



PROBLEMI in TEMA di VOTO nel CONCORDATO PREVENTIVO

di

Stefano Ambrosini

SOMMARIO: I. *Il voto e la significatività del silenzio (considerazioni su jus conditum e jus condendum).* – II. *La posizione dei creditori privilegiati.* – III. *I tempi e i modi di adesione alla proposta di concordato.* – IV. *I limiti alla modificabilità del voto.* – V. *Il caso della firma illeggibile del legale rappresentante del creditore.* – VI. *La notifica ai creditori dissenzienti.*

I. IL VOTO E LA SIGNIFICATIVITÀ DEL SILENZIO (CONSIDERAZIONI SU JUS CONDITUM E JUS CONDENDUM).

La parte della legge fallimentare dedicata alla deliberazione del concordato preventivo, pur non essendo tra le più “frequentate” in ambito dottrinario¹ (se si eccettua la tematica del conflitto d’interessi), presenta un elevato numero di problemi di ordine applicativo.

Le norme di riferimento in materia sono, com’è noto, gli artt. 177 e 178 L.F., dedicate, rispettivamente, alle maggioranze richieste per l’approvazione del concordato (l’uso del

¹ In argomento si vedano, fra gli altri, BOZZA, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste nella nuova disciplina*, in *Fallimento*, 2005, 1208 ss.; STANGHELLINI, *L’approvazione dei crediti nel concordato preventivo: legittimazione di voto, maggioranze e voto per classi*, *ivi*, 2006, 1059 ss., e, più di recente, FILOCAMO, sub *art. 178*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2014, 2396 ss. (anche per ulteriori riferimenti). Nella trattatistica sul concordato preventivo cfr. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in AA.VV., *Le altre procedure concorsuali*, in VASSALLI-LUIISO-GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, 327 ss.; FABIANI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano al codice civile*, Bologna, 2014, 582 ss.; CENSONI, *Il concordato preventivo*, in JORIO-SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Milano, 2016, 321 ss.; ARATO, *Il concordato preventivo*, in CAGNASSO-PANZANI (diretto da), *Trattato della crisi d’impresa e procedure concorsuali*, III, Milano, 2016, 3284 ss.

sostantivo al plurale si giustifica, oggi, solo con riguardo all'ipotesi di suddivisione dei creditori in classi²) e alle adesioni alla proposta concordataria.

La questione che più di altre ha “tenuto banco” nel dibattito degli ultimi anni è quella del significato da attribuire all'inerzia dei creditori, essendosi passati, con moto classicamente pendolare, dal silenzio-dissenso della legge del 1942 (a differenza di quanto stabilito a proposito del concordato fallimentare) al silenzio-assenso della riforma del 2012, fino al ripristino della regola “tradizionale” ad opera della riforma del 2015.

Sul tema si tornerà nel prosieguo relativamente a un profilo specifico, quello della notifica del provvedimento *ex art.* 180, 1° comma, l. fall., ai creditori dissenzienti. In linea generale, ci si può qui limitare ad osservare come il problema attenga, a ben vedere, a una scelta di politica legislativa circa l'intensità del *favor* nei confronti della soluzione concordataria, uscito obiettivamente ridimensionato (in misura fors'anche eccessiva) dalla legge n. 132/2015.

Nel progetto di disegno di legge delega varato a fine 2015 dalla c.d. Commissione Rordorf si parlava di “responsabilizzazione” dei creditori chiamati al voto, lasciando con ciò intendere un possibile ritorno alla regola del silenzio-assenso, sul presupposto che essa onera, in modo a ben vedere non irragionevole, coloro che sono contrari al concordato di un'espressa manifestazione di volontà in tal senso. Ma l'espunzione di detto riferimento ad opera della legge delega non dovrebbe impedire al legislatore delegato di normare la fattispecie nei termini ritenuti più appropriati³, non potendosi ravvisare alcun vincolo od ostacolo – manco a dirlo – nella mera circostanza che l'art. 178 è stato modificato in epoca recente.

