

LA POSSIBILITÀ DI MODIFICA DEL VOTO NEI 20 GIORNI SUCCESSIVI ALL'ADUNANZA DEI CREDITORI NEL CONCORDATO PREVENTIVO

Nota a Commento

del Decreto 18.2.2016 del Tribunale di Udine e
del Decreto del 4.11.2016 del Tribunale di Monza

di

Marco Greggio

SOMMARIO: I. Premessa. I casi esaminati e l'evoluzione del sistema concorsuale. - II. I provvedimenti del 18.2.2016 del Tribunale di Udine e del 4.11.2016 del Tribunale di Monza. - III. La possibilità di modificare il voto nell'originaria disciplina del r.d. n. 267/1942. - IV. La disciplina delle adesioni alla proposta di concordato dopo le riforme del triennio 2005-2007. - V. La modifica del voto dopo la riforma del 2012. - VI. Il mutato orientamento dopo la c.d. miniriforma del 2015. Alcune considerazioni conclusive.

I. PREMESSA. I CASI ESAMINATI E L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA CONCORSUALE.

I due provvedimenti qui commentati riguardano la medesima questione: la modifica del voto da parte dei creditori sociali, nell'ambito dell'approvazione del concordato, nei venti giorni successivi all'adunanza dei creditori. Questione risolta dal Tribunale di Udine e da quello di Monza, a distanza di pochi mesi, in modo diametralmente opposto.

Tuttavia ciò che può sembrare un classico esempio di contrasto giurisprudenziale - tipico di un sistema, quello fallimentare, dove di fatto vige un diritto vivente “municipale”¹ (nel senso che ciascun Tribunale ha il proprio orientamento, spesso difforme a distanza di pochi chilometri da un Foro all’altro) - invero non è altro che un paradigma delle conseguenze dell’incedere (incessante) delle “riforme” sulla risoluzione di fattispecie simili; sì che quello che potrebbe valere oggi, non vale più domani (nel senso di pochi mesi, o addirittura settimane, dopo).

Ebbene, la questione della modifica del voto dopo l’adunanza dei creditori, a ben vedere poco *arata* dalla dottrina (ed anche dalla giurisprudenza), ben rappresenta l’evolversi delle varie “stagioni” del sistema concorsuale e della, conseguenziale, concezione della natura del concordato preventivo.

(i) Anzitutto la stagione del *rigore statualistico* (1942-2005)², laddove l’eteronomia prevaleva sull’autonomia, in considerazione di una lata sfiducia verso i creditori (ritenuti incapaci di tutelare autonomamente i propri interessi e perciò bisognosi del marcato controllo giudiziale).

(ii) Poi la stagione dell’*autonomia* (2005-2015), che ha preso abbrivio a seguito delle riforme del 2005 (primo intervento d’urgenza) e 2006 (riforma più sistematica, “aggiustata” nel 2007 ed entrata a pieno regime il primo gennaio del 2008)³; stagione, quest’ultima, nata per enfatizzare la libertà economica personale e caratterizzata dal

¹ Che poi non è altro che un’espressione del diritto giurisprudenziale (sul punto, cfr. A. LA TORRE, *Il diritto giurisprudenziale*, in *Giust. Civ.*, 2002, pp. 439-40).

² P. VELLA, *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani (brevi note di fine anno)*, in *Il caso.it*, pubbl. 31.12.2015, rileva come in “*un contesto economico tendenzialmente in ripresa, e con un sistema di valori eticamente scolpito, l’insolvenza non poteva che essere percepita come fallimento in senso morale, prima ancora che imprenditoriale*”. E questo spiega la forte stigmatizzazione sociale di allora (esistenza del “pubblico registro dei falliti”) e l’obiettivo del legislatore di espungere quanto prima l’imprenditore insolvente dal mercato, per evitarne ogni possibile contaminazione (restando il tribunale fallimentare libero di rilevare autonomamente ed officiosamente la sussistenza di quel pericoloso ed esecrabile stato di insolvenza), con strumenti pressoché esclusivamente di tipo liquidatorio e punitivi, sorretti dal principio di spossessamento (totale o parziale) del debitore e con effetti esdebitatori relegati alla sola ipotesi concordataria (soggetta peraltro ad un rigoroso vaglio giudiziale di meritevolezza).

