiato sottoposto a falcidia ed un credito chirografario, seppur entrambi vengano soddisfatti in percentuale, sussiste una differenza evidente; il che rende perfettamente ragionevole la diversità di trattamento che la legge fallimentare riformata prevede, in ordine all'esercizio del voto, per l'uno e per l'altro ⁽⁴⁸⁾.

6. *Obbligatorietà del classamento dei privilegiati falcidiati?* — Altra questione attinente all'esercizio del voto dei creditori privilegiati falcidiati è l'obbligatorietà o meno della costituzione di classi ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ Il criterio di determinazione del peso del voto sembra assimilabile a quello che vale per le società di capitali nelle quali i voti "pesano" in proporzione alla misura della partecipazione e quindi, in definitiva, all'entità dell'interesse nella società che quest'ultima esprime.

⁽⁴⁷⁾ Il discorso non muta nemmeno se si ritiene che per la parte del credito che non trova capienza sulla garanzia il creditore privilegiato non abbia diritto a percepire alcunché. Anche in tal caso il suo interesse alla proposta è limitato a tale frazione (e consiste in particolare nell'interesse a pronunciarsi sulla misura della falcidia che colpisce l'importo) del proprio credito originario ed il voto, quale strumento di tutela dell'interesse del legittimato al suo esercizio, si giustifica solo per tale misura.

⁽⁴⁸⁾ Si ricorda che la Corte costituzionale intende il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* come trattamento uguale di situazioni uguali e trattamento differenziato di situazioni diverse. Ipotesi quest'ultima che ricorre nel caso esaminato nel testo.

⁽⁴⁹⁾ Il classamento obbligatorio dei creditori privilegiati assoggettati a falcidia è ammesso espressamente — seppure con motivazioni differenti — da AMBROSINI, (nt. 25), 117, secondo il quale tale soluzione soddisfa "il requisito secondo cui le diverse classi devono essere costituite tenendo conto della posizione giuridica dei componenti (art. 160, lett. c, l. fall.)"; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2011, 275; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto delle crisi d'Impresa*, Bologna, Il Mulino, 2009, 341; MANDRIOLI, *Il concordato preventivo*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di BONFATTI-PANZANI, Milano, Ipsoa, 2008, 692 ss.; PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da FAUCEGLIA-PANZANI, II, Torino, Utet, 2009, 1437; Trib. Firenze, 14 giugno 2008, in *Foro pad.*, 2008, 393; Trib. Firenze, 28 aprile 2010, in

In merito, occorre analizzare separatamente i diversi motivi che sono stati posti a fondamento del classamento obbligatorio dei prelatizi falcidiati⁽⁵⁰⁾.

Una prima tesi sostiene l'obbligatorietà della formazione di classi nel caso in cui anche i creditori privilegiati falcidiati siano ammessi al voto in quanto fra questi e i chirografari non esisterebbe rispetto alla proposta di concordato quella *Interessengemeinschaft* necessaria a rendere compatibile la regola maggioritaria prescritta dalla legge con il principio di autonomia privata che trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost.⁽⁵¹⁾. Quest'ultimo, infatti, impone — come già rilevato — l'uguaglianza reciproca fra i privati e cioè la necessità che ciascuno non sia assoggettato al potere di altri di imporre giuridicamente le proprie decisioni. Ne consegue "che sarebbe da considerarsi... costituzionalmente illegittimo [l'art. 177, co. 1 l. fall.] ove fosse consentita la disposizione maggioritaria in materie estranee a quelle costituenti la comunione di interessi fra i votanti", come accadrebbe quando siano ammessi a votare anche i prelatizi falcidiati in caso di mancata formazione delle classi. Infatti, il principio "quasi consustanziale con il concetto... di diritto privato"⁽⁵²⁾ dell'autonomia privata, intesa in senso negativo, come impossibilità per il privato di disporre degli interessi di un altro, tollera un'eccezione, che si risolve nell'applicazione del principio maggioritario, soltanto in situazioni di "comunione di interessi".

Tale argomento, tuttavia, non sembra capace di imporre il classamento

Fallimento, 2010, 998; NARDECCHIA, (nt. 45), 80 ss. In particolare quest'ultimo autore insiste sul fatto che il privilegio assiste l'intero credito al quale accede, che non perde tale qualifica giuridica originaria qualora abbia per oggetto un bene incapiente rispetto al credito medesimo (v. anche Trib. Messina, 18 febbraio 2009, cit., 82). La diversità di posizione giuridica fra tali crediti e quelli chirografari, dunque, giustificerebbe il classamento obbligatorio. In senso contrario a quest'ultimo rilievo sono stati sollevati dubbi circa il fatto che i creditori chirografari o privilegiati possano costituire due classi diverse di creditori, perché quelle indicate "sono categorie giuridiche che, nella fattispecie, il debitore riprende secondo l'ordine segnato dalla legge, senza nulla aggiungere per differenziare i creditori" (BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, 426).

⁽⁵⁰⁾ Si deve rilevare che il classamento obbligatorio dei prelatizi falcidiati pare trovare un appiglio letterale nel secondo periodo dell'art. 160, co. 2 l. fall., che, dopo aver previsto la possibile falcidia dei creditori prelatizi incapienti sul valore della garanzia, dispone: "il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione". Sul punto per tutti v. NARDECCHIA, *Le classi e i creditori privilegiati nella proposta di concordato*, in *Comm. della legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, III, Milano, Egea, 2010, 413. Per spunti di carattere comparatistico sulla formazione delle classi nell'*Insolvenzordnung* (in part. § 222, Abs. 1 e 2) si rimanda a DI MARZIO, (nt. 32), 239 ss., ove ampie citazioni.

⁽⁵¹⁾ Insistono sulla disomogeneità dell'interesse dei creditori prelatizi falcidiati rispetto a quello dei chirografari SACCHI, (nt. 26), 32; STANGHELLINI, (nt. 24), 225 ss.; FABIANI, (nt. 25), 215 ss.; CATALLOZZI, (nt. 40), 587, e NARDECCHIA, *Crisi d'impresa autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, Ipsoa, 2007, 176 ss.

⁽⁵²⁾ D'ALESSANDRO, (nt. 27), 189 il quale aggiunge che quanto riportato nel testo vale purché all'applicazione della regola maggioritaria non sia possibile rinvenire giustificazione in altro valore costituzionalmente garantito e prevalente sul principio di uguaglianza (sul punto v. già anche SACCHI, (nt. 26), 226 ss.).

obbligatorio dei creditori garantiti falcidiati. Si è già rilevato come questi, in genere, siano assolutamente privi di qualunque interesse al concordato, in quanto il loro soddisfacimento è assicurato dal valore di realizzo della garanzia che assiste il loro diritto. Essi acquistano un interesse alla procedura concorsuale solo limitatamente alla frazione del loro diritto che, non trovando capienza sulla garanzia, è oggetto di falcidia. Dunque, il creditore falcidiato non sembra essere titolare di alcun interesse disomogeneo rispetto a quello dei chirografari. Per la *parte del credito incapiente sul valore della garanzia* l'omogeneità di interessi fra prelatizi e chirografari deriva, infatti, dall'espressa *equiparazione* prescritta dalla legge (art. 177, co. 3) ⁽⁵³⁾ e da quanto già rilevato in ordine all'individuazione dell'interesse comune dei chirografari (v. sopra § 3).

In relazione all'altra frazione del proprio diritto, invece, il creditore garantito è *del tutto carente di qualsivoglia interesse rispetto alla proposta*. Anche considerando la sua posizione complessiva ⁽⁵⁴⁾, dunque, non pare sussistere alcuna ragione per affermare che fra prelatizi falcidiati e chirografari non sussiste quella comunione di interessi che sola giustifica nel diritto privato l'imposizione della decisione della maggioranza sulla minoranza dissenziente ⁽⁵⁵⁾.

La tesi del classamento obbligatorio dei creditori garantiti, inoltre, incontra un argomento contrario che solo occasionalmente è stato rilevato, ma che assume una portata decisiva. La maggioranza rilevante rispetto alla proposta concordataria non è soltanto quella che si forma all'interno delle singole classi, ma quella delle classi in cui si sia raggiunta una maggioranza favorevole al concordato *ed inoltre* la maggioranza per importo dei crediti ammessi al voto ⁽⁵⁶⁾. Dunque, ci si chiede che senso ha imporre, tramite l'obbligatorietà delle classi, l'omogeneizzazione degli interessi dei creditori fra esse suddivisi, se poi per approvare o respingere il concordato rileva una maggioranza — quella generale dei crediti ammessi al voto — formata

⁽⁵³⁾ Così Trib. Perugia, 16 luglio 2012, cit.

⁽⁵⁴⁾ Come somma, cioè, della parte del credito capiente sul valore della garanzia (rispetto alla quale il creditore non ha alcun interesse a votare) e di quella degradata a chirografo (rispetto alla quale il prelatizio ha un interesse a votare uguale a quello degli altri chirografari).

⁽⁵⁵⁾ Così anche PANZANI, *Creditori privilegiati, creditori chirografari e classi nel concordato preventivo*, in *La crisi d'impresa. Questioni controverse nel nuovo diritto fallimentare*, a cura di DI MARZIO, 2010, Padova, Cedam, 371, il quale afferma che i creditori falcidiati "non sono titolari di alcun interesse economico non omogeneo a quello" degli altri creditori.

⁽⁵⁶⁾ In caso di formazione delle classi si parla di necessità per l'approvazione del concordato di una doppia maggioranza (DE CICCO, *sub 177*, in *Commentario della legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, II, Milano, Egea, 2010, 690; NIGRO-VATTERMOLI, (nt. 49), 291). Altra parte della dottrina ritiene più corretto parlare di una tripla maggioranza (PICA, *Il concordato preventivo, in Fallimenti e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate della crisi d'impresa dopo le riforme*, a cura di CELENTANO-FORGILLO, Milano, Giuffrè, 2008, 1151): dei crediti complessivamente ammessi al voto; dei crediti ammessi al voto nell'ambito della singola classe; della maggioranza delle classi.

da voti di crediti che, in quanto suddivisi in classi, sono ispirati — secondo la tesi che qui si avversa — ad interessi eterogenei. La tesi della omogeneizzazione degli interessi tramite il classamento non è capace di spiegare perché il creditore dissenziente debba sottostare non solo alla maggioranza formatasi nella classe di appartenenza espressione della *Interessengemeinschaft*, ma anche alla maggioranza formata col voto di creditori appartenenti a classi diverse, espressione per definizione di posizioni non omogenee fra loro ⁽⁵⁷⁾.

7. *Segue.* — Diversa deve essere la riflessione in merito al classamento obbligatorio dei prelatizi, qualora se ne individui il fondamento nella diversità di trattamento cui essi vengono assoggettati rispetto ai creditori *ab origine* chirografari ⁽⁵⁸⁾.

L'art. 160, co. 1 l. fall., prevede alla lett. c) la facoltà del debitore di dividere i propri creditori in classi; alla lett. d) la possibilità di offrire trattamenti differenziati fra creditori di classi diverse.

È innegabile che, dal punto di vista logico, tra le due facoltà intercorra una gerarchia: il debitore può offrire trattamenti differenti nella proposta, *soltanto a condizione* che abbia raggruppato i creditori in classi ed i destinatari dei diversi trattamenti appartengano a classi differenti. In altri termini: la facoltà di proporre trattamenti differenziati *presuppone* la formazione delle classi ⁽⁵⁹⁾.

Applicando tale regola, pertanto, pare possibile sostenere il classamento obbligatorio qualora il debitore proponga ai prelatizi falcidiati, per la parte di credito degradata a chirografo, un trattamento differenziato rispetto a quanto offerto ad altri creditori. Infatti, per la parte incapiente il

⁽⁵⁷⁾ V. BOZZA, (nt. 49), 434 il quale afferma che la tesi del classamento obbligatorio dei creditori al fine di assicurare l'omogeneità dei partecipanti alla formazione della maggioranza "non è in grado di spiegare perché il creditore dissenziente inserito in una classe deve sottostare non solo alla maggioranza formatasi nella classe di appartenenza — a giustificazione della quale potrebbe essere fatto il discorso sulla omogeneità degli interessi — ma *deve sottostare alla maggioranza formatasi col voto dei creditori appartenenti a classi diverse, per definizioni non omogenee fra loro*" (corsivi aggiunti); CENSONI, *Sull'ammissibilità di classi con unico creditore nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Fallimento*, 2010, 332. Quanto si afferma nel testo sembra dunque convergere verso l'opinione di quella parte della dottrina GALLETTI, (nt. 21), 2290, secondo la quale le classi non svolgerebbero una funzione di tutela dei creditori, ma costituiscono piuttosto uno strumento volto a consentire al debitore di poter calibrare adeguatamente i trattamenti diversi da riservare ai creditori, facilitando l'approvazione della proposta.

⁽⁵⁸⁾ Così esplicitamente NIGRO-VATTERMOLI, (nt. 49), 282; ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, Utet, 412; PICA, (nt. 57), 1097; MANDRIOLI, (nt. 49), 695. Da ultimo, per interessanti considerazioni generali sull'obbligatorietà delle classi dovuta al diverso trattamento cui vengono assoggettati i creditori v. FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, in questa *Rivista*, 2012, 309 ss.

⁽⁵⁹⁾ Così chiaramente DI MARZIO, (nt. 8), 239 ss. il quale afferma che il significato della legge deve essere così espresso: "il proponente può offrire trattamenti differenziati ai creditori, ma se vuole farlo *deve* formare classi omogenee"; STANGHELLINI, (nt. 18), 1965.

credito garantito può essere soddisfatto “in qualsiasi forma” (art. 160, co. 1, lett. a)) al pari di qualunque altro credito chirografario. E il potere del debitore di offrire un trattamento differenziato ad un gruppo di creditori comporta l'onere di formare le classi ⁽⁶⁰⁾. In tale evenienza la classe dovrà essere formata tenendo conto esclusivamente del criterio della (dis)omogeneità degli interessi economici dei creditori, attesa l'assimilazione legislativa dei crediti prelatizi, per la parte ammessa al voto, ai chirografari sotto il profilo della posizione giuridica ⁽⁶¹⁾.

Al riguardo, si è sostenuto che il trattamento differenziato capace di rendere obbligatorio il classamento dei creditori garantiti incapienti ricorrebbe anche quando alcuni di essi siano in parte soddisfatti sul valore della garanzia ed in parte siano soddisfatti come chirografari, mentre altri prelatizi hanno diritto ad ottenere il soddisfacimento integrale sul valore della garanzia (magari perché aventi un'ipoteca o un privilegio poziore rispetto ai primi) ⁽⁶²⁾. Anche in tale evenienza si è affermata l'esistenza degli estremi per l'applicazione dell'art. 160, co. 1 l. fall., lett. c) e d): la facoltà del debitore di prevedere per i creditori garantiti incapienti un trattamento differente da quello imposto per gli altri creditori garantiti (che possono essere soddisfatti integralmente sul valore della garanzia), che presuppone l'onere di formare le classi ⁽⁶³⁾.

Ma tale conclusione non è del tutto convincente. Il classamento costituisce lo strumento offerto al debitore per proporre trattamenti differenti fra creditori aventi lo stesso diritto di soddisfarsi sui suoi beni. In altri termini esso è *lo strumento che legittima il debitore a prevedere delle deroghe alla par condicio creditorum ulteriori rispetto a quelle già previste ex lege* (artt. 2740-2741 c.c.) ⁽⁶⁴⁾.

Nel caso in esame, tuttavia, non pare ricorrere tale funzione del classamento. I creditori che trovano integrale soddisfazione sulla garanzia che li assiste, infatti, sono destinatari di un trattamento differente da quello di altri prelatizi solo parzialmente capienti previsto e, dunque, consentito, sotto il profilo della deroga alla *par condicio creditorum*, dalla legge. Quindi non occorre ricorrere al classamento, necessario solo per realizzare deroghe alla parità di trattamento che siano espressione dell'autonomia negoziale del debitore in crisi.