Personalmente, resto convinto della validità, anche in ambito concordatario, del principio, avente portata generale, di non significatività del silenzio (né in un senso, né nell'altro), icasticamente espresso nel broccardo *qui tacet neque dicit, neque negat, neque utique fatetur*. Di

² Ma il requisito della doppia maggioranza (per entità dei crediti e per teste) è destinato a tornare di attualità con l'attuazione della legge delega per la riforma organica, seppur nel limitato caso del c.d. creditore tiranno. Il legislatore delegato è infatti tenuto ad “adottare un sistema di calcolo delle maggioranze anche “per teste”, nell'ipotesi in cui un solo creditore sia titolare di crediti pari o superiori alla maggioranza di quelli ammessi al voto” (art. 6, lett. f).

³ A meno, naturalmente, di ritenere che un intervento siffatto ecceda i limiti della delega, al cospetto del tenore, limitato ed invero potenzialmente limitativo, dell'art. 6, 1° c., lett. f).

conseguenza, più coerente con l'impostazione del nostro ordinamento civilistico⁴ sarebbe stata in passato (e potrebbe essere oggi) una scelta normativa che, lungi dall'attribuire significato al silenzio dei creditori, scomputasse i relativi crediti dal calcolo della maggioranza (esemplificando, se il 20% dei creditori legittimati al voto non si pronuncia né a favore, né contro il concordato, la proposta è approvata con tanti voti che rappresentino oltre il 40% dei crediti ammessi al voto)⁵. Ma queste sono, evidentemente, riflessioni *de jure condendo*, giacché allo stato occorre prendere atto di una disciplina che richiede il consenso esplicito della maggioranza per addivenire all'approvazione della proposta, con ciò sgravando i creditori dissenzienti dall'onere – che appare invece, si ripete, tutto sommato ragionevole – di manifestare espressamente la propria contrarietà alla soluzione concordataria, finendo in tal modo per renderne ancora più arduo il conseguimento.

II. LA POSIZIONE DEI CREDITORI PRIVILEGIATI

Passando ad esaminare la disciplina positiva e iniziando dall'art. 177 L.F., occorre segnalare come venga sovente in evidenza, dal punto di vista pratico, la posizione dei creditori privilegiati.

Il sistema è tradizionalmente imperniato sul principio dell'indifferenza dei privilegiati rispetto all'esito del concordato: siccome tali creditori non subiscono alcun sacrificio (nell'ipotesi – è chiaro – di capienza del bene su cui insiste il privilegio), è logico che essi non siano chiamati a pronunciarsi su una proposta che, appunto, non lede i loro interessi economici.

Il diritto di voto sussiste nella sola ipotesi di rinuncia alla prelazione, la quale, in base al combinato disposto fra terzo e quarto comma del ridetto art. 177 L.F.:

⁴ Che quando, in casi particolari, deroga al principio di non significatività del silenzio lo fa in maniera espressa, come nell'ipotesi del contratto con obbligazioni del solo proponente, atteso che l'art. 1333 c.c. accorda al destinatario della proposta la facoltà di rifiutarla nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi, stabilendo che in mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso.

⁵ E a tal fine sarebbe sufficiente modificare il primo comma dell'art. 177 l.f., sostituendo “maggioranza dei crediti ammessi al voto” con “maggioranza dei crediti per i quali è stato espresso il voto”.

- i. può anche essere parziale, purché non inferiore alla terza parte dell'intero credito fra capitale e accessori;
- ii. comporta, per la parte non coperta dalla garanzia, l'assimilazione del creditore ai chirografari;
- iii. ha effetto ai soli fini del concordato.

Nel caso in cui un creditore eserciti il voto pur essendo privilegiato, deve a mio avviso ritenersi che ciò non implichi rinuncia alla prelazione. La regola è infatti che i creditori non hanno diritto al voto “*se non rinunciano al diritto di prelazione*”, sicché il voto esercitato da chi non abbia previamente rinunciato (in modo espresso) al privilegio è privo di effetti. I termini della questione non mutano nell'ipotesi in cui il debitore affermi che la prelazione in realtà non sussiste (si pensi, tipicamente, al privilegio artigiano). La norma invero recita “*ancorché la garanzia sia contestata*”, dal che discende: a) che il privilegiato contestato non può essere ammesso al voto (salvo rinuncia)⁶; b) che egli ha l'onere di instaurare un successivo giudizio a cognizione piena circa l'esistenza della prelazione se il debitore persiste nel considerarlo chirografario; c) che il debitore deve accantonare la somma in contestazione fino all'esito del predetto giudizio.