³ A queste prime modifiche legislative ne sono susseguite altre, talvolta anche infrannuali, varianti che non hanno mai demolito tuttavia il contenitore (che resta, ancora, il r.d. 267/1942): il d.lgs. 169/2007 ha corretto il d.lgs. 5/2006; la legge 134/2012 tornò indietro rispetto al d.l. 83/2012, a sua volta modificato dal d.l. 69/2013, convertito nella legge 98/2013.

binomio *autonomia delle parti/terzietà del giudice*, rendendo debitore e creditori effettivi protagonisti delle procedure e restringendo il ruolo del giudice a semplice controllore della legittimità nonché risolutore dei conflitti in posizione di *terzietà*.⁴

(iii) Con il d.l. 83/2015, convertito con modifiche dalla legge n. 132/2015, si è aperta una nuova stagione ⁵, che potremmo definire della *controriforma*, laddove il *favor* per la soluzione concordataria, strumento principe per la risoluzione della crisi d'impresa, si è trasformato in vero e proprio *sfavor* e vi è stato un marcato ritorno all'**eteronomia** statale.⁶ Ritorno dovuto, probabilmente, alla constatazione che l'allestimento di innovativi strumenti di risoluzione della crisi (quali per esempio gli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis l.f.* e il concordato "con riserva" *ex art. 161 sesto comma l.f.*) non avevano dato i frutti sperati: sia perchè la maggiore libertà e responsabilità concessa al debitore è spesso degenerata in *abusi*⁷, sia perché la maggiore

⁴ Sulla "filosofia" delle riforme del triennio 2005-2007 cfr. L. GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, pp 51 ss. e pp. 123 ss.; F. GUERRERA, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Banca borsa*, 2006, I, pp. 527 ss.; G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, pp. 1156 ss.; G. ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, pp. 723 ss.; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare*, in *Fall.*, 2005, pp. 949 ss..

⁵ Da ultimo va ricordato che è intervenuta la L. 30 giugno 2016 n. 119 di conversione del D.L. 3 maggio 2016, n. 59, che introduce l'istituto del pegno mobiliare non possessorio.

⁶ Con la riforma il concordato diventa sempre più di natura *ibrida* e a contenuto meno libero, in quanto stretto nelle maglie del controllo pubblico, soprattutto mediante il sistema delle offerte e delle proposte concorrenti (cfr. M. MARTINELLI, *L'art. 169 bis l.f. dopo la novella del d.l. 83/15 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 132/2015): the king is dead?*, pp. 1-2, in *ilcaso.it*; D. GALLETTI, *Speciale decreto n. 83/15 – Le proposte concorrenti nel concordato preventivo: il sistema vigente saprà evitare il pericolo di rigetto?*, in *ilfallimentarista.it*, pp. 1-2). In ricognizione degli interessi tutelati dalla nuova normativa, una recente pronuncia di merito ha evidenziato che "*se la riforma del 2006-2007 (...) e la miniriforma del 2012 avevano accentuato il favor debitoris, si deve invece sicuramente evidenziare come la riforma del 2015 abbia lo scopo di portare ad un complessivo riequilibrio delle posizioni e degli interessi dei creditori rispetto a quelli dell'imprenditore in crisi, con il non nascosto fine di eliminare storture applicative, quando non veri e propri abusi nell'utilizzo dello strumento concordatario*" (Trib. di Ravenna, 27.11.2015, in *ilcaso.it*).

⁷ Tra gli altri, si veda per esempio la criticata prassi di presentare piani concordatari di tipo "chiuso", ossia avendo già individuato un compratore degli asset aziendali più rilevanti, con il quale veniva concluso un contratto preliminare prima del deposito del ricorso *ex art. 161 sesto comma l.f.*- Tale accordo già concluso veniva recepito nel piano concordatario e sottoposto all'approvazione dei creditori; i quali, spesso, non avevano altra scelta che accettare, a fronte del rischio di soluzioni fallimentari, ancor più passivamente, mediante il meccanismo del silenzio assenso. Siffatto fenomeno veniva da molti criticato, in quanto potenzialmente lesivo della concorrenza, atteso che consentiva al

autonomia riconosciuta ai creditori ha trovato un ceto creditorio in realtà non ancora pronto e maturo per assolvere il nuovo ruolo.⁸

(iv) Per inciso la stagione alle porte, *de iure condendo*, pare essere - si è affermato⁹ - quella del *sostegno* alla imprese¹⁰, sulla scorta anche della Raccomandazione n. 2014/135/UE¹¹. Staremo a vedere.

Inevitabilmente i principi che hanno ispirato il Legislatore hanno influito sul dibattito (in dottrina