⁽⁶⁰⁾ In questo senso anche MANDRIOLI, (nt. 49), 695; PANZANI, (nt. 56), 371.

⁽⁶¹⁾ Il discorso conduce a ritenere ammissibile anche una classe composta dal singolo creditore prelatizio falciato: CATALLOZZI, (nt. 40), 588; CENSONI, (nt. 58), 332, che fa riferimento alla seconda proposizione del 2 co, dell'art. 160 l. fall.

⁽⁶²⁾ Qui, a differenza dell'ipotesi precedentemente considerata, il trattamento per i prelatizi falciati è differenziato non rispetto a quello dei chirografari, ma a quello di altri prelatizi capienti.

⁽⁶³⁾ V. MANDRIOLI, (nt. 49), 695.

⁽⁶⁴⁾ Per la stretta connessione fra rottura della *par condicio* e la formazione delle classi e il significato che tale rottura può assumere v. STANGHELLINI, (nt. 18), 1966.

8. *Il voto dei creditori prelatizi falcidiati in caso di formazione delle classi.*— Fonte di discussione in dottrina sono anche le modalità tramite le quali i creditori prelatizi falcidiati ai sensi dell'art. 160, co. 2 l. fall., votano nell'ambito di un concordato con classi. In relazione a tale evenienza, si è affermato che “il voto dei creditori con prelazione di cui è proposto il soddisfacimento non integrale [deve] essere computato per il raggiungimento di una delle maggioranze richieste per l'approvazione del concordato con classi, quella dei crediti ammessi al voto” nella misura della degradazione a chirografo; mentre il loro voto è computato “per il raggiungimento della maggioranza nella classe *nella misura dell'intero nominale*” (corsivi aggiunti) ⁽⁶⁵⁾.

Al riguardo, fermo il fatto che comunque il voto dei prelatizi viene computato nella maggioranza generale solo nella misura di cui all'art. 177, co. 3 l. fall., non si riesce a cogliere il motivo per il quale gli stessi dovrebbero votare per l'intero valore nella classe di appartenenza ⁽⁶⁶⁾.

In caso di formazione delle classi è necessario il consenso della maggioranza delle stesse per l'approvazione del concordato. Tale prescrizione implica che si raggiunga una maggioranza ulteriore rispetto alle altre due cui fa espresso riferimento l'art. 177, co. 1 l. fall.: quella all'interno di ciascuna classe ⁽⁶⁷⁾.

Ciò premesso, attribuire indiscriminatamente il voto per l'intero nominale a tutti i prelatizi, prescindendo dalla diversa misura della falcidia a cui i rispettivi diritti vengono sottoposti, pare in contrasto con il principio di corrispondenza fra rischio e potere, che sembra sotteso anche alla disciplina del diritto di voto nel concordato preventivo ⁽⁶⁸⁾. Si immagini, infatti, che in una classe di prelatizi falcidiati vi siano tre creditori garantiti da ipoteche di grado successivo, i quali in base alla previsione di cui all'art. 160² l. fall., sono falcidiati in misura differente. Se si ammettono a votare tutti e tre per l'intero importo, il loro voto peserà sulla formazione della maggioranza nella classe in modo uguale, se gli importi dei crediti originari sono identici; oppure in proporzione al loro valore originario, se gli importi sono diversi. In entrambi i casi, però il peso del voto non è proporzionale all'importo del credito che non trova capienza sulla garanzia, nonostante esso sia la misura in cui i prelatizi falcidiati vengono sottoposti al concordato e, corrispondentemente, costituisca la misura per cui gli stessi soggetti diventano titolari dell'interesse ad esprimersi sulla proposta. Pertanto, tale

⁽⁶⁵⁾ GUGLIELMUCCI, (nt. 49), 275 ss. cui appartengono anche i virgolettati.

⁽⁶⁶⁾ Oltre a GUGLIELMUCCI, (nt. 49), 276 v. anche STANGHELLINI, (nt. 18), 1062 ss., il quale però ha manifestato l'opinione prima dell'entrata in vigore del correttivo alla riforma.

⁽⁶⁷⁾ Se la maggioranza all'interno di una classe è composta da voti positivi, quella classe dovrà essere conteggiata fra le classi favorevoli alla proposta, altrimenti fra quelle contrarie, al fine di conteggiare la maggioranza delle classi. V. infatti la dottrina cit. sopra in nota.

⁽⁶⁸⁾ STANGHELLINI, (nt. 24), 226 ss.

soluzione viola il principio sopra ricordato. In altri termini questo principio insieme alla necessità di rispettare l'unica indicazione normativa in merito alla misura del voto dei creditori garantiti falcidiati (art. 177, co. 3 l. fall.), il cui ambito di applicazione non è circoscritto al solo concordato senza classi, sembra imporre che la maggioranza all'interno di ciascuna classe di prelatizi venga calcolata conteggiando la frazione dell'importo del credito degradato a chirografo.

Ci si è chiesti, inoltre, in quali classi si debba tener conto del voto dei creditori privilegiati da soddisfare non integralmente.

Un autore afferma che il voto dei creditori con prelazione falcidiati deve essere computato per l'intero nominale nella loro classe di privilegiati e per la parte del credito incapiente sulla garanzia nella classe dei creditori chirografari, cui detti crediti si possono considerare appartenenti⁽⁶⁹⁾. Un altro autore, al contrario, esclude che i prelatizi falcidiati possano esprimere un doppio voto o un voto divergente nell'una e nell'altra classe, per cui il loro voto dovrebbe essere unico anche se conteggiato nella classe di appartenenza per la percentuale di soddisfacimento prevista e in quella dei chirografari "per la parte residua"⁽⁷⁰⁾.

Entrambe le tesi sembrano da respingere. Intanto, la necessità di conteggiare il voto dei prelatizi falcidiati non solo nella classe ad essi riservata, ma anche in quella dei chirografari non pare derivare dall'equiparazione prescritta dall'art. 177, co. 3 l. fall.⁽⁷¹⁾. Si può, infatti, sostenere che tale equiparazione è limitata solo all'attribuzione *della titolarità del diritto di voto*, ma non implica anche che il voto per la parte residua debba essere conteggiato in una delle classi dei chirografari. Equiparandoli, *pro quota*, ai chirografari, la legge si limita a prescrivere l'attribuzione del voto ai prelatizi falcidiati, ma non sembra prescrivere alcunché circa il modo o le classi in cui tale facoltà deve essere esercitata. Si può quindi sostenere che il voto dei prelatizi deve semplicemente essere esercitato nella loro classe e poi conteggiato anche nella maggioranza generale dei crediti.

D'altro conto il doppio voto dei creditori prelatizi non sembra essere conseguenza necessaria del duplice interesse di cui essi sono portatori rispetto al concordato: quello "*all'accettazione o meno...di un soddisfacimento non inferiore a quello del valore del cespite gravato, risultante dalla perizia giurata*" (corsivi dell'autore) e quello al soddisfacimento della parte incapiente del credito "in misura corrispondente a quella proposta... alla classe di creditori chirografari cui dovrebbero afferire"⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ GUGLIELMUCCI, (nt. 49), 275-276.

⁽⁷⁰⁾ CENSONI, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2009, I, 40.

⁽⁷¹⁾ Proprio l'equiparazione *ex art. 177, co. 3 l. fall.*, pare essere — se si è ben capito — il fondamento della tesi di CENSONI, (nt. 71), 41 ss.

⁽⁷²⁾ GUGLIELMUCCI, (nt. 49), 275.

Di nuovo non si vede perché il voto espresso dai prelatizi falcidiati nella loro classe di appartenenza (espresso e conteggiato solo in essa, oltre che nella maggioranza generale) non debba considerarsi sufficiente ad esprimere il consenso o il dissenso *sia* rispetto alla falcidia, *sia* rispetto al trattamento proposto per la parte del credito incapiente sulla garanzia ⁽⁷³⁾.

9. *Come possono essere soddisfatti i creditori prelatizi?* — 9.1. *La soddisfazione è diversa dall'adempimento o pagamento dell'obbligazione.* — Altra questione ampiamente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza concerne i mezzi con cui è possibile soddisfare i creditori muniti di un diritto di prelazione nel concordato.

Al riguardo, è necessario rilevare preliminarmente come il problema non riguardi ciò che è possibile dare ai creditori privilegiati falcidiati per la parte del credito che non trova capienza nella garanzia. Per quest'importo, infatti, si prospettano due alternative che risolvono a monte la questione:

— o si ritiene che per tale importo non sia dovuto alcunché al creditore falcidiato, al quale verrà corrisposto dunque solo quanto può ricavarsi dalla garanzia, restando del tutto insoddisfatta la parte residua del credito ⁽⁷⁴⁾;

— oppure se si ritiene che l'equiparazione della parte del credito incapiente sulla garanzia ai chirografari *ex art. 177, co. 3, l. fall.*, valga non soltanto ai fini dell'esercizio del diritto di voto, ma anche ai fini del trattamento economico, e allora si applicherà la previsione dell'art. 160, co. 1, lett. a), l. fall., che consente oggi una totale detipizzazione del contenuto della proposta di concordato, la quale può "prevedere... la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma..." ⁽⁷⁵⁾.

Sgombrato il campo da tale ipotesi, il problema menzionato in apertura del paragrafo si pone in relazione al trattamento o dei creditori prelatizi *capienti* sul valore della propria garanzia o di quelli falcidiabili, ma per la parte del credito che *trova copertura* nella garanzia stessa.

La dottrina e la giurisprudenza pronunciatesi sull'argomento ⁽⁷⁶⁾ lo hanno trattato o nella prospettiva della *ratio* complessiva della riforma del concordato preventivo ⁽⁷⁷⁾ o nell'ottica dell'attribuzione o meno del diritto

⁽⁷³⁾ È incerto, peraltro, se i prelatizi falcidiati abbiano diritto ad un trattamento analogo a quello previsto per i chirografari per la parte del credito incapiente.

⁽⁷⁴⁾ Per questa tesi per tutti v. GUIOTTO, (nt. 42), 1285 e App. Torino, 6 maggio 2010, in *Fallimento*, 2010, 1278; NARDECCHIA, (nt. 45), 80 ss.

⁽⁷⁵⁾ V. BOTTAL, *Trattamento dei crediti privilegiati, nuova finanza e rapporto fra classi e privilegi*, in *Fallimento*, 2010, 90 e la dottrina cit. a nt. 52.

⁽⁷⁶⁾ Per una rassegna delle stesse si rimanda ai riferimenti bibliografici in BOTTAL, *Crediti prelatizi dilazionati e diritto di voto nel concordato: un falso problema*, in *Fallimento*, 2011, 620 ntt. 12 e 13.

⁽⁷⁷⁾ In particolare con la finalità di "incentivare ulteriormente il ricorso al concordato preventivo" più volte menzionata nella relazione di accompagnamento al d.lgs. 169/2007,

di voto ai creditori privilegiati ai quali sia stata offerta una soddisfazione diversa dall'oggetto originario dell'obbligazione.

Qui, invece, si ritiene preferibile un diverso approccio, maggiormente attento a quanto prescrive la legge fallimentare ed alle indicazioni ricavabili dalla disciplina di diritto civile dell'adempimento delle obbligazioni, che comunque rimane uno degli obiettivi della procedura di concordato preventivo.

Parte della dottrina nega la possibilità di prevedere per i privilegiati una soddisfazione diversa da quella in denaro in base agli artt. 1197 e 1277 c.c. ⁽⁷⁸⁾. Tali fattispecie non potrebbe trovare applicazione, poiché i creditori privilegiati sono esclusi dal voto in assoluto o, per quelli incapienti sul valore della garanzia, per la parte di credito "coperta" da quest'ultima ⁽⁷⁹⁾. Ancora, per negare una soddisfazione con mezzi diversi dal denaro si è fatto riferimento all'art. 160, co. 2 l. fall.: la previsione lì contenuta implicherebbe — ad avviso di parte della dottrina — un soddisfacimento in denaro dei crediti garantiti ⁽⁸⁰⁾.

Partendo da quest'ultimo rilievo, non pare che la prescrizione di cui all'art. 160, co. 2, l. fall. in merito ai presupposti di ammissibilità della domanda di concordato preventivo precluda un soddisfacimento dei crediti privilegiati con mezzi diversi dal denaro ⁽⁸¹⁾.

La legge sembra imporre, infatti, un limite al contenuto della proposta di tipo *meramente quantitativo*, ossia concernente il valore da corrispondere al creditore privilegiato, non di tipo *qualitativo*: se la garanzia è capiente si deve corrispondere l'intero importo nominale del credito; se non lo è, si deve corrispondere un valore almeno pari a quello ricavabile dalla liquidazione della garanzia. La disposizione, in altri termini, allude certamente al denaro,

sulla quale incentra la propria riflessione G. NUZZO, *Creditori privilegiati: soddisfatti pienamente ma non pagati integralmente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 2, 704 ss.

⁽⁷⁸⁾ V. ZANICHELLI, (nt. 59), 166; NISIVOCIA, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in questa *Rivista*, 2009, I, 109; JACCHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da FAUCEGLIA-PANZANI, Torino, Utet, 2009, 3, 1606.

⁽⁷⁹⁾ Da ultimo si veda TERSILLA, *Soluzioni "consensuali" nei concordati: Il prepackaged bankruptcy all'italiana*, in *Fallimento*, 2011, 7, 776 ss.; NISIVOCIA, (nt. 79), 110 secondo il quale "ammettere che la proposta possa prevedere tale soddisfacimento in forme diverse da quelle cui i privilegiati avrebbero avuto diritto senza consentire loro di esprimere il proprio voto sulla proposta stessa significherebbe probabilmente ammettere...una modificazione dei crediti senza corrispettivo..." lesiva dei principi costituzionali. Si dirà oltre perché si ritiene che l'art. 1197 c.c. non sia richiamato a proposito rispetto all'ipotesi in esame, dovendosi piuttosto fare riferimento all'art. 1230 c.c.

⁽⁸⁰⁾ CENSONI, (nt. 71), 23; DI MARZIO, (nt. 8), 232.

⁽⁸¹⁾ Nell'ordinamento tedesco, l'*Insolvenzordnung* prevede al § 223 che i creditori con diritto al soddisfacimento preferenziale possano ricevere attribuzioni difformi da quanto stabilito dalla fonte dell'obbligazione originaria. In tal caso il piano deve indicare la differente regolazione (riduzione, dilazione, o altra forma (§ 223, *Abz.* 2)). Corrispondentemente ai creditori prelatizi viene riconosciuto il diritto di voto (§ 238), che non spetta a quelli non pregiudicati dal piano (§ 237), e il diritto di opporsi all'omologazione (§ 251).

ma non quale mezzo necessario per la soddisfazione del creditore privilegiato, quanto — secondo la funzione che esso normalmente adempie nelle economie moderne — *quale mezzo per quantificare un valore* ⁽⁸²⁾.

La legge stessa, d'altro canto, utilizza in relazione al trattamento dei prelatizi falcidiati il termine “soddisfazione” (artt. 160, co. 2 e 177, co. 3 l. fall.), anziché pagamento o adempimento, che nel codice civile sono sinonimi e significano esecuzione da parte del debitore della prestazione nel suo esatto contenuto originario. L'utilizzo da parte delle norme in esame del termine “soddisfazione”, in altre parole, sembra fornire un'indicazione chiara dell'intenzione del legislatore di prevedere una fattispecie *differente* da quella dell'adempimento dell'obbligazione assistita dal diritto di prelazione. Una fattispecie nella quale, fermo comunque restando il limite quantitativo suddetto, si ammette l'esecuzione di una prestazione differente da quella originariamente dedotta in obbligazione.