III. I TEMPI E I MODI DI ADESIONE ALLA PROPOSTA DI CONCORDATO

La legge, e in particolare l'art. 178 L.F., non precisa chiaramente il momento a partire dal quale i creditori possono esercitare il voto, pur lasciando intendere, parlando di “processo verbale dell'adunanza dei creditori”, che la sede elettiva di manifestazione del voto sia, appunto, quest'ultima. D'altronde, è in sede di adunanza che il commissario, ai sensi del primo comma dell'art. 175 L.F., illustra, oltre alla propria relazione *ex art.* 172 L.F., le

⁶ Diverso è il caso del *credito* contestato, con riguardo al quale il primo comma dell'art. 176 L.F. dispone che “*il giudice delegato può ammettere provvisoriamente in tutto o in parte i crediti contestati ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi*”.

proposte definitive del debitore ed eventualmente quelle concorrenti *ex art. 163*, comma quarto.

Non vi è traccia, peraltro, di un divieto ad esprimere il voto prima della adunanza, sicché non vi è motivo per annettere a tale ipotesi una causa di invalidità o di inefficacia del voto. Il problema riguarda, piuttosto, i voti espressi addirittura prima del deposito della relazione commissariale, che deve oggi avvenire almeno quarantacinque giorni prima della data fissata per l'adunanza, giacché in tal caso vi è il rischio che un voto siffatto (c.d. a scatola chiusa) non sia basato su una completa conoscenza, da parte del creditore, della proposta concordataria e delle sue criticità.

In realtà, l'assenza di divieti di cui si diceva, unitamente alla regola dell'*imputet sibi*, potrebbero forse far propendere per la validità anche dei voti esercitati prima del deposito della relazione. Ad ogni buon conto, un efficace rimedio sul piano pratico può individuarsi nella richiesta a tali creditori di reiterare il loro voto in adunanza e, comunque, in epoca successiva al deposito della relazione *ex art. 172 L.F.*; e ciò nell'ottica di perseguire l'obiettivo, valorizzato dal vigente assetto ordinamentale, del consenso per quanto possibile informato da parte dei creditori.

Come si diceva, la sede elettiva per esercitare il diritto di voto è l'adunanza dei creditori, nel cui verbale sono inseriti i voti favorevoli e quelli contrari, con l'indicazione nominativa dei votanti e dei rispettivi crediti (e analoga attività è richiesta dal primo comma dell'art. 178 per i non votanti).

Coloro che non hanno esercitato il voto – e soltanto essi – possono procedervi nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale dell'adunanza (art. 178, u.c.).

Quanto alle modalità di adesione alla proposta, la legge non prescrive formalità particolari. L'unica precisazione è contenuta nell'ultimo comma testé richiamato, il quale stabilisce che il voto può essere fatto pervenire "*per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica*". E' tuttavia logico ritenere, anche dal punto di vista dell'uniformità di trattamento normativo, che le stesse modalità possano essere adottate da coloro che esprimono il voto in un momento anteriore allo svolgimento dell'adunanza.

Pur in assenza di previsioni specifiche (verosimilmente considerate superflue), deve infine ritenersi che il voto non possa essere sottoposto a condizioni di sorta, né sospensive, né

risolutive, a ciò ostando, fra l'altro, le esigenze di certezza e di celerità della procedura concordataria. Un voto espresso in maniera siffatta sarebbe dunque invalido e privo di effetti, in ossequio al principio *vitiatur et vitiat*.

IV. I LIMITI ALLA MODIFICABILITÀ DEL VOTO

Altro tema di non trascurabile rilevanza sul piano operativo attiene alla possibilità per i creditori che abbiano votato in adunanza, o anteriormente ad essa, di modificare il proprio voto.