Anche volendosi arrestare ad un'interpretazione meramente letterale della disposizione in esame, non si può condividere l'opinione di quella parte della giurisprudenza teorica e pratica secondo cui i termini “soddisfazione” e “pagamento” sarebbero utilizzati nelle norme sul concordato preventivo con un significato identico ⁽⁸³⁾. Ciò è smentito da quanto insegna la dottrina in materia di ermeneutica giuridica. L'argomento del “significato proprio delle parole” consiste nel fare appello alle regole semantiche e sintattiche del linguaggio settoriale utilizzato per formulare il testo normativo ⁽⁸⁴⁾. Quanto all'applicazione delle prime, la dottrina aggiunge che per i termini tecnico-giuridici “costituisce interpretazione letterale l'uso delle regole semantiche determinate, secondo i casi, o dallo stesso legislatore per i termini da esso definiti, o dalla dottrina per i termini rimanenti” ⁽⁸⁵⁾.

Se si applica questa regola, dunque, si perviene inevitabilmente alla conclusione sopra enunciata: la dottrina civilistica, infatti, attribuisce al termine “soddisfazione” un significato tecnico-giuridico assolutamente differente da quello di “pagamento” (il cui significato è ricavabile dalla legge) in relazione all'attuazione del rapporto obbligatorio.

Il termine soddisfazione viene utilizzato per riferirsi a quei modi di estinzione dell'obbligazione (c.d. satisfattori) diversi dall'adempimento (nel senso di esecuzione dell'esatta prestazione dedotta in obbligazione),

⁽⁸²⁾ Come dire: se la garanzia vale, se liquidata, 100, per 100 deve essere soddisfatto il credito che è assistito dalla garanzia stessa.

⁽⁸³⁾ In tal senso si esprimono GENOVIVA, *Questioni controverse in tema di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, 1227; PROTO, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo*, Milano, Ipsoa, 2010, 126 nt. 11; da ultimo Trib. Reggio Calabria (decr.), 15 dicembre 2011, in www.ilfallimentarista.it.

⁽⁸⁴⁾ DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, 309 ss.; GUASTINI, (nt. 2), 269 ss.

⁽⁸⁵⁾ GUASTINI, (nt. 2), 269 ss.

ossia all'attribuzione al creditore di un'utilità (rispetto al suo interesse) diversa dalla prestazione concordata *ab origine*. Quindi il fatto che l'articolo 160, co. 2 (e il 177, co. 3) l. fall. utilizzi in relazione ai creditori privilegiati il termine "soddisfazione" comporta il potere del debitore di prevedere l'attribuzione al prelazio di qualcosa di qualitativamente diverso dall'oggetto originario dell'obbligazione, purché equivalente al valore stimato della garanzia. L'art. 160, co. 2, l. fall. — e non già il 1 co. della disposizione — sembra legittimare una modificazione *qualitativa* del credito concorsuale privilegiato ⁽⁸⁶⁾.

La nuova disciplina del concordato preventivo, dunque, consente la novazione oggettiva dei crediti garantiti (per la parte capiente sulla garanzia) ⁽⁸⁷⁾, annoverata dalla dottrina civilistica proprio fra i mezzi di estinzione dell'obbligazione *diversi dall'adempimento* ⁽⁸⁸⁾.

Per completezza, occorre anche aggiungere, tuttavia, che tali rilievi

⁽⁸⁶⁾ Si sottolinea la distinzione fra 1 e 2 comma dell'art. 160 l. fall. in quanto alcuni autori per smentire la possibilità di soddisfare i creditori prelatizi con mezzi diversi dal denaro negano che rilevi la previsione della detipizzazione della proposta concordataria sancita dal primo comma della disposizione appena menzionata, in quanto a loro avviso questa previsione comprenderebbe nel proprio ambito di applicazione i soli creditori chirografari (DI MARZIO, (nt. 8), 230 seguito da BOTTAL, (nt. 77), 619). Il fatto che la tesi proposta nel testo sia fondata solo sul dato normativo dell'art. 160, co. 2 l. fall. consente di superare tale obiezione, posto che certamente quest'ultima norma disciplina il trattamento da riservare ai creditori prelatizi. Ragionando come si fa nel testo, inoltre, si smentisce anche quell'obiezione secondo la quale la possibilità di soddisfazione dei creditori privilegiati con mezzi diversi dal denaro a condizione che agli stessi venga riconosciuto il diritto di voto è priva di alcun sostegno normativo: quest'ultimo è da ravvisarsi proprio nella terminologia (soddisfazione) utilizzata dalla legge, che allude, se correttamente interpretata, al possibile adempimento con mezzi diversi dal denaro. Dopodiché l'attribuzione del voto al privilegiato discende dai principi.

⁽⁸⁷⁾ In merito all'aspetto dell'*aliquid novi* al fine del ricorrere della novazione oggettiva v. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diverse dall'adempimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, IX, 1, Torino, Utet, 1999, 347 ss., il quale ritiene che il mutamento dell'oggetto della prestazione, "nel senso di un'alterazione qualitativa o di una sostituzione della cosa, è idoneo a determinare la novazione oggettiva". V. al riguardo anche P. RESCIGNO, voce *Novazione (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, Utet, 1965, 436; MAGAZZÙ, voce *Novazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, Milano, Giuffrè, 813 ss.; PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento: artt. 1250-1259*, in *Commentario cod. civ.*, diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 1975, 72.

⁽⁸⁸⁾ Cita BOTTAL, (nt. 77), 620; CENSONI, (nt. 71), 40 ss. In senso contrario a quanto si sostiene nel testo v. ZANICHELLI, (nt. 59), 165 il quale in realtà contesta la possibilità di attribuire ai creditori prelatizi utilità diverse dal denaro in relazione alla fattispecie della *datio in solutum* disciplinata all'art. 1197 c.c. Si tratta di una fattispecie di cui la dottrina civilistica ripetutamente sottolinea l'affinità rispetto alla novazione oggettiva — che si ritiene ricorrere nell'ipotesi in esame —, ma che si differenzia da quest'ultima perché mentre nella *datio in solutum* l'estinzione dell'obbligazione originaria non consegue alla costituzione di un nuovo rapporto obbligatorio, ma all'effettiva realizzazione del diritto mediante attribuzione di un bene considerato dal creditore idoneo a soddisfarlo, nella novazione oggettiva si ha un contratto ad un tempo estintivo della precedente obbligazione e costitutivo di un nuovo rapporto obbligatorio (GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 2011, 595; per la differenza fra novazione e *datio in solutum* v. anche BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, Giuffrè, 1968, 148 ss.). La proposta di concordato sembra integrare quest'ultima fattispecie, appunto perché se approvata determina la sostituzione di

possono non apparire validi rispetto al concordato in continuità aziendale *ex art. 186-bis l. fall.*, il quale, al comma 2 lett. c), dispone che “il piano può prevedere...una moratoria fino ad un anno per il [loro] pagamento”: l'utilizzo di questo termine sembra precludere, nella *sub-procedura* introdotta dal decreto sviluppo, la possibilità di offrire ai creditori muniti di pegno o ipoteca una prestazione differente da quella originariamente prevista ⁽⁸⁹⁾.

Per armonizzare la nuova previsione con la disciplina “generale” del concordato in ordine al trattamento proponibile ai prelatizi si può forse valorizzare il rinvio dell'art. 186-bis, 2 co., lett. c), al 2 comma, dell'art. 160 l. fall. (“il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'art. 160, co. 2 ...”). Poiché quest'ultima è proprio la disposizione su cui si fonda la tesi, qui accolta, dell'ammissibilità della soddisfazione dei prelatizi con una prestazione diversa da quella prevista dal titolo del credito, si può sostenere che il rinvio ad essa rende ammissibile una previsione analoga anche nella proposta di concordato in continuità. Il termine “pagamento” utilizzato dal nuovo art. 186-bis, co. 2, lett. c, l. fall.), dovrebbe quindi essere riferito non al trattamento in generale dei privilegiati, ma solo al loro trattamento per quanto concerne la modalità temporale di adempimento del credito, cioè alla sua possibile dilazione. In altri termini: per le modifiche qualitative del credito privilegiato vale quanto ricavabile dal 2 comma dell'art. 160 (che parla di “soddisfazione”) richiamato dalla disciplina del concordato in continuità; mentre il termine pagamento va riferito solo al caso in cui si proponga la moratoria espressamente prevista dall'art. 186-bis, che comporta una modifica del termine di adempimento, *ma non della prestazione oggetto dell'obbligazione* (e, dunque, nel linguaggio tecnico-giuridico, proprio un pagamento/adempimento e non una soddisfazione) ⁽⁹⁰⁾.

Peraltro, un'indiretta conferma della soluzione qui proposta può essere ricavata dalla relazione di accompagnamento al d.lgs. 169/2007, la quale esplicita una delle finalità del correttivo: quella di “incentivare ulteriormente il ricorso allo strumento del concordato preventivo”. Infatti, è stato rilevato che qualora si consenta al debitore di agire “sulle modalità di adempimento dei creditori privilegiati, offrendo una soddisfazione attuata con mezzi o con tempi diversi dal pagamento *immediato* in denaro

una nuova obbligazione a quella originaria verso i prelatizi; mentre l'esecuzione del concordato si colloca in una fase successiva.

⁽⁸⁹⁾ Lo rileva anche ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, in *www.ilfallimentarista.it.*, 6, che sottolinea il diverso tenore letterale dell'art. 186-bis, co. 2, lett. c), l. fall., rispetto all'art. 160, co. 2, l. fall. Pertanto, l'autore nota che ciò potrebbe creare un'ingiustificata disparità di trattamento.

⁽⁹⁰⁾ L'art. 186-bis, co. 2, lett. c) prevede solo la possibilità di proporre una dilazione del credito. In tal caso la legge parla di pagamento perché il contenuto originario dell'obbligazione non è modificato. Tale caso rimane soggetto alla disciplina ricavabile dal 160, co. 2, cui lì si rinvia.

dell'intero importo...si potrebbe ottenere la liquidità sufficiente a garantire un — anche minimo — pagamento dei creditori chirografari, *di guisa che la praticabilità concreta delle soluzioni concordatarie verrebbe incrementata*” (corsivi aggiunti) ⁽⁹¹⁾. Dunque, la soluzione proposta risulta preferibile anche alla luce di un'interpretazione dell'art. 160, co. 2, l. fall. coerente con la *ratio* complessiva della riforma del concordato preventivo.

9.2. *La pretesa incompatibilità fra novazione oggettiva del credito garantito e funzione della garanzia. Critica.* — Alla tesi “permissiva” in merito alle possibili forme di soddisfacimento dei prelatizi si è obiettato che “a maggioranza possa essere decisa...la modalità di soddisfacimento di un diritto di credito” — come qui si propone — anche qualora esso trovi capienza sul bene vincolato a propria garanzia ⁽⁹²⁾. Tale tesi, infatti, “sarebbe inconciliabile con la oggettiva funzione della garanzia”, dalla quale discenderebbe il principio di non conformabilità da parte della proposta dei crediti garantiti. In altri termini, ammettendo la possibilità di proporre modalità di adempimento dei crediti prelatizi diverse da quelle previste nel titolo costitutivo dell'obbligazione (c.d. “conformabilità” dei crediti), la funzione oggettiva della garanzia “resterebbe svuotata, dipendendo[ne] l'effettiva operatività — e dunque il suo riconoscimento — non dalla legge [come per i privilegi o per l'ipoteca legale] e nemmeno dal consenso degli interessati [pegno, ipoteca] bensì dalla proposta di concordato” e, dunque, dalla volontà del debitore. In tal caso, infatti, si verificherebbe una palese contraddizione con la sua posizione di soggezione all'esecuzione coattiva derivante proprio dall'esistenza del diritto di prelazione ⁽⁹³⁾.

Secondo tale orientamento, l'applicazione di tale principio non può essere superata nemmeno sostenendo che il sacrificio per i creditori privilegiati, eventualmente previsto nella proposta di concordato, potrebbe essere compensato e divenire ammissibile riconoscendo ad essi il diritto di partecipare alla votazione. Ciò perché la legge è chiara (art. 177, co. 3 l. fall.) nel senso di attribuire il diritto di voto sulla proposta di concordato solo quando ricorra l'eventualità prevista all'art. 160, co. 2, l. fall., cioè solo quando la garanzia, stante la sua *incapienza*, non possa adempiere alla propria funzione in ordine al pagamento del credito che assiste: quest'ultima eventualità *condiziona* la legittimazione dei prelatizi a votare. La tesi sostenuta dalla giurisprudenza teorica e pratica maggioritaria, pertanto,

⁽⁹¹⁾ G. NUZZO, (nt. 78), 704 ss.

⁽⁹²⁾ PROTO, (nt. 84), 127; conf. BOTTAL, (nt. 77), 621.

⁽⁹³⁾ DI MARZIO, (nt. 8), 234, che sulla base di tale assunto nega sia che i creditori garantiti (laddove la garanzia copra per intero il credito, o comunque per la parte di credito capiente sulla garanzia) possano essere soddisfatti con mezzi diversi dal denaro; sia che la loro soddisfazione possa essere dilazionata.

invertirebbe il rapporto tra *prius e posterius*: attribuendo il diritto di voto si rende conformabile dalla proposta di concordato — e dalla deliberazione a maggioranza — il credito garantito ⁽⁹⁴⁾.

In effetti, ai sensi del nuovo art. 160, co. 2 l. fall. la proposta di concordato può prevedere la *falcidia* (ossia la modifica quantitativa) del diritto di credito originario assistito da una causa legittima di prelazione solo qualora si realizzi una specifica condizione, consistente nell'insufficienza del valore del bene oggetto della garanzia a coprire il soddisfacimento dell'intero importo nominale del credito. Altrimenti, il credito garantito rimane escluso dalla proposta di concordato e, dunque, deve essere adempiuto per il suo importo originario, pena l'inammissibilità della proposta.

Da tale prescrizione pare possibile indurre un principio più generale: *non è ammissibile che la proposta preveda una modificazione del credito garantito nella misura in cui tale modifica risulti in contrasto con la funzione attribuita alla garanzia dal diritto sostanziale* ⁽⁹⁵⁾.

Tale rilievo, tuttavia, non sembra decisivo nel senso di precludere la possibilità di novare oggettivamente i crediti garantiti. Alla tesi contraria appena esposta, infatti, pare possibile obiettare che fra la funzione della garanzia del credito e la novazione oggettiva non sussiste alcun rapporto di contraddizione.

Se — come affermato in precedenza — il sistema dei diritti di prelazione opera nelle procedure concorsuali senza alcun sostanziale scostamento rispetto alla disciplina di diritto comune, allora si deve affermare che la funzione della garanzia è quella di creare a favore del creditore una riserva di utilità (reale) su un bene determinato del debitore, da far valere per realizzare il credito in via esecutiva in caso di inadempimento ⁽⁹⁶⁾. In sostanza, la garanzia del credito attribuisce un diritto di natura sostanziale a conseguire, in caso di inadempimento del debitore, un valore ovvero "il ricavato (come valore di scambio del bene vincolato) dall'aggiudicazione" ⁽⁹⁷⁾.

Non sembra, invece, che la disciplina dei diritti di prelazione garantisca al creditore anche di ottenere la prestazione prevista dal titolo sul quale il credito è fondato. Oltre che dalla funzione delle garanzie reali come

⁽⁹⁴⁾ DI MARZIO, (nt. 8), 233-234; BOTTAI, (nt. 77), 624 ss.

⁽⁹⁵⁾ Tale principio si ricava dal fatto che la legge vieta implicitamente alla proposta di prevedere il pagamento in misura ridotta del credito garantito se la garanzia è capiente, perché la funzione della garanzia è proprio quella di assicurare il pagamento anche coattivo del credito per l'intero valore del bene oggetto della garanzia stessa.

⁽⁹⁶⁾ Per la ricostruzione in tal senso del contenuto dei diritti reali di garanzia (pegno, ipoteca, privilegi) v. GABRIELLI, (nt. 11), 9 ss. ove rinvii ad altre opere del medesimo autore.