In linea di principio, lo *jus poenitendi* rispetto all'iniziale manifestazione di volontà deve trovare piena applicazione: ben può quindi un creditore che abbia votato a favore del concordato anteriormente all'adunanza, cambiare successivamente il voto (nella stessa adunanza o anche prima del suo inizio) e viceversa.

L'ultimo momento utile per rendere noto un siffatto ripensamento, però, è appunto la conclusione della votazione in adunanza. I venti giorni ad essa successivi, infatti, sono riservati – come si è poc'anzi ricordato – a coloro che *non hanno esercitato il voto*, sicché eventuali modifiche del voto durante questo periodo sono da considerarsi *uti non essent*.

L'altro limite, per quanto la precisazione sia superflua, discende dal divieto di mercato di voto *ex* artt. 233 e 236, 2°, c., n. 4), nel senso che, se la variazione del voto è stata ottenuta, dal debitore o da altri, in cambio di vantaggi per il creditore, detta modifica è nulla per contrarietà a norma imperativa, in applicazione del precetto di cui all'art. 1418 c.c.

V. IL CASO DELLA FIRMA ILLEGGIBILE DEL LEGALE RAPPRESENTANTE DEL CREDITORE

Un'ipotesi particolare, di recente esaminata dalla Corte di Cassazione al termine di un combattuto contenzioso, è quella della dichiarazione di voto scritta a cui sia stata apposta una firma non leggibile⁷.

In ambito diverso (segnatamente giuslavoristico), la Suprema Corte ha da tempo chiarito che l'illeggibilità della firma apposta alla comunicazione del licenziamento non integra un motivo di nullità dell'atto rilevabile anche d'ufficio, *“dal momento che di nullità potrebbe parlarsi solo nel caso in cui venissero dimostrate da colui che le allega la non autenticità della sottoscrizione o l'insussistenza in capo al sottoscrittore della qualità indicata nell'atto”*⁸. E pure con riguardo alla semplice sigla si è affermato non essere necessaria la piena intelligibilità della sottoscrizione dell'autore, essendo valida anche la firma abbreviata o la sigla, *“purché abbia un'individualità grafica che non ne consente l'automatica riproducibilità, e permetta invece di attribuirle ad una determinata persona, evidenziandone la volontà di rendersene autore, agendo sia in proprio sia nella qualità di rappresentante di un altro soggetto, senza obbligo di aggiungere questa specificazione”*⁹.

Del resto, si è osservato in dottrina che l'art. 178 L.F., nel prevedere tra le modalità di comunicazione dell'adesione o del dissenso l'utilizzabilità della posta elettronica, non richiama né la normativa concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e teletrasmessi di cui al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, né formalità ulteriori, sicché il creditore ben potrebbe esprimere il proprio dissenso limitandosi ad inviare una pec dall'indirizzo di posta certificata a quello della procedura di concordato: (i) inserendo nel testo della pec il dissenso; (ii) senza sottoscrivere digitalmente il contenuto della dichiarazione; (iii) senza allegare alla pec la carta intestata del creditore contenente la dichiarazione negativa. La sola circostanza, infatti, che la pec utilizzata sia quella certificata come di provenienza del creditore sarebbe sufficiente, attesa la non applicabilità in materia della disciplina di cui al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, ad attribuire al creditore stesso una manifestazione di voto negativa¹⁰.

⁷ In dottrina, il più recente contributo dedicato specificamente al tema è quello di IOZZO, *L'espressione del voto nel concordato preventivo: profili procedurali e sostanziali*, in AMBROSINI (diretto da), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, Bologna, 2017, 472 ss.

⁸ Cass., 18 marzo 2014, n. 6219, in *Foro it. on line*.

⁹ Cass., 29 gennaio 1964, n. 230, in *Giust. civ.*, 1964, I, 526.