⁽⁹⁷⁾ GABRIELLI, (nt. 11), 10 nt. 31; e già RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALI, 14, Torino, Utet, 1956, 185 nt. 3 e ALB. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, Milano, Giuffrè, 2001, 99, nt. 172.

ricostruita dalla dottrina, ciò risulta evidente dal fatto che la garanzia potrebbe assistere — sebbene si tratti di un'ipotesi rara ⁽⁹⁸⁾ — anche un'obbligazione non pecuniaria. In tal caso la garanzia assicura al creditore un'attuazione del proprio diritto non conforme al contenuto originario, poiché il realizzo della stessa consente di ricavare una somma di denaro, sulla quale il creditore si soddisfa per equivalente.

Pertanto, se la garanzia implica la costituzione a favore del creditore di un diritto al “valore”, *la sua funzione risulta compatibile con qualunque forma di soddisfazione del credito sotto il profilo qualitativo, purché realizzata con beni di valore pari al suo importo.*

In altri termini, la garanzia destina una parte individuata del patrimonio del garante alla realizzazione dell'interesse del creditore a conseguire l'“utilità” che deriva dalla soddisfazione del suo diritto ⁽⁹⁹⁾. Ma allora, la funzione della garanzia non collide minimamente — come asserisce la tesi contraria — con la novazione oggettiva, dato che essa può essere annoverata fra i modi di soddisfazione dell'interesse del creditore ⁽¹⁰⁰⁾.

D'altro canto, se si accetta la ricostruzione “negoziale” del nuovo concordato preventivo, non possono che considerarsi applicabili allo stesso le regole che caratterizzano la disciplina contrattuale, prima fra tutte, quella per cui le parti sono libere di accordarsi come meglio credono in ordine alla regolamentazione dei loro rapporti, purché non violino norme imperative o non perseguano fini illeciti. I creditori privilegiati, pertanto, come parti del concordato avente natura negoziale — in quanto la proposta, nel prevederne una soddisfazione piuttosto che il pagamento, li rende parti in senso sostanziale e non soltanto formale della procedura ⁽¹⁰¹⁾ — devono senz'altro poter accettare, nell'esercizio della loro autonomia negoziale (tramite il voto sulla proposta), un'attuazione del loro credito differente dall'adempimento della prestazione originariamente prevista ⁽¹⁰²⁾.

Tale conclusione necessita, però, di una limitazione. La legge richiede,

⁽⁹⁸⁾ Lo rileva, in margine ad una riflessione analoga a quella condotta nel testo, CENSONI, (nt. 71), 39.

⁽⁹⁹⁾ GABRIELLI, (nt. 11), 10 nt. 31.

⁽¹⁰⁰⁾ Almeno se si ritiene che quest'ultimo abbia per “per oggetto il bene dovuto non nella sua utilità diretta, bensì nella sua utilità di scambio” (DI PRISCO, (nt. 88), 388; P. RESCIGNO, (nt. 88), 432). Comunque, anche qualora si accolga l'opinione maggioritaria che identifica l'interesse del creditore con quello al bene oggetto delle prestazioni dedotte in obbligazione nella sua individualità e quindi si annoveri la novazione fra i mezzi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento non soddisfattori (v. P. RESCIGNO, cit., 432) la conclusione nel testo non muta. L'obbligazione originaria novata si estingue senza che il creditore riceva la prestazione originaria, ma “nasce contestualmente una nuova obbligazione che eserciterà la funzione satisfattoria” (differenziandosi quindi la novazione dalla remissione e dalla impossibilità sopravvenuta della prestazione, a seguito delle quali l'obbligazione si estingue senza che il creditore ottenga alcunché (DI PRISCO, (nt. 88), 314).

⁽¹⁰¹⁾ INZITARI, (nt. 6), 386-387.

⁽¹⁰²⁾ Un ragionamento analogo, sebbene in riferimento ad un problema differente, è

come condizione di ammissibilità della proposta concordataria, che ai creditori prelatizi sia assicurata una “soddisfazione” pari al valore di realizzo della garanzia capiente (art. 160, co. 2, l. fall.). Se si aderisse all’opinione secondo la quale i crediti privilegiati devono essere adempiuti necessariamente in denaro, il rispetto di tale condizione non porrebbe alcun problema, dato il valore certo di tale bene. Poiché però si sostiene qui la possibilità di una soddisfazione dell’obbligazione diversa dal pagamento di una somma di denaro, allora il rispetto della condizione di ammissibilità della proposta appena menzionata impone che il creditore prelatizio sia soddisfatto con beni che hanno un valore comunque determinabile (per. es., strumenti finanziari quotati). Diversamente, l’adesione alla tesi qui sostenuta rischierebbe di rendere la proposta di concordato inammissibile, perché non si potrebbe valutare se la soddisfazione offerta ai prelatizi sia lesiva del trattamento minimo comunque assicurato agli stessi per la parte del credito capiente sulla garanzia ⁽¹⁰³⁾.

9.3. *Segue.* — Un ulteriore argomento idoneo a smentire la tesi dell’incompatibilità fra la funzione della garanzia del credito e la novazione può essere tratto dalla disciplina civilistica di quest’ultima.

L’art. 1232 c.c., facente parte della sezione dedicata alla novazione, dispone che i privilegi, i pegni, le ipoteche eventualmente connessi al credito vengono meno e non passano di diritto al nuovo credito, salvo che le parti non convengano espressamente che continuino a garantire la nuova obbligazione.

Dunque, questa norma ammette espressamente la possibilità di assoggettare a novazione i crediti garantiti. Non può perciò sostenersi che la

adottato anche da NISIVOCIA, *Concordato preventivo e continuazione dell’attività aziendale: due decisioni dal contenuto vario e molteplice*, in *Fallimento*, 2011, 230 ss.

⁽¹⁰³⁾ Valutazione che ad avviso dell’opinione prevalente dovrebbe essere effettuata nella relazione sulla fattibilità del piano ex art. 161 (GENOVIVA, *La relazione del professionista ex art. 160 l. fall. e il trattamento dei creditori prelatizi nel difficile percorso del nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, 356; CNDCEC, *La relazione giurata estimativa del professionista nel concordato preventivo e nel concordato fallimentare*, 23 febbraio 2009, consultabile su www.commercialisti.it). Tale precisazione sembra capace di superare l’obiezione formulata a favore della necessità del pagamento in denaro del credito privilegiato da DI MARZIO, (nt. 8), 232 e ID., (nt. 32), 212; da BOTTAI, *Trattamento dei creditori privilegiati, nuova finanza e rapporto fra classi e privilegi*, in *Fallimento*, 2010, 91. Del resto quanto sostiene DI MARZIO, cit., 212 (“Poiché la legge non dispone nessuna stima sul bene in cui il bene oggetto di prelazione si “convertirebbe” per scelta del debitore, deve convenirsi che oggetto dell’offerta ai creditori garantiti debba essere il pagamento in denaro; quale unico bene... non necessitante di ulteriore conversione e insensibile alla stima”) risulta argomento opinabile, poiché nel silenzio della legge (riconosciuto dall’autore) si può altrettanto correttamente sostenere in via interpretativa la soluzione nel testo, coerente sia con i dati letterali della disciplina del concordato, sia con la scelta del legislatore di rendere la procedura più flessibile, ampliando le possibili forme di soddisfazione di tutti i creditori, al fine di favorirne il successo e di evitare il fallimento (v. per riferimenti BOTTAI, (nt. 77), 620 nnt. 12 et 13).

modifica oggettiva del credito garantito sia assolutamente “inconciliabile con la....funzione della garanzia” (104).

Paiono pertanto sussistere indici normativi sufficienti a dimostrare che — la disciplina positiva del nuovo concordato ammette una novazione dei prelatizi anche capienti sulla garanzia (v. § 9.1);

— la novazione non è assolutamente in contrasto con la funzione della garanzia che assiste il credito (§ 9.2 e 9.3).

Per dimostrare la “conformabilità”, *sub specie* di novazione, dei crediti privilegiati per mezzo della proposta di concordato approvata a maggioranza, non resta, dunque, che verificare se la sua disciplina possa essere adattata alle regole proprie della procedura concorsuale.

9.4. *Il voto per manifestare il consenso alla novazione.* — La novazione presuppone il consenso del creditore.

Pertanto, essa pare suscettibile di essere prevista quale possibile contenuto della proposta — senza che da ciò discenda la sua inammissibilità, come accadrebbe ove si accedesse alla tesi più rigorosa, sopra esaminata — purché sia consentito ai creditori privilegiati di esercitare il voto per l'intero valore nominale del loro credito (105).

Infatti, in tal caso, essendo i creditori garantiti incisi nella loro posizione originaria anche per la parte del credito coperta dalla garanzia, non ricorre la *ratio* che si è ritenuta posta a fondamento della loro esclusione dal voto sulla proposta. Ammetterli al voto solo per la parte del credito falcidiata quando la proposta può modificare il contenuto del loro diritto anche per la frazione che trova capienza nella garanzia significherebbe non riconoscere ai prelatizi di “pesare” sulla formazione della maggioranza in misura proporzionata alle conseguenze della decisione (l'approvazione del concordato) di cui sono potenzialmente destinatari (106). Risulterebbe così violato il principio di non-eteronomia fra privati, che trova riconoscimento a livello costituzionale nell'art. 3 Cost. (principio di uguaglianza) ed il connesso principio di corrispondenza fra potere e rischio.

(104) Come fa DI MARZIO, (nt. 8), 253 ss.

(105) Così argomentando, i creditori privilegiati falcidiati potranno pesare nella formazione della maggioranza necessaria all'approvazione del concordato sia per la parte falcidiata e perciò equiparata ai chirografari, sia per la parte della quale, in quanto capiente sulla garanzia, deve comunque essere assicurato il soddisfacimento, il quale però viene eseguito con mezzi diversi dal denaro. Si intende, infatti, che quando il credito sia solo parzialmente capiente sulla garanzia (v. le ipotesi in esame *supra sub* § 9.1) l'importo non capiente vota come prescritto dall'art. 177, co. 3, che equipara i privilegiati ai chirografari “per la parte residua del credito”.

(106) D'altro canto, affermare, come fa la tesi più restrittiva che qui si critica, che ai prelatizi non può essere proposta una soddisfazione diversa dall'adempimento per la parte capiente sulla garanzia, perché essi per tale parte non votano è soluzione in contrasto (come già visto) sia con la lettera dell'art. 160, co. 2 e 177 l. fall. (che parlano di soddisfazione, che è fattispecie diversa dall'adempimento) sia con lo spirito complessivo della riforma.

Quanto alla compatibilità di tale conclusione con il dettato normativo, è vero che il 3 co. dell'art. 177 l. fall. legittima al voto il creditore privilegiato non *soddisfatto* integralmente per il solo importo del credito falcidiato ⁽¹⁰⁷⁾. Tale norma, però, pare disciplinare una fattispecie concreta diversa da quella qui in esame: nel far riferimento alla soddisfazione non *integrale* “ai sensi dell'art. 160”, che prevede la falcidia dei crediti garantiti in caso di garanzia incapiente, la disposizione disciplina il caso della modifica quantitativa, ma non quello della possibile modifica qualitativa del credito originario (implicitamente ammessa dalla legge con l'utilizzo del termine “soddisfazione”). Pertanto, il limite al diritto di voto lì previsto non vale nell'ipotesi in esame, e non può quindi essere fatto valere come ostacolo all'accoglimento della soluzione più liberale in merito ai modi di soddisfazione del credito garantito per la parte capiente sul valore della garanzia.

Il diritto di voto al creditore falcidiato, per il quale la proposta preveda una soddisfazione diversa dall'oggetto originario dell'obbligazione, deve, invece, essere fondato sul comma precedente dell'art. 177, co. 2 l. fall., dal quale si ricava che *non* votano *solo* i creditori cui sia assicurato un pagamento integrale ⁽¹⁰⁸⁾. Ragionando *a contrario*, dalla norma si induce che in mancanza del pagamento integrale i creditori garantiti sono sottoposti ad una regola antitetica a quella prescritta, ossia sono legittimati a votare sulla proposta. Poiché nel linguaggio tecnico-giuridico il termine “soddisfazione” ha — in relazione all'adempimento delle obbligazioni — un significato contrario alla parola “pagamento” — a prescindere dal fatto che la soddisfazione sia integrale o non integrale —, al creditore privilegiato si deve attribuire il diritto di voto anche per la parte del credito *soddisfatta*, appunto, *ma non pagata* in denaro (qualora si tratti di un'obbligazione pecuniaria) ⁽¹⁰⁹⁾. È vero — come rileva parte della giurispru-

⁽¹⁰⁷⁾ Probabilmente il legislatore storico nello scrivere la norma non si è reso conto delle implicazioni che, sul piano dell'adempimento anche delle obbligazioni garantite, potevano derivare all'uso del termine soddisfazione nell'art. 160, co. 2 l. fall., e quindi ha considerato come fattispecie da disciplinare soltanto la modificazione quantitativa del credito privilegiato, non quella attinente ai modi di adempimento.

⁽¹⁰⁸⁾ Affinché si applichi la preclusione all'esercizio del diritto di voto *ex art. 177, co. 2 l. fall.*, devono dunque ricorrere due condizioni: 1) il pagamento (che è cosa diversa dalla soddisfazione); 2) il carattere integrale del pagamento.

⁽¹⁰⁹⁾ Per uno spunto in tal senso v. AA.Vv., *La legge fallimentare*, sub art. 177, a cura di FERRO, Padova, Cedam, 2011, 2013; conf. Trib. Pescara, 16 ottobre 2008, in *Fallimento*, 2009, 1212 ss., il quale afferma che il secondo e il terzo comma dell'art. 177 non sono affatto sovrapponibili, disciplinando il primo le condizioni per l'ammissione al voto, e il secondo il trattamento dei prelatori solo parzialmente soddisfatti. A ciò conduce non solo la considerazione delle diverse espressioni letterali utilizzate nelle due disposizioni, ma anche il riferimento nel solo comma 3 dell'art. 177 all'art. 160, il quale disciplina proprio l'ipotesi di soddisfazione quantitativamente parziale dei prelatori, ma non l'ipotesi di soddisfazioni quantitativamente integrali e con modalità diverse dall'adempimento. Conseguentemente “l'individuazione dei creditori aventi diritto di voto deve essere condotta unicamente alla stregua del comma 2 prima parte all'art. 177, includendovi i crediti prelatori destinati ad

denza teorica e pratica ⁽¹¹⁰⁾ — che il comma 2 dell'art. 177 l. fall. non fornisce alcuna indicazione in merito alla misura secondo la quale i prelatizi possono esercitare il diritto di voto, come fa, al contrario, il comma successivo. Ma nel caso in esame tale questione può essere agevolmente risolta dall'interprete in considerazione della *ratio* sottesa alla regola generale dell'esclusione dal voto dei prelatizi e facendo ricorso ai principi di non eteronomia e di uguaglianza.

Pertanto, giusta la previsione dell'art. 177², l. fall., i creditori privilegiati falcidiati possono votare la novazione oggettiva per la parte del credito capiente sulla garanzia, in modo da integrare gli estremi — salvo il consenso espresso non individualmente, ma a maggioranza — della fattispecie di cui all'art. 1230 c.c. ⁽¹¹¹⁾.

9.5. *Il consenso espresso non individualmente, bensì a maggioranza.*
— L'art. 1230 c.c. prescrive la sussistenza del consenso o accordo di entrambe le parti del rapporto obbligatorio originario che, con la novazione, si estingue ⁽¹¹²⁾.

Il problema che si pone nel concordato è quindi soltanto quello di stabilire se e quando possa dirsi, a seguito della votazione sulla proposta da parte dei creditori, che quelli assistiti da un diritto di prelazione abbiano consentito “in modo non equivoco” (art. 1230², c.c.) alla novazione del loro rapporto ⁽¹¹³⁾. Occorre, cioè, verificare se il consenso dei creditori

essere soddisfatti con modalità diverse dal pagamento”. In definitiva, dunque, i dati normativi della riforma consentono all'interprete di ricostruire una soluzione circa il trattamento dei prelatizi non diversa da quella normativamente ammessa nell'ordinamento tedesco (v. oltre). Contra TERSILLA, (nt. 80), 776 il quale rileva che “nel contesto della riforma, manca una norma che disciplini come possa manifestarsi il consenso o il dissenso del creditore assistito da una causa di prelazione rispetto ad una proposta diversa dal pagamento di una somma di denaro”; Trib. Sulmona, 2 novembre 2010, in *Fallimento* 2011, 615 ove si legge che “nessuno dei commi dell'art. 177 l. fall., né il secondo né il terzo, prevedono per i privilegiati il voto per l'intero”; NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, Ipsoa, 2011, 36 ss. e nt. 65 ove ulteriori riferimenti.

⁽¹¹⁰⁾ Da ultimo Trib. Reggio Calabria, 15 dicembre 2011, (nt. 84).

⁽¹¹¹⁾ Quanto appena rilevato sembra capace di confutare un'ulteriore obiezione che è stata sollevata contro la possibilità di una soddisfazione dei creditori privilegiati con mezzi diversi dal denaro: la violazione, in tale eventualità, delle norme generali di diritto comune sull'adempimento delle obbligazioni, a causa della mancanza di legittimazione al voto dei crediti garantiti per la parte di cui sia prevista la soddisfazione (v. sul punto chiaramente NISIVOCIA, (nt. 103), 230 ss.

⁽¹¹²⁾ Quindi la presenza del requisito fondamentale anche per la conclusione del contratto. Per la natura contrattuale della novazione v. ampiamente DI PRISCO, (nt. 88), 344 e nt. 21; Cass., Sez. un., 21 giugno 2005, n. 13294, in *Foro it.*, 2006, 2423.

⁽¹¹³⁾ Laddove si riesca a dimostrare la compatibilità del meccanismo di approvazione a maggioranza della proposta con la sussistenza del consenso dei prelatizi alle condizioni di soddisfazione, diverse da quelle originarie, in essa eventualmente previste, paiono superate le argomentazioni della tesi che nega tale possibilità (v., infatti, DI MARZIO, (nt. 32), 215 che ammette un trattamento dei crediti prelatizi diverso da quanto previsto nel relativo titolo solo ove essa sia “stabilito non per deliberazione maggioritaria, ma secondo la regola del consenso”; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2006, 267 ss.).

prelatizi alla novazione possa dirsi esistente nonostante l'approvazione della proposta avvenga a maggioranza ⁽¹¹⁴⁾.

Qualora il concordato venga approvato con le maggioranze prescritte dall'art. 177, co. 1 l. fall., e i creditori prelatizi rispetto ai quali la novazione deve operare abbiano espresso un voto favorevole, non pare che sorgano dubbi sulla sussistenza dell'*animus novandi* ⁽¹¹⁵⁾.

Ma che succede nella più complessa ipotesi in cui la proposta di concordato venga approvata ai sensi dell'art. 177, co. 1 l. fall., laddove però la classe (o le classi) dei creditori prelatizi, la cui obbligazione si vuole novare oggettivamente, abbia(no) votato in senso contrario? Qui si verifica un contrasto fra l'efficacia vincolante che la proposta approvata a maggioranza acquisisce anche per i creditori dissenzienti (art. 184 l. fall.) ⁽¹¹⁶⁾ e la disciplina di diritto civile della novazione, la cui applicazione comporta che l'obbligazione non possa essere oggettivamente novata per volontà di una soltanto delle parti (nel nostro caso il debitore) ⁽¹¹⁷⁾.

Questa eventualità, tuttavia, non deve essere considerata un ostacolo insuperabile all'ammissibilità della novazione delle obbligazioni garantite nel concordato ⁽¹¹⁸⁾. In tale evenienza un'adeguata tutela dell'interesse dei prelatizi a non subire una modifica unilaterale del loro diritto — essendo il loro dissenso alla novazione “annegato” nella (e quindi privato di rilevanza giuridica dalla) maggioranza dei voti favorevoli degli altri creditori — sembra poter essere realizzata tramite l'opposizione all'omologazione, a cui l'art. 180, co. 4, l. fall. legittima il creditore appartenente ad una classe dissenziente.

Tale forma di tutela trova, infatti, la propria *ratio* “nell'esigenza di evitare che un'applicazione del principio maggioritario tra le classi possa dare luogo a lesioni delle situazioni giuridiche soggettive non autorizzate

⁽¹¹⁴⁾ Al posto del consenso individuale espresso dal singolo creditore interessato come prevede l'art. 1230 c.c. e ritenuto indispensabile per ammettere una soddisfazione dei prelatizi differente dal pagamento in denaro anche nel concordato da PROTO, (nt. 84), 127. Naturalmente non vi sono problemi a riconoscere l'applicazione della novazione anche nel caso in cui il debitore ottenga il *consenso individuale* alla modifica dell'oggetto dell'obbligazione da ogni singolo creditore privilegiato. Ciò era infatti ammesso anche prima della riforma fallimentare. V. oltre in nt.

⁽¹¹⁵⁾ Per uno spunto ARATO, (nt. 90), 5 ss., il quale, in relazione alla dilazione — che come si dirà oltre è una forma di novazione — afferma: “è pacifico (e lo era già prima dell'attuale riforma [quella del 2012]) che il soddisfacimento dei creditori privilegiati potesse avvenire in via dilazionata e senza interessi, ove questi ultimi fossero stati inseriti in un'apposita classe e avessero approvato la proposta concordataria con il proprio voto favorevole” (corsivi aggiunti).

⁽¹¹⁶⁾ Cosicché, la novazione, prevista nella proposta di concordato, sarebbe efficace nei confronti dei prelatizi che pure hanno votato in senso contrario.

⁽¹¹⁷⁾ Per cui in caso di voto dissenziente dei creditori prelatizi, la loro obbligazione dovrebbe mantenere il contenuto originario nonostante l'approvazione della proposta concordataria.

⁽¹¹⁸⁾ Come se esistesse un'incompatibilità tra le regole di approvazione della proposta di concordato e quelle di applicazione della novazione.

dall'ordinamento...". Questa *ratio* ricorre proprio nell'ipotesi in esame, nella quale vi è la possibilità — come appena descritto — che, per l'operare del principio maggioritario, venga imposta ai prelatizi una novazione cui essi non hanno consentito ⁽¹¹⁹⁾. Tramite l'opposizione il creditore prelatizio appartenente ad una classe dissenziente può investire il tribunale del potere di valutare la convenienza della proposta (art. 180, co. 4, seconda parte, l. fall.), in modo da far valere quel dissenso che non acquista rilievo, se minoritario, in sede di votazione della proposta.

Qualora, però, i prelatizi non ricorrano a tale rimedio, l'inerzia degli stessi sembra idonea a costituire indice di una volontà tacitamente espressa di accettare la novazione prevista nella proposta, potendosi in tal caso ritenersi realizzata una novazione tacita. La sussistenza di tale figura "è stata argomentata in base al criterio dell'incompatibilità di quanto le parti del rapporto obbligatorio fanno ed il sussistere della precedente obbligazione" ⁽¹²⁰⁾. Nel caso in esame l'inerzia del creditore prelatizio dissenziente pare proprio da considerare incompatibile con il mantenimento della sua obbligazione nella configurazione originaria.

Quanto appena rilevato sembra sufficiente a dimostrare come la votazione a maggioranza del concordato non contrasti — in caso di formazione di classi — con la regola di diritto comune che condiziona la novazione dell'obbligazione al consenso di entrambe le parti.

Comunque, anche in mancanza di suddivisione dei creditori in classi, non si vedono ragioni per pervenire a conclusioni differenti, quanto all'applicazione della regola maggioritaria, in relazione alle modificazioni *quantitative* e a quelle *qualitative* del credito. Poiché si ammette pacificamente che le prime possano essere decise grazie ad un voto positivo della maggioranza dei creditori, non si vede perché le seconde — per la tesi opposta a quella qui sostenuta — non potrebbero essere imposte al singolo, che non le abbia individualmente accettate ⁽¹²¹⁾. Se la regola maggioritaria ha una sua *ratio* e una sua giustificazione nel contesto della procedura di concordato preventivo ⁽¹²²⁾, la stessa deve poter trovare applicazione

⁽¹¹⁹⁾ Per ampi approfondimenti in merito all'opposizione all'omologa quale strumento di tutela dei creditori si rinvia alle ampie analisi di BOZZA, (nt. 49), 431 ss. (cui appartiene il virgolettato) e di CATALLOZZI, *Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori "deboli"*, in *Fallimento*, 2007, 339 ss.

⁽¹²⁰⁾ DI PRISCO, (nt. 88), 346.

⁽¹²¹⁾ Al riguardo si potrebbe obiettare: la decurtazione dell'importo soddisfatto è legittimata dall'incapienza della garanzia, quindi dalla sua "incapacità di garantire l'adempimento per l'intero importo". Ma si è già sopra rilevato che la garanzia non assicura nemmeno l'esecuzione della prestazione originaria oggetto dell'obbligazione. Dunque le due ipotesi sembrano assimilabili.

⁽¹²²⁾ PRESTI, (nt. 30), 28, il quale afferma che "il principio di maggioranza risolve un problema di azione collettiva, cioè la difficoltà di coordinamento tra i creditori tale da provocare comportamenti che, ancorché individualmente razionali, producono un assetto finale *sub* ottimale; STANGHELLINI, (nt. 24), 221 ss.; G. NUZZO (nt. 78), 704 ss.

rispetto alla proposta qualunque sia il suo contenuto⁽¹²³⁾. Poiché “nel concordato...il singolo creditore perde la sovranità piena sul suo credito ed entra a far parte di una collettività che decide a maggioranza sia sulla ristrutturazione sia sulle modalità *solutorie* dei crediti ristrutturati” (corsivo aggiunto)⁽¹²⁴⁾, è logica conseguenza che la regola del consenso individuale richiesta dal diritto comune per la novazione oggettiva possa essere rimpiazzata da quella del consenso espresso a maggioranza⁽¹²⁵⁾.

Del resto la dottrina prevalente insiste sul carattere contrattuale del

⁽¹²³⁾ La legittimità di una sacrificio per i creditori prelatizi dagli stessi approvato a maggioranza è implicitamente riconosciuta da Cass., 22 marzo 2010, n. 6901, cit., ove si afferma (sia pure in relazione al problema del necessario pagamento integrale dei privilegiati, che è stato risolto dal correttivo alla riforma) che “sussiste.. una compromissione del diritto di credito [dei prelatizi] senza il consenso, sia pure a maggioranza, della categoria” (corsivi aggiunti). Dal che si ricava come laddove tale consenso sussista, non ricorrerebbe alcuna violazione di quella “regola giuridica che vieta la compressione... del credito senza il consenso degli interessati” (Cass., 17 novembre 1992, n. 12300, in *Fallimento*, 1993, 507). Analogamente, la Cass., 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Foro it.*, 2009, 2370, ha ammesso la possibilità per i creditori di approvare a maggioranza il sacrificio consistente nella rinuncia alla postergazione di altri crediti. È stato affermato (NORELLI, *Il concordato fallimentare “riformato” e “corretto”*, in *Riv. esec. forz.*, 2008, 28 ss.; LANFRANCHI, *Civile giurisdizione e procedure concorsuali*, in *Corr. giur.*, 2007, 879) che la deliberazione della maggioranza favorevole all’attribuzione di azioni ai creditori garantiti, violerebbe la libertà di iniziativa economica dei dissenzienti garantita dall’art. 41 Cost. Al riguardo, però, sembra che la medesima obiezione possa essere sollevata anche contro la soddisfazione nella medesima forma dei creditori chirografari, della cui legittimità, tuttavia, nessuno dubita. E comunque all’argomento della contrarietà alla Costituzione si può controbattere che la tutela del singolo creditore è stata espressamente subordinata dal legislatore ad una “maggiore sensibilità verso la conservazione delle componenti produttive dell’impresa” e ad “una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell’impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse imprenditoriale... ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale” (A.PATTI, (nt. 25), 318 nt. 7, che riporta i passi della relazione ministeriale al d.lgs. 5/2006). In altri termini le esigenze appena evidenziate dalla relazione ministeriale, che certo trovano copertura in varie disposizioni costituzionali (v. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 294) sono stati considerati dal legislatore, nel bilanciamento fra valori costituzionali contrapposti, prevalenti sugli interessi tutelati dall’art. 41 Cost.; dunque esso non costituisce un ostacolo ad una novazione qualitativa del credito dei prelatizi, nella misura in cui tale soluzione sia funzionale ad attuare il *favor* legislativo per il concordato. Per le riflessioni della dottrina tedesca in merito alla soddisfazione dei privilegiati tramite l’attribuzione di quote, azioni o titoli partecipativi in organismi collettivi, anche in merito alla possibile violazione dell’art. 23 della Costituzione tedesca v. BRAUN-FRANK, *sub* § 230, in *Insolvenzordnung*, Hrsg. BRAUN, 1221 ss.

⁽¹²⁴⁾ PRESTI, (nt. 50), 28 ss.

⁽¹²⁵⁾ Nel testo si vuol sostenere che la regola del consenso individuale prevista dal diritto comune delle obbligazioni anche in relazione all’art. 1230 c.c. (così come per ogni modifica pregiudizievole della sfera giuridica di un soggetto) subisce nel concordato un significativo adattamento alle esigenze sottese alla procedura. La partecipazione al voto di una collettività che si esprime secondo la regola maggioritaria costituisce una tecnica di tutela sostitutiva del consenso individuale. Ciò, peraltro, non costituisce una novità nel diritto commerciale in cui vi è almeno un altro istituto che attua i principi del diritto comune delle obbligazioni, ma apportandovi significativi correttivi: l’opposizione dei creditori (nella quale al consenso individuale alla modifica della propria sfera di interessi richiesto dal diritto comune si sostituisce il potere di opporsi ad una certa operazione) (v. sul punto CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 1978, spec. 135 ss.; da

nuovo concordato preventivo, risultante dall'incontro fra la volontà del proponente e quella dei suoi creditori. Per la formazione del concordato come contratto di diritto privato non è richiesto il consenso individuale di ciascun creditore, ma la legge ammette l'espressione del consenso alla proposta a maggioranza. Non si vede, dunque, perché lo stesso non debba valere anche rispetto alla novazione dell'obbligazione dei prelatizi, dato che — come sopra già rilevato — la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nell'affermare la natura contrattuale anche dell'istituto disciplinato dall'art. 1230 c.c.

Infine si deve tener conto che il decreto sviluppo ha introdotto nel 4 comma dell'art. 180 l. fall. la possibilità per i creditori dissenzienti che rappresentino il 20% dei crediti ammessi al voto di opporsi all'omologa del concordato in caso di mancanza di classi. Quindi anche in tal caso i prelatizi che rappresentino tale percentuale potrebbero far valere il loro dissenso rispetto alla proposta, disponendo così di uno strumento che li tutela da un'applicazione del principio maggioritario capace di ledere delle situazioni giuridiche soggettive in modo non autorizzato dall'ordinamento.

9.6. *I crediti prelatizi possono essere dilazionati? La tesi contraria.* — Oggetto di discussione è anche la possibilità di prevedere un adempimento integrale dei crediti garantiti, ma dilazionato nel tempo ⁽¹²⁶⁾.

Anche contro tale eventualità ⁽¹²⁷⁾, così come in relazione alla possibilità di novare oggettivamente i crediti privilegiati capienti sul valore della garanzia, si è addotta la c.d. non "conformabilità" di tali diritti da parte della proposta di concordato, fondata sull'incompatibilità di una modifica alle condizioni di adempimento originariamente previste con la funzione oggettiva della garanzia. Come già, rilevato tale tesi nega che il principio di non conformabilità dei crediti privilegiati possa essere superato ricono-

ultimo FERRARO, *La tutela dei creditori nella trasformazione eterogenea*, in *Notariato*, 2011, 569 ss.).