¹⁰ IOZZO, cit., 477, il quale osserva altresì che la disciplina del concordato preventivo *“non vieta in alcun modo che dette verifiche possano essere espletate in un momento successivo rispetto all'invio della comunicazione contenente la manifestazione di voto, poiché essa non impone che tali elementi debbano irrimediabilmente risultare, uno actu, nel medesimo*

Di tali principi ha fatto puntuale applicazione, da ultimo, la Cassazione a margine del caso di cui si diceva, stabilendo che *“il voto espresso dalle banche appare ascrivibile alla categoria degli atti negoziali unilaterali, oggetto in ogni caso di possibile ratifica ad opera delle società bancarie interessate creditrici (ammesse al voto stesso) e per quanto esse, nella specie, non tempestivamente autrici di rispettiva manifestazione secondo criteri di completezza originaria. [E ciò sul presupposto della] sicura provenienza dalle due banche opponenti delle rispettive comunicazioni, dirette al commissario giudiziale e idonee, per gli elementi materiali utilizzati (la PEC delle banche, l’impiego del logo degli istituti, i dati identificativi dei medesimi, il netto contenuto di dissenso rispetto alla proposta di concordato) e la portata sanante delle procure successivamente depositate [...] a giustificare il superamento del limite di lettura della sottoscrizione di quegli atti di voto negativo”*¹¹.

La Corte ha evidenziato che la *ratio* sottesa alla previsione di un ampio catalogo di forme espressive del dissenso, quali elencate all’art. 178, co. 4°, 1. fall. *ratione temporis* vigente, consiste nell’esigenza di *“allestire in termini semplificati e di minimale riconoscibilità rappresentativa l’esercizio del diritto di voto che, all’epoca, scongiurava solo se prestato in termini negativi la considerazione legale della sua omissione quale voto di assenso”*. La norma, del resto, incoraggia la manifestazione di voto *“fino a permettere il telegramma o il telefax o la semplice lettera o la posta elettronica, quest’ultima senza nemmeno un preciso riferimento alla PEC”*, in virtù di un *“favor verso la responsabile partecipazione al procedimento da parte dei creditori”*. Si è quindi condivisibilmente sottolineata la necessità di adottare un’interpretazione *“che valorizzi ogni atto proveniente materialmente dal creditore, così da circoscrivere il significato normativo della fictio adesiva conseguente all’inerzia ai soli casi in cui questa sia stata con alto grado di sicurezza frutto di una del tutto assente espressione della volontà del creditore”*¹².

documento che esprime l’assenso o il dissenso alla proposta di concordato. Non vi è invece, come accade per lo ius postulandi, [...], una norma che imponga il rispetto di alcuni canoni minimi che consentano al difensore di autenticare la sottoscrizione e di depositare una siffatta delega contestualmente alla costituzione in giudizio. Analogamente, in materia di rappresentanza [...], il contraente ha facoltà in ogni momento di richiedere al rappresentante dell’altra parte di giustificare i poteri di rappresentanza, ai sensi dell’art. 1393 c.c. [...]. Né l’esibizione oltre il termine di venti giorni dalla chiusura del verbale dell’adunanza dei creditori della procura attestante i poteri del rappresentante del creditore ammesso al voto implica violazione dell’art. 178, co. 4°, 1. fall. [...]. La norma non prevede infatti alcuna preclusione all’esibizione, in data successiva allo spirare del termine di venti giorni dalla chiusura dell’adunanza, dei poteri rappresentativi in capo a chi ha espresso la manifestazione di voto”.

¹¹ Cass., 31 gennaio 2017, n. 2495, in *Mass. Giust. Civ.*, 2017, e in *Fallimenti & Società*, 2017.

¹² Cass., 31 gennaio 2017, n. 2495, cit., la quale ha fatto ricorso, nella specie, a principi analoghi a quelli applicabili alla *“deliberazione assembleare di esclusione del socio da una società personale, assunta con il voto di una società partecipante rappresentata da un falsus procurator, viziata da annullabilità, in quanto il*

Ne deriva che, in linea di massima, l'illeggibilità della firma del legale rappresentante non inficia la validità (né l'efficacia) del voto espresso dal soggetto rappresentato.