⁽¹²⁶⁾ Per ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza si rinvia a BOTTAI, (nt. 77), 620 ss. ntt. 12 e ss. e FILOCAMO, *Le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2010, 1461; ANDREANI, *Il superamento della crisi e la conclusione della procedura*, Torino, Utet, 2011, 126 ss. Fra le sentenze più recenti che negano la dilazione Trib. Roma, 29 luglio 2010, in *Fallimento*, 2010, 1465; Trib. Tolmezzo, 7 luglio 2011, in www.unijuris.it. La ammette invece, da ultimo Trib. Monza, 4 ottobre 2011, consultabile in www.fallimentimonia.com.

⁽¹²⁷⁾ Al riguardo, occorre accennare che, prima della riforma, la tesi prevalente era quella della necessità di pagare tali crediti non soltanto per l'intero, ma anche immediatamente dopo l'omologazione del concordato preventivo. In questo senso si sono espresse Cass., 17 novembre 1992, n. 12300, cit.; Cass., 26 novembre 1992, n. 12632, in *Fallimento*, 1993, 707; Trib. Milano, 29 maggio, 1997, in *Gius*, 1997, 3042; BONSIGNORI, *sub* 160, in *Del concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca: legge fallimentare*, a cura di BRICOLA-GALGANO, 1979, 56 ss.; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1986, 633; RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, II, Napoli, Morano, 1974, 1003; *contra* FERRARA, *Il fallimento*, Milano, Giuffrè, 1974, 188.

scendo ad essi il diritto di voto, perché esso “non è disponibile dal creditore, ...non può essere coattivamente attribuito dal proponente al creditore garantito attraverso la conformazione unilaterale delle originarie condizioni di adempimento dell’obbligazione”. L’opinione contraria — si afferma — “è in realtà antinomica con il... fondamentale contenuto del diritto di garanzia, il quale è costituito proprio dalla esclusione, che è anche salvaguardia, dal voto” (128).

Per risolvere il quesito posto in apertura del paragrafo, si tratta di stabilire in primo luogo se nella funzione della garanzia rientri (oltre quella di assicurare l’adempimento per l’intero del credito, ove essa sia capiente) anche il pagamento del credito privilegiato *alla scadenza*.

Al riguardo, la dottrina civilistica ha affermato che nel contenuto del pegno e dell’ipoteca rientra, accanto alla garanzia dell’azione esecutiva e al c.d. diritto di ritenzione, la funzione accessoria “di mezzo per facilitare la soddisfazione del creditore...in quanto da [essi] deriva normalmente una maggior snellezza nelle forme di espropriazione forzata (v. art. 2796-2797 c.c., 2798 c.c., 2803 e 2804 c.c.), maggior snellezza che importa di riflesso una maggior sicurezza di avere a *tempo debito*... il denaro in soddisfazione” (corsivi aggiunti) (129). Dunque, poiché secondo tale ricostruzione il diritto reale di garanzia esplica anche la funzione di assicurare l’adempimento tempestivo del credito alla sua scadenza, l’opinione che nega l’ammissibilità della dilazione dei prelatizi parrebbe corretta: la proposta di concordato non potrebbe conformare l’obbligazione garantita sotto il profilo della modalità temporale del pagamento.

Nonostante ciò, la soluzione dell’inammissibilità della dilazione dei prelatizi nel concordato fa sorgere qualche dubbio.

Intanto, si deve rilevare che la riforma dell’art. 160 l. fall. ha determinato il venir meno di uno degli argomenti letterali comunemente utilizzati per negare la possibilità di pagamento dilazionato dei creditori garantiti. La disposizione, infatti, non condiziona più la proposta di concordato al pagamento entro sei mesi dei creditori chirografari; dunque non è più possibile sostenere che tale prescrizione “implicitamente presuppone l’immediato pagamento dei creditori privilegiati” (130).

Da un punto di vista generale occorre notare, poi, che in forza del combinato disposto dell’art. 169 e dell’art. 55 l. fall. (richiamato dalla

(128) DI MARZIO, (nt. 8), 234 ss, cui si riferiscono anche i virgolettati; e v. anche sopra prgr n. 9.2. In pratica per la tesi che si espone il creditore garantito non può essere legittimato al voto per volontà unilaterale del proponente e, tramite ciò, essere sottoposto all’eventualità di subire una modifica del proprio diritto originario, se quest’ultima evenienza collide con la funzione della garanzia.

(129) GORLA-ZANELLI, *Del pegno, delle ipoteche*, in *Commentario al cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli, Soc. ed. del Foro it., 1992, 20.

(130) Per l’utilizzo di tale argomentazione *ante* riforma v. Cass., 17 novembre 1992, n. 12632, cit.; PAJARDI, (nt. 128), 633.

prima disposizione come norma applicabile nel concordato preventivo oltre che nel fallimento) i debiti dell'imprenditore in stato di crisi si considerano scaduti alla data di presentazione della domanda di concordato⁽¹³¹⁾. L'adempimento dilazionato dei crediti eventualmente previsto dalla proposta integra, quindi, gli estremi della novazione del rapporto obbligatorio. La dottrina civilistica che ha studiato *ex professo* la novazione sostiene, infatti, che tale figura ricorre anche nelle ipotesi di mutamento del tempo in cui la prestazione è dovuta⁽¹³²⁾.

Dunque, pare logicamente conseguente a quanto sostenuto in relazione alla modifica dell'oggetto dell'obbligazione ammettere anche l'adempimento dilazionato dei crediti prelatizi. Detto altrimenti: se si ammette la novazione oggettiva dei crediti privilegiati, pare coerente ammetterne anche l'adempimento integrale, ma ritardato, costituendo anch'esso una forma di novazione dell'obbligazione originaria.

D'altronde, a conferma di ciò può richiamarsi quanto già rilevato in merito alla previsione dell'art. 1232 c.c. Tale norma consente espressamente la novazione dei crediti garantiti in generale; e fra le possibili forme di novazione deve essere annoverata anche la dilazione del pagamento.

Inoltre, l'argomentazione posta a fondamento della tesi contraria, per cui la dilazione determinerebbe l'inaccettabile effetto di consentire all'obbligato di "svuotare" unilateralmente la garanzia che grava sul suo patrimonio di una delle proprie funzioni, in contraddizione con la sua posizione di soggezione all'esecuzione coattiva pare superabile.

La garanzia, infatti, (nell'assicurare il pagamento integrale e tempestivo) esplica una funzione di tutela dell'interesse del creditore, anche — come già detto — in ordine al tempo dell'adempimento. Di tale interesse, tuttavia, costui può certamente disporre, in quanto di natura meramente patrimoniale⁽¹³³⁾. Dunque, non si comprende perché non debba attribuirsi ai creditori prelatizi il voto sulla proposta che contenga una simile clausola, in modo che essi possano approvare o respingere la dilazione del loro credito, disponendo così della tutela apprestata dalla garanzia per il loro interesse.

Questa soluzione, peraltro, pare essere perfettamente coerente con l'accresciuta importanza dei creditori ai fini dell'approvazione del concordato e, quindi, della sua componente privatistica (cioè dell'accordo debitore/creditori): la giurisprudenza teorica e pratica affermano costantemente, dopo la riforma, che la valutazione della convenienza della proposta

⁽¹³¹⁾ Cass., 17 novembre 1992, n. 12632; NARDECCHIA, (nt. 110), 38, invece posticipa la scadenza al momento dell'omologazione.

⁽¹³²⁾ P. RESCIGNO, (nt. 88), 432, cit., considera novazione la modifica dei periodi delle singole prestazioni nel contratto di somministrazione; cioè la modifica proprio del termine di adempimento delle singole prestazioni.

⁽¹³³⁾ In tal senso LO CASCIO, (nt. 114), 203 ss.; NARDECCHIA, (nt. 110), 40.

è rimessa esclusivamente alla decisione dei creditori che si esprimono mediante il voto ⁽¹³⁴⁾.

A questa conclusione non può neanche obiettarsi che nel caso qui in esame la proposta è approvata a maggioranza ⁽¹³⁵⁾. Infatti, si è già cercato di dimostrare, trattando della possibilità di soddisfare i prelatizi con una prestazione qualitativamente diversa da quella originariamente dedotta in obbligazione anche per la parte del credito coperta dalla garanzia, che le modalità di approvazione della proposta di concordato sono compatibili con la configurabilità di un accordo fra prelatizi e debitore, in cui si risolve la novazione relativa al tempo dell'adempimento dei loro crediti ⁽¹³⁶⁾. L'interesse dei creditori prelatizi, pertanto, risulta sufficientemente tutelato tramite l'attribuzione del voto. Dunque, non si ravvisa alcuna ragione per introdurre un limite (*sub specie* dell'inammissibilità della dilazione del credito) al possibile contenuto della proposta, come fa la tesi che qui si avversa ⁽¹³⁷⁾.

9.7. Segue: *le novità del c.d. decreto sviluppo*. — Un ulteriore indizio dell'ammissibilità di una proposta di concordato che preveda la dilazione del pagamento dei creditori privilegiati proviene anche dalla recentissima, ulteriore riforma della legge fallimentare compiuta dal c.d. decreto sviluppo. Questo ha infatti introdotto una specifica disposizione che disci-

⁽¹³⁴⁾ V. Trib. Catania, 27 luglio 2007, in questa *Rivista*, 2008, II, 677, ove proprio in relazione alla dilazione dei prelatizi si afferma che “nell'ipotesi di dilazione di pagamento del credito privilegiato...non potendo l'autorità giudiziaria sostituirsi al creditore al fine di vagliare la equivalenza del...soddisfacimento a quello correlato al pagamento in danaro integrale e immediato del credito, unica via sia quella di consentire al creditore di esprimere il voto sulla proposta”. In generale, v. fra le molte, Trib. Monza, 10 luglio 2012; App. Firenze, 28 settembre 2012; Trib. Udine, 18 maggio 2012; Trib. Lecco, 26 aprile 2012; Trib. Roma, 20 aprile 2010 tutte consultabili su www.ilcaso.it; Cass., 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Fallimento*, 2010, 822 ss.; Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, consultabile su www.ilcaso.it; per la dottrina v. FABIANI, (nt. 25), 127 nt. 30.

⁽¹³⁵⁾ Il che potrebbe far sorgere delle perplessità, in quanto i creditori privilegiati potrebbero rimanere vincolati ad un concordato che comporta un sacrificio per i loro diritti senza avervi acconsentito, in violazione del principio di non eteronomia. Pacifica è invece l'ammissibilità della dilazione se essa è oggetto di accordi collaterali ed intercorrenti con i singoli creditori privilegiati “*a latere* [di quello] generale che caratterizza il concordato” (Lo CASCIO, (nt. 114), 205 ss., che infatti, pur essendo in generale contrario alla proposta che preveda una dilazione di pagamento dei prelatizi, ammette che questa possa essere pattuita individualmente tramite accordi novativi *ad hoc*; NARDECCHIA, (nt. 110), 40. Si rimanda ad entrambi per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza sulla questione anteriore alla riforma.

⁽¹³⁶⁾ ARATO, (nt. 90), 5 ss.; implicitamente anche M. CAMPOBASSO, *Il concordato preventivo in continuità aziendale*, relazione tenuta al convegno “*Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*”, Pisa, 12-13 ottobre 2012, consultata per cortesia dell'autore, 30 ss.

⁽¹³⁷⁾ La tesi contraria di cui si è dato conto sottende la preoccupazione di tutelare adeguatamente i creditori prelatizi, impedendone una modifica unilaterale del credito. V. infatti Di MARZIO, (nt. 8), 236 che afferma: “l'attribuzione del voto...che apparentemente riconcilierrebbe la tesi sulla dilazionabilità con il sistema, è in realtà antinomica con il già illustrato e fondamentale contenuto del diritto di garanzia, il quale è costituito proprio dall'esclusione, *che è anche salvaguardia*, dal voto” (corsivi aggiunti) e Id., (nt. 32), 219.

plina la materia, seppure in relazione soltanto al concordato in continuità aziendale *ex art. 186-bis*. Ai sensi del comma 2 lett. c) di tale norma il piano può prevedere «una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca».

Tale disposizione può essere considerata come indice della generale ammissibilità del concordato in cui il debitore propone la dilazione del pagamento dei crediti prelatizi. L'espressa previsione normativa relativa al concordato in continuità, infatti, non è volta a circoscrivere la possibilità di dilazionare i crediti privilegiati solo in questo sottotipo di procedura, bensì ha la diversa funzione di limitare a quest'ultima l'applicazione della regola della mancata attribuzione del diritto di voto, purché la moratoria sia circoscritta entro i limiti previsti dalla legge ⁽¹³⁸⁾.

9.8. Segue: *spunti comparatistici*. — Quanto qui sostenuto in ordine alle modalità di soddisfazione dei prelatizi pare trovare conferma anche nel diritto comparato.

Nell'ordinamento statunitense ⁽¹³⁹⁾ possono votare tutti i creditori *impaired*, senza distinzione di rango. Vale a dire tutti i creditori per i quali non è previsto un regolare pagamento; un pagamento realizzato esattamente nei tempi, nella misura e nelle modalità dovuti ⁽¹⁴⁰⁾. Il principio che si desume dalla giurisprudenza USA è dunque quello per cui è possibile proporre la modifica delle condizioni di adempimento dei crediti garantiti rispetto a quanto previsto nel titolo, salva però l'attribuzione del voto agli stessi ⁽¹⁴¹⁾. Dunque un principio analogo a quello qui accolto.

⁽¹³⁸⁾ In altri termini: l'art. 186-*bis*, co. 2, lett. c), l. fall. costituisce l'emersione normativa del principio generale di ammissibilità di una proposta di concordato con dilazione dei prelatizi. Ma mentre per regola generale la dilazione implica l'attribuzione del voto ai privilegiati; nel caso del concordato in continuità, nei limiti della moratoria di un anno dall'omologa, il voto (e gli interessi) non viene attribuito (ARATO, (nt. 90), 5 ss., per il quale se la moratoria supera il limite di un anno riprende vigore la regola generale appena indicata). La disciplina speciale per la dilazione dei prelatizi nel concordato in continuità sarebbe giustificata dall'esigenza di riconoscere al debitore una facoltà *ex lege* — come tale svincolata dall'ostacolo del voto negativo degli interessati — che agevola quella continuità aziendale (permettendo all'imprenditore di preservare temporaneamente le disponibilità liquide da destinarvi), che il legislatore ha voluto favorire con la nuova sub-procedura (sul punto e sul concordato in continuità in genere v. M. CAMPOBASSO, (nt. 137), 31 ss.

⁽¹³⁹⁾ Che la riforma del diritto fallimentare sia ampiamente ispirata al *Chapter 11 del Bankruptcy Code USA* è affermazione ricorrente in dottrina (v., fra i molti, LENOCI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, Giuffrè, 2010, 21).

⁽¹⁴⁰⁾ *US Code, Title 11, Chapter 11*, ss. 1124 e 1126; M. CAMPOBASSO, (nt. 137), 33. Per la giurisprudenza USA v. In re Otero Mills, Inc., 31 B. R. 185, (Bankr. D.N.M. 1983); In re G.L. Bryan Invs., Inc., 340 B.R. 386 (Bankr. D. Colo., 2006), ove si è ammesso il pagamento dilazionato dei crediti garantiti; In re Valley View Shopping Center, 260 B.R. 10, 32-33 (Bankr. D. Kans., 2001). Da ultimo sul concetto di *impairment* v. In re Cottonwood Corner Phase V, LLC, No. 11-11-12663 JA (Bankr. N. Mexico, 2012), consultabile su <http://academic.lexisnexis.eu/>.

⁽¹⁴¹⁾ Per l'applicazione di un principio analogo a quello valido per l'ordinamento USA v., da ultimo, Trib. Perugia, 16 luglio 2012, cit.

In Germania, l'*Insolvenzordnung* prevede che i crediti garantiti possano essere incisi dal piano predisposto per regolamentare l'insolvenza (§§ 222, Abs. 1 e 223)⁽¹⁴²⁾, attribuendo loro il diritto di voto (§ 238). Tale diritto deve essere esercitato in una apposita classe obbligatoria costituita dai prelatizi (§ 222), nella quale deve essere raggiunta la maggioranza (§ 244). Per l'approvazione del concordato è poi necessaria la maggioranza in ogni classe. Esso non è approvato se anche una soltanto di esse delibera in senso negativo (§ 244), ma in tal caso la procedura può essere convalidata dal tribunale in applicazione del divieto di ostruzionismo (§ 245)⁽¹⁴³⁾.

La tesi più restrittiva in ordine al contenuto della proposta fa riferimento alla disciplina tedesca a sostegno dell'inammissibilità della modifica delle condizioni di adempimento (quanto al tempo e alla prestazione) dei crediti privilegiati nel concordato. Si afferma, infatti, che nell'ordinamento tedesco "la libera offerta sul credito garantito soggiace per intero non alla deliberazione concordataria, ma molto più specificamente alla deliberazione della classe dei creditori garantiti", per cui sui loro crediti decidono a maggioranza questi ultimi soltanto e non anche quelli chirografari, mantenendosi la piena separazione tra i due tipi di creditori. La modifica dei crediti privilegiati sarebbe, invece, impossibile nel nostro ordinamento, mancando una tutela analoga a quella offerta loro nell'ordinamento tedesco poiché "la proposta di concordato diviso in classi è approvata non necessariamente all'unanimità ma anche a semplice maggioranza delle classi..."⁽¹⁴⁴⁾.

Da questo ragionamento traspare chiaramente il motivo per il quale parte della dottrina nega la possibilità di proporre ai prelatizi condizioni di soddisfazione diverse da quelle originarie anche quando venga loro accordato il voto: il timore che la loro volontà possa essere "annegata" in quella dei chirografari, in modo tale che — in violazione del principio di non eteronomia, che trova una copertura costituzionale, come aspetto dell'autonomia privata, nell'art. 3 Cost. — la deliberazione imputabile ad altri creditori possa pregiudicare i diritti di quelli garantiti⁽¹⁴⁵⁾.

In realtà il riferimento alla disciplina tedesca sembra poter assumere un rilievo esattamente opposto, ossia sembra capace di confermare la tesi più permissiva qui accolta.

È vero che il concordato per classi è approvato purché vi sia il consenso della maggioranza di esse (art. 177, co. 1, l. fall.), quindi la classe dei prelatizi che voti contro la proposta non ha necessariamente un potere

⁽¹⁴²⁾ Sia sotto il profilo della dilazione, sia della modifica quantitativa dell'obbligazione (§ 223, Abs. 2), sia in qualunque altro modo.

⁽¹⁴³⁾ DI MARZIO, (nt. 32), 217 nt. 112 (per quanto concerne la dilazione) e 221.

⁽¹⁴⁴⁾ DI MARZIO, (nt. 32), 221 ove in nt. riferimenti alla dottrina tedesca.

⁽¹⁴⁵⁾ Infatti DI MARZIO, (nt. 32), 220 richiama il principio quasi letteralmente trascritto nel testo sancito dall'art. 834, ult. co., del codice di commercio.

di veto come in Germania, ove è richiesta l'unanimità delle classi. Tuttavia, si è già cercato di dimostrare che, nell'ipotesi in cui la proposta di concordato venga approvata ai sensi dell'art. 177, co. 1 l. fall., nonostante il voto contrario espresso dalla classe (o dalle classi) dei creditori prelatizi, la cui obbligazione si vuole novare⁽¹⁴⁶⁾, un'adeguata tutela del loro interesse a non subire una modifica unilaterale del loro diritto — essendo il loro dissenso alla novazione “annegato” nella (e quindi privato di rilevanza giuridica dalla) maggioranza dei voti favorevoli degli altri creditori — sembra poter essere realizzata tramite l'opposizione all'omologazione, a cui l'art. 180⁴, l. fall. legittima il creditore appartenente ad una classe dissenziente (v. sopra § 9.5). Pertanto, il principio di non eteronomia risulta comunque fatto salvo. La differenza fra l'ordinamento nostrano e quello tedesco in ordine all'approvazione del concordato a maggioranza o all'unanimità delle classi, dunque, non può assurgere ad argomento contrario alla possibilità di novare i crediti privilegiati.

Anche un'indagine di tipo comparatistico sembra quindi avallare la soluzione che si ritiene preferibile per l'ordinamento nostrano.

9.9. *Il voto dei creditori privilegiati dilazionati.* — Finora si è dato per scontato che laddove il debitore proponga il pagamento dilazionato dei creditori garantiti, questi debbano essere ammessi a votare. Ma tale esito non è affatto pacifico nella giurisprudenza teorica e pratica che pure ammette il pagamento posticipato oltre i sei mesi dall'omologa⁽¹⁴⁷⁾, ricorrendo anche la tesi per cui la corresponsione degli interessi garantisce il pagamento integrale dei crediti privilegiati al quale consegue la loro esclusione dal voto (*ex art. 177, co. 2 l. fall.*)⁽¹⁴⁸⁾.

Quest'ultima tesi, tuttavia, non sembra condivisibile in base ai principi civilistici relativi all'adempimento delle obbligazioni. “Il ritardo [imputabile al] debitore nell'esecuzione della prestazione dovuta costituisce... una figura di inesatta attuazione del rapporto ossia si atteggia come un inadempimento provvisorio con riguardo alla modalità temporale dell'obbligazione”⁽¹⁴⁹⁾. Così intesa, la dilazione, nonostante la corresponsione degli interessi, risulta essere, da un punto di vista giuridico, l'esatto contrario

⁽¹⁴⁶⁾ Nell'altra ipotesi in cui tale classe abbia votato a favore non si pone il problema (v. sopra § 9.5)

⁽¹⁴⁷⁾ Entro tale termine il pagamento si reputa immediato (v., pur con l'approssimazione necessaria per la mancanza di una specifica indicazione legislativa, STANGHELLINI, (nt. 3), 1061).

⁽¹⁴⁸⁾ Trib. Reggio Calabria, 15 dicembre 2012, cit.; Trib. Pescara, 16 ottobre 2008, in *Giur. merito*, 2009, 1, 125; Trib. Sulmona, 2 novembre 2010, in *Fallimento*, 2011, 615. *Contra* Tribunale Mantova, 16 settembre 2010, in *Banca dati DeJure-Giuffrè*; Trib. Catania, 27 luglio 2007, cit.; Trib. Monza, 4 ottobre 2011, cit.; STANGHELLINI, (nt. 3), 1161 e MACRÌ, in questa *Rivista*, 2008, II, 689.

⁽¹⁴⁹⁾ BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, Giuffrè, 1991, 587.

dell'adempimento. Essa costituisce, cioè, un *mancato* pagamento integrale del credito privilegiato. Dunque, interpretandosi *a contrario* l'art. 177, co. 2, l. fall., occorre riconoscere ad essi il diritto di voto.

Quanto alla misura in cui questo deve essere conteggiato per il raggiungimento delle maggioranze prescritte dalla legge, la soluzione preferibile pare essere quella del voto per l'intero valore del credito, in quanto nell'ipotesi in esame proprio l'intero credito è reso oggetto della modificazione contenuta nella proposta, cosicché in misura corrispondente viene meno la *ratio* dell'esclusione dal voto dei prelatizi di cui all'art. 177, co. 2 l. fall.

10. *La relazione giurata di stima del valore di realizzo della garanzia.* — Ai fini del trattamento dei creditori prelatizi nel concordato preventivo ha un rilievo essenziale la relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. *d*) l. fall.

La funzione di tale documento è collegata alla possibilità, introdotta dalla riforma, di falciare i creditori garantiti. Essa consiste, cioè, nel determinare la percentuale minima di soddisfazione che deve essere assicurata nel concordato ai creditori prelatizi incapienti sul valore della garanzia⁽¹⁵⁰⁾. Si ricava, infatti, inequivocabilmente dal tenore letterale dell'art. 160, co. 2 l. fall., che la possibilità di proporre la soddisfazione non integrale dei creditori garantiti è condizionata (“la proposta può prevedere... purché...”) al fatto che la soddisfazione non sia inferiore al valore ricavabile dalla liquidazione della garanzia, così come determinato nella relazione giurata del professionista⁽¹⁵¹⁾.

La funzione che la relazione assolve rispetto alla “conformabilità” dei crediti garantiti da parte della proposta di concordato implica, di conseguenza, la necessità di annoverarla fra i presupposti di ammissibilità della proposta: siccome la legge impone che la falciatura dei creditori garantiti non possa eccedere l'importo non collocabile sul ricavato dalla liquidazione del bene o diritto oggetto di garanzia; e siccome quest'ultimo è stimato nella relazione del professionista; la mancanza di tale documento impedisce al tribunale di verificare la legittimità della proposta di concordato, ovvero la sua conformità ad una prescrizione — l'art. 160, co. 2, l. fall. — imperativa⁽¹⁵²⁾. Ciò risulta confermato dalla rubrica dell'art. 160 (“Presupposti per l'ammissibilità alla procedura”) e dall'art. 162, co. 2 l. fall. (secondo il quale il tribunale deve dichiarare inammissibile la proposta di concordato in mancanza dei presupposti di cui all'art. 160)⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Trib. Pordenone, 21 ottobre 2009, in *www.ilcaso.it*.

⁽¹⁵¹⁾ Così con chiarezza Trib. Treviso, decr., 11 febbraio 2009, in *Fallimento*, 2009, 1439.

⁽¹⁵²⁾ Sulla natura imperativa dell'art. 160, co. 2, v. BOTTAL, (nt. 77), 623.

⁽¹⁵³⁾ La giurisprudenza teorica e pratica è, sul punto, concorde: v. GENOVIVA, (nt. 104),

Peraltro, la relazione giurata del professionista presenta anche un profilo di rilevanza ulteriore rispetto al trattamento dei creditori prelatizi nel concordato preventivo. L'art. 177, co. 3 l. fall., infatti, dispone che "i creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta prevede, ai sensi dell'art. 160 l. fall., la soddisfazione non integrale, sono equiparati ai chirografari per la parte residua del credito". Al fine del riconoscimento della titolarità del diritto di voto, la norma equipara i prelatizi ai chirografari per quella parte del credito che non può essere soddisfatta (la legge parla infatti in tal caso di soddisfazione "non integrale") con il ricavato dalla liquidazione del bene o diritto oggetto di garanzia, ai sensi dell'art. 160, co. 2 l. fall. Il richiamo di questa disposizione, pertanto, implica che la relazione giurata del professionista lì prevista espliciti la funzione di determinare non solo la misura minima della soddisfazione non integrale attribuibile ai prelatizi, ma anche l'importo per cui il credito garantito è ammesso a votare e computato nel calcolo della maggioranza. In altri termini, la "parte residua" del credito garantito ammessa a votare ex art. 177, co. 3 l. fall., dipende dall'importo per cui lo stesso credito può trovare soddisfazione sulla garanzia parzialmente incapiante; ed entrambe le grandezze sono determinate (*per relationem*, potremmo dire) dalla relazione giurata del professionista di cui all'art. 160, co. 2 l. fall.

Se queste sono le funzioni cui la relazione del professionista assolve nell'ambito di un concordato con falciatura dei creditori prelatizi, pare inevitabile affermare che essa debba contenere una stima *precisa* del bene o diritto oggetto di garanzia. In altri termini la relazione giurata "deve chiaramente indicare in quale *precisa* misura percentuale ciascun creditore prelatizio possa essere soddisfatto" (corsivo aggiunto) ⁽¹⁵⁴⁾ con quanto si ricaverebbe in caso di liquidazione della garanzia ⁽¹⁵⁵⁾.

In merito alla disattivazione dell'obbligo di pagamento integrale dei

356; Trib. Piacenza, 3 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, 120; Trib. Roma, 2 agosto 2010, *Fallimento*, 2010, 351; App. Torino, 14 ottobre 2010, in *Fallimento*, 2010; CNDCEC, (nt. 104).

⁽¹⁵⁴⁾ Così Trib. Roma, 2 agosto 2010, (nt. 135).

⁽¹⁵⁵⁾ Questo è anche il suggerimento contenuto nel documento in CNDCEC, (nt. 104), ove si afferma che "è senz'altro auspicabile che il professionista effettui una sola stima e non offra ai creditori e al tribunale un *ventaglio di valori, in quanto lo scopo della relazione si realizza se la stima è certa e univoca*" (corsivi aggiunti). Questa è esattamente l'impostazione che si adotta nel testo per risolvere la questione in esame. Il documento appena menzionato contiene peraltro un'importante precisazione: la possibilità che la relazione giurata indichi non un unico valore, bensì più valori condizionati al verificarsi di diverse fattispecie che possono realizzarsi in sede fallimentare, tenendo conto che il curatore, in presenza di un compendio aziendale e stante il suo obbligo di massimizzare il ricavato della liquidazione, può percorrere diverse soluzioni — che incidono sul valore di realizzo dei beni — che il professionista può solo ipotizzare *ex ante*. Ma si noti che la soluzione ammessa dal documento CNDCEC è ben diversa dalla stima a forbice di cui si discute l'ammissibilità, perché i valori che possono essere indicati nella relazione rispetto alle diverse soluzioni liquidatorie prospettabili sono comunque determinati con precisione.

creditori prelatizi, infatti, non si vede come potrebbe essere garantito il rispetto della prescrizione contenuta nell'art. 160, co. 2 l. fall. ("La proposta può prevedere che i creditori [garantiti] non vengano soddisfatti integralmente, *purché* il piano ne preveda la soddisfazione in misura *non inferiore...*" (corsivi aggiunti)), laddove si ammettesse che il professionista chiamato a redigere la relazione giurata potesse effettuare una stima aperta (non meno di, non più di, c.d. a "forbice"). Al tribunale fallimentare spetta il potere di "trarre le dovute conclusioni in termini di ammissibilità o meno della proposta concordataria che falci di ragioni di credito dei prelatizi, comparando le percentuali offerte e quelle ipotizzabili in caso di fallimento, avendo riguardo da un lato al concreto valore di realizzo dei cespiti "indicato" nella relazione *ex art. 160 l. fall.*, dall'altro all'attestazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano *ex art. 161, co. 3 l. fall.*, così *garantendo il rispetto dei due limiti legali posti dallo stesso art. 160 al sacrificio delle ragioni dei creditori privilegiati: l'assenza di trattamenti deteriori rispetto a quelli garantiti nel fallimento e l'osservanza della graduazione legale delle cause di prelazione*" (corsivi aggiunti) ⁽¹⁵⁶⁾. Ma è evidente come il tribunale fallimentare — così come il professionista chiamato ad attestare la fattibilità del piano *ex art. 161, co. 3 l. fall.* ⁽¹⁵⁷⁾ — non sarebbe in grado di compiere una simile valutazione laddove la stima del bene oggetto della garanzia fosse aperta. La legge impone che la percentuale offerta ai creditori garantiti non integralmente soddisfatti sia "non inferiore" (ossia o uguale o superiore) a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione. Ma il raffronto fra il valore realizzabile con la liquidazione della garanzia e la soddisfazione proposta al creditore garantito non è evidentemente possibile se il primo termine di raffronto non è determinato in modo puntuale.

D'altro canto, se si ammettesse una simile possibilità, si verificherebbero effetti perversi anche in ordine alla funzione di quantificazione del credito garantito ammesso a votare. Affinché il concordato sia approvato, la relativa proposta deve comunque (sia in caso di concordato senza, che in

⁽¹⁵⁶⁾ GENOVIVA, (nt. 104), 356, il quale aggiunge che "la relazione *ex...* art. 160 l. fall., sembra... principalmente rivolt[a] a supportare e facilitare il difficile compito assegnato al tribunale fallimentare in sede di giudizio di ammissibilità, ove si tratta di decidere in tempi auspicabilmente rapidi se consentire all'imprenditore in crisi di "dialogare" con i propri creditori, avviando il corso della procedura concordataria, ovvero "stoppare" fin dall'inizio una proposta destinata sicuramente all'insuccesso perché non conforme a norme imperative (quali, ad esempio, quelle poste dall'art. 160 l. fall. a presidio dei prelatizi)...". V. anche A. ZORZI, *La redazione della relazione giurata del professionista ex art. 160 l. fall.*, in *Fallimento*, 2010, 519, che parla "di funzione di garanzie dei terzi che è data alla relazione del professionista"; ed aggiunge che la funzione della relazione *ex art. 160* è "quella di fornire in primo luogo al tribunale, oltre che ai creditori prelatizi, degli elementi di conoscenza per la preliminare valutazione di ammissibilità del concordato...". Non sembra possibile, come detto nel testo, conciliare l'assolvimento di tale funzione da parte della relazione giurata con una indicazione generica del valore di realizzo della garanzia.