V. LA NOTIFICA AI CREDITORI DISSENZIENTI

Merita infine esaminare una questione interpretativa che riveste una certa importanza nei concordati caratterizzati da un numero elevato di creditori e che attiene alla differente possibile lettura del termine “dissenzienti” di cui al primo comma dell'art. 180.

Non è infatti del tutto chiaro se detta norma, che impone al debitore di notificare il decreto di fissazione dell'udienza per l'omologazione del concordato al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti, vada riferita solo a quanti abbiano manifestato voto contrario, o anche a coloro che non abbiano partecipato al voto.

Quest'ultima lettura, astrattamente predicabile in virtù del meccanismo del silenzio-dissenso, sembra a ben vedere confutabile sulla scorta di alcuni rilievi, connessi essenzialmente, da un lato, all'esigenza di celerità propria della procedura concordataria, dall'altro (e soprattutto), al fatto che l'obbligo di notifica appare correlato alla tutela dell'interesse dei soggetti che si siano effettivamente e chiaramente espressi in senso contrario al concordato¹³.

La problematica è stata sviscerata in un recente provvedimento di merito, il quale ha compendiato in termini senz'altro condivisibili le ragioni che militano a favore di un'interpretazione restrittiva del vocabolo “dissenzienti” nell'art. 180: “A) l'esigenza di speditezza della procedura – espressamente cristallizzata dall'art. 181 l.f. – richiede di convergere verso una interpretazione che gravi il meno possibile il ricorrente di oneri che possono incidere sulla durata del procedimento; B) la dicotomia tra il I comma dell'art. 180 l.f. – ove viene sancito l'obbligo per l'impresa di notificare il decreto di fissazione

diritto di partecipare all'assemblea è tutelato dalla legge in funzione dell'interesse individuale dei soci e il contrasto con norme, anche cogenti, rivolte alla tutela di tale interesse determina un'ipotesi di mera annullabilità, in applicazione analogica dell'art. 2377 c.c., ma con la ricordata possibilità di ratifica, ai sensi dell'art. 1399 c.c., Cass. 1624/2015”.

¹³ In quest'ultimo senso v. Trib. Palermo, 18 maggio 2007, in *Fallimento*, 2008, 75 e ss.

dell'udienza ai creditori dissenzienti – e il II comma – ove viene attribuito il diritto di proporre opposizione attraverso la rituale costituzione sia ai creditori dissenzienti, sia a qualsiasi interessato – avvalora una lettura restrittiva del significato semantico dell'aggettivo “*dissenziente*”, in termini di creditore che ha manifestato un voto contrario, non essendo precluso il diritto di opposizione anche al creditore non votante (quale soggetto interessato), poiché l'esigenza di comunicazione dell'udienza deriva dalla constatazione di un verosimile interesse alla partecipazione da parte di chi ha già effettuato una valutazione negativa della proposta; C) la conseguente scollatura tra l'esercizio del diritto di opposizione – attribuito a “*qualsiasi interessato*” – e l'onere di notificazione del decreto di fissazione dell'udienza di cui all'art. 180, I comma l.f.; D) la valenza, per così dire, neutrale del silenzio nel nostro ordinamento – al di fuori delle ipotesi tipizzate ove sia riconnesso un significato giuridico – sia sul piano processuale [...] sia sul piano negoziale, data la natura paracontrattuale della proposta concordataria [...]; E) la constatazione che l'art. 178, IV comma l.f., nella precedente formulazione, attribuiva un significato giuridico al silenzio, [...] mentre l'attuale formulazione della norma non conferisce una valenza giuridica al silenzio (nel senso di espressione di un voto negativo) e come tale non richiede la annotazione del cancelliere”¹⁴.

Risulta in tal modo confermata, anche dalla più recente giurisprudenza, l'impostazione, già in precedenza prevalente, basata anche sulla condivisibile “*ragion pratica*” che consente di non onerare il debitore di centinaia di notifiche a creditori inerti e di scongiurare un (altrimenti inevitabile) allungamento dei tempi occorrenti per l'omologazione del concordato.

¹⁴ Trib. Rovigo, 15 giugno 2017, ric. Grandi Molini Italiani SpA, inedito.