⁽¹⁵⁷⁾ CENSONI, (nt. 71), 2009.

caso di concordato con classi) ottenere il voto favorevole di più del cinquanta per cento dell'ammontare dei crediti legittimati al voto. Poiché tale maggioranza consiste nella mera somma degli importi dei diversi crediti, per il suo computo è necessario che essi siano determinati nel loro preciso ammontare. Condizione che verrebbe meno nel caso di una stima *ex art. 160, co. 2 l. fall. aperta*.

Inoltre, una relazione giurata contenente una stima a forbice pare inammissibile anche considerando un'argomentazione più generale di quelle appena esposte, concernente la natura di accordo di diritto privato che secondo l'opinione maggioritaria deve essere attribuita al concordato preventivo riformato ⁽¹⁵⁸⁾.

Ipotizziamo che la relazione giurata contenga una stima a "forbice", la quale viene recepita nella proposta di concordato. È compatibile tale previsione con la stipulazione di un contratto fra debitore in crisi e creditori?

Dai principi civilistici discende che il consenso delle parti, costitutivo del contratto di diritto privato, deve formarsi anche sull'oggetto — annoverato dall'art. 1325 c.c. fra i requisiti del contratto — e che quest'ultimo, inteso come prestazione dedotta nel contratto (v. art. 1349 c.c.) deve essere determinato (o determinabile). Ciò premesso, il valore di realizzo della garanzia va quantificato in modo preciso dalla relazione giurata di stima *ex art. 160, co. 2 l. fall.*, perché altrimenti la proposta di concordato del debitore risulterebbe indeterminata quanto alla prestazione che lo stesso offre ai creditori prelatizi, con la conseguenza che nessun accordo potrebbe formarsi al riguardo ⁽¹⁵⁹⁾. In altri termini, l'indeterminatezza della relazione giurata impedisce, se recepita nella proposta, la formazione di un accordo di diritto privato fra il debitore e i creditori prelatizi falcidiati ⁽¹⁶⁰⁾ a causa dell'indeterminatezza del suo oggetto ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Per una recentissima pronuncia giurisprudenziale in tal senso v. oltre nt. 135.

⁽¹⁵⁹⁾ Forse tale argomentazione potrebbe non valere nel caso in cui il proponente fissi la misura della soddisfazione dei prelatizi in modo preciso nonostante una stima a forbice. Però, nonostante ciò, una stima non puntuale determinerebbe comunque delle difficoltà. Se il bene è stimato per es. per un valore compreso fra 10 e 15, se il debitore offre 15 nessun problema. Ma che costui offra il presumibile valore massimo di realizzo della garanzia appare difficile, essendo costui in stato di crisi. E se offre meno (per es. 12) c'è il rischio che venga aggirato il limite minimo inderogabile di soddisfazione ai prelatizi falcidiati che la legge vuole assicurare tramite la perizia giurata.

⁽¹⁶⁰⁾ Si veda sul punto Cass., 15 settembre 2011, 18864, in *www.ifallimentarista.it*; Trib. Torino, 29 aprile 2011, ined., (citata da AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fallimento*, 2011, 942-943), ove si legge che "una proposta concordataria...va dettagliata e determinata compiutamente nel suo contenuto volitivo...si da consentire mediante l'eventuale approvazione dei creditori un consenso non solo informato, ma, prima ancora, *pieno e sufficientemente determinato in ordine all'oggetto del contratto*" (corsivi aggiunti). V. anche, sempre in merito alla necessaria determinatezza dell'oggetto della proposta Trib. Milano, 21 gennaio 2010, in *Fallimento*, 2010, 1315, ove si legge che non "è omologabile (*recte* ammissibile) una proposta di concordato preventivo... per indeterminatezza degli elementi essenziali del contratto — in cui essa si individua — nella quale non vengano stabilite la percentuale di soddisfacimento

Quanto appena affermato, peraltro, è pienamente coerente con l'attribuzione alla relazione del professionista della duplice funzione di garanzia dei creditori prelatizi e di fornire — oltre che al tribunale — ad essi gli elementi di conoscenza necessari alla preliminare valutazione di ammissibilità del concordato⁽¹⁶²⁾. Non sembra possibile conciliare tale funzione della relazione giurata con un'indicazione generica del valore di realizzo della garanzia.

11. *I rimedi in caso di stima del professionista errata.* — Altro problema concerne l'ipotesi in cui la stima contenuta nella relazione del professionista non risulti corretta.

offerta ai creditori...”; App. Bari, 6 marzo 2007, ined. (leggibile in GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2009, I, 742), che afferma: “il nuovo concordato preventivo, come qualunque proposta negoziale, dev'essere precisa definita e possibile...perché su di essa possa formarsi un consenso informato e valido”; Trib. Reggio Calabria, (decr.), 15 dicembre 2011, cit. *Contra*, seppur in riferimento ai contenuti generali della proposta e non con specifico riferimento alla parte riguardante i prelatizi, AMBROSINI, cit., 943 nt. 14 secondo il quale la percentuale di soddisfacimento dei crediti potrebbe essere espressa “a forbice”, stante la difficoltà di individuare una percentuale “secca”. In realtà quest'ultima argomentazione non sembra trasponibile al problema in esame. Infatti nella relazione giurata ex art. 160 il professionista non deve compiere “complesse operazioni di natura contabile...”, ma più semplicemente deve indicare il valore di mercato di un bene... o di un credito” (CENSONI, (nt. 71), 38), compito questo che non pare presentare alcuna difficoltà che giustifichi una stima a “forbice”. L'autore sembra però modificare la propria opinione in *Soddisfazione dei crediti e risoluzione nel concordato preventivo: profili di “interferenza” fra diritto concorsuale e disciplina codicistica*, consultabile su www.ilcaso.it, 2012, ove si afferma che la necessità di indicare la percentuale di soddisfazione dei crediti (con riguardo ai chirografari, ma il discorso non sembra cambiare per i prelatizi) deriva dall'esigenza che la volontà dei creditori in ordine al concordato si formi in modo consapevole e ponderato.

⁽¹⁶¹⁾ Tale conclusione non sembra poter essere smentita dal principio affermato in una recente sentenza della Cassazione (Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Fallimento*, 2011, 933), secondo la quale l'indicazione della percentuale di soddisfacimento dei creditori non costituisce elemento su cui si forma l'accordo fra debitore e creditori, di cui si sostanzia il concordato preventivo. Accogliendo il principio enunciato dalla Corte, l'argomentazione sopra esposta perderebbe la propria validità: se l'indicazione della percentuale di soddisfacimento ha il valore di una mera previsione che non vincola in alcun modo il debitore in ordine alla sua effettiva corresponsione ai creditori da soddisfare, viene meno l'applicabilità alla stessa delle regole sulla formazione del contratto. Tuttavia, il principio in esame — che, comunque, è tutt'altro che pacifico in dottrina (l'opinione contraria di GALLETTI, (nt. 161), 742) — è stato enucleato in relazione all'oggetto del concordato in generale, ma non può valere in ordine al trattamento dei creditori garantiti. Rispetto ai creditori chirografari è possibile sostenere che il concordato — in particolare quello con cessione dei beni, cui fa riferimento la sentenza della Cassazione — ha per oggetto “unicamente l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell'imprenditore liberi da vincoli”, senza che vi si accompagni alcuna garanzia di una percentuale minima di soddisfacimento; cosicché quest'ultimo, in quanto elemento estraneo all'oggetto del contratto, non deve essere determinato. Ciò, però, non vale in merito al trattamento dei prelatizi, poiché l'art. 160, co. 2 l. fall. prevede chiaramente che la soddisfazione non integrale degli stessi è parte integrante della proposta (“La proposta può prevedere...”) e, quindi, del contratto in cui si risolve il concordato. In altri termini, si può affermare che si tratta di una clausola normativamente imposta dell'accordo debitore-creditori di cui si sostanzia il nuovo concordato. In quanto facente parte della oggetto del contratto di concordato, quindi, la soddisfazione dei prelatizi deve essere determinata.

⁽¹⁶²⁾ ZORZI, (nt. 157), 519.

Nel concordato preventivo in cui si procede alla liquidazione dei beni del debitore, la stima redatta dal professionista lo vincola al pagamento della quota proposta, nonostante essa si riveli superiore al valore effettivamente ricavato dalla realizzazione della garanzia (per es. si promette al creditore ipotecario di pagare 100, mentre dalla liquidazione della garanzia si ricava ottanta)?

Tale evenienza, verosimilmente, si realizza nella fase di esecuzione del concordato, quindi dopo che la proposta è stata approvata dalla maggioranza dei creditori e dopo che l'accordo debitore-creditori sia stato omologato dal tribunale *ex art. 180 l. fall.* Una volta adottato il decreto di omologazione, l'art. 181 l. fall. prevede che la procedura si chiuda. Il decreto di omologazione, inoltre, è provvisoriamente esecutivo, quindi dalla data dello stesso decorrono gli effetti modificativi derivanti dall'accordo fra debitore e creditori sui rapporti obbligatori interessati dalla procedura concorsuale. Anche per quanto concerne i creditori prelatizi falcidiati, dunque, a seguito dell'omologazione essi vantano nei confronti del debitore un nuovo credito rispetto a quello originario, di importo pari a quanto indicato nella proposta sulla base della relazione giurata di stima *ex art. 160, co. 2, l. fall.*

Ciò posto, se nella fase di esecuzione si ricava dalla liquidazione della garanzia una somma inferiore a quella stimata nella relazione giurata e il debitore si trova, perciò, nell'impossibilità di adempiere i crediti prelatizi secondo quanto previsto nel concordato, i rispettivi titolari potrebbero ricorrere, per tutelare le loro ragioni, al rimedio della risoluzione *ex art. 186 l. fall.* ⁽¹⁶³⁾.

Al riguardo, occorre preliminarmente stabilire se la gravità dell'inadempimento (implicitamente richiesta al 2 comma dell'art. 186 l. fall.) debba essere valutata in relazione al singolo creditore che ha proposto l'istanza o all'esecuzione del concordato nel complesso ⁽¹⁶⁴⁾. Laddove si accolga la prima tesi, può ammettersi il ricorso all'art. 186 nel caso in esame, purché lo scarto fra quanto promesso nell'accordo e quanto concretamente offerto successivamente al creditore risulti notevole. Non sembra, invece, altrettanto certo che l'inadempimento possa essere considerato di non scarsa importanza in relazione all'esecuzione del concordato nel suo complesso. La legge pretende (*ex art. 160, co. 2, l. fall.*), infatti, che ai prelatizi falcidiati venga attribuito almeno il valore di realizzo della garan-

⁽¹⁶³⁾ La soluzione che si propone per l'ipotesi considerata nel testo può considerarsi valida anche per quella in cui nella proposta il debitore abbia offerto al prelatizio un importo superiore a quello stimato; dopodiché a seguito della vendita si realizza un valore inferiore (v. GALLETI, *Il soddisfacimento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in www.ilfalcimentarista.it).

⁽¹⁶⁴⁾ Per la sintetica esposizione delle due posizioni v. RESTUCCIA, *La risoluzione per inadempimento del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2010, 341 ss.

zia, condizione che nel caso in esame è rispettata, sebbene il valore ricavato dal bene oggetto della prelazione sia inferiore a quello stimato dal professionista e sulla cui base si è formato l'accordo con il debitore. Peraltro, l'inadempimento nei confronti del creditore istante non sembra capace di incidere sull'adempimento complessivo degli obblighi concordatari ⁽¹⁶⁵⁾. Se si nega, quindi, l'esperibilità della risoluzione per mancanza di un inadempimento di non scarsa importanza, ai creditori prelatizi non rimane altro rimedio che l'azione risarcitoria nei confronti del professionista ⁽¹⁶⁶⁾.

Occorre, poi, domandarsi cosa accade nell'ipotesi inversa, ossia quando il valore stimato della garanzia risulti inferiore a quello effettivamente ricavato dalla sua liquidazione.

In tale evenienza non si configura come nell'ipotesi precedente un inadempimento del debitore: se il proponente ha recepito la stima della garanzia (per es. pari a 100) nella proposta, anche se il valore realizzato è 120, egli adempie gli obblighi derivanti dal concordato corrispondendo ai creditori il valore previsto nella proposta. In tal caso si verifica, quindi, non un inadempimento degli obblighi derivanti dal concordato, ma il contrasto fra una clausola dell'accordo e una norma imperativa di legge: l'accordo prevede la soddisfazione dei prelatizi per un valore inferiore a quello previsto dall'art. 160, co. 2, l. fall. Ferma restando l'esperibilità dell'azione di responsabilità nei confronti del professionista, i creditori prelatizi possono probabilmente far valere in tal caso la nullità parziale *ex art. 1419 c.c.* del concordato, con la conseguenza che la clausola illegittima sarà sostituita di diritto dalla norma imperativa dell'art. 160, co. 2 l. fall.

Tale soluzione è stata recentemente avallata da una pronuncia del Tribunale di Roma, il quale, premesso che l'accordo concordatario e la proposta che ne costituisce l'ossatura hanno i connotati di atti aventi contenuto patrimoniale fra vivi "disciplinati, in quanto compatibili, dalle regole generali del diritto civile in materia negoziale e contrattuale", conclude che entrambi non possono "derogare ai principi generali e sistematici del diritto privato nonché alle norme imperative stabilite dal diritto civile e dal diritto costituzionale, sicché un eventuale contrasto con tali norme non può che condurre ad una qualifica di nullità *ex art. 1418 c.c.*" ⁽¹⁶⁷⁾.

Questo principio di diritto risulta perfettamente coerente sia con la tesi

⁽¹⁶⁵⁾ COSÌ RESTUCCIA, (nt. 165), 342, nell'individuare il parametro cui ancorare la valutazione della non scarsa importanza in relazione al concordato nel suo complesso.

⁽¹⁶⁶⁾ Ammessa a tutela dei creditori prelatizi da STANGHELLINI, (nt. 18), 1970 nt. 51 e BOTTAL, (nt. 76), 85 e la dottrina cit. a nt. 15.

⁽¹⁶⁷⁾ Si tratta del decreto del Trib. Roma, 27 gennaio 2010 consultabile su www.ilca.so.it, confermato dallo stesso Trib. Roma, 31 marzo 2010, consultabile sul medesimo sito. Anche GALLETTI, (nt. 164), concorda con la necessità di corrispondere al prelatizio la maggior somma che si sia ricavata in sede di liquidazione rispetto al valore attribuito al bene dalla stima.

— sostenuta dalla dottrina maggioritaria — della natura privatistica del nuovo concordato preventivo; sia anche con le indicazioni che possono essere tratte dalla nuova disciplina introdotta dalla riforma, quale l'art. 186 l. fall. che riproduce con lievi modifiche proprio le regole della risoluzione del contratto così come fissate all'art. 1445 c.c. Se quindi lo stesso legislatore ha modellato la disciplina del concordato su quella prevista per il contratto, l'interprete è autorizzato a far riferimento a quest'ultima per reperire la regola di casi non espressamente contemplati dal diritto fallimentare ⁽¹⁶⁸⁾.

LORENZO BENEDETTI

Abstract

This essay tries to analyze secured creditors' regulation in the new Italian "concordato preventivo". In particular the research studies the regulation of: the right of vote; how debtor can satisfy secured credits; the classification of secured creditors' claim; the professional report about the value of the pledge.

⁽¹⁶⁸⁾ Per qualche osservazione in merito alla risoluzione del concordato per inadempimento in generale v. AMBROSINI, (nt. 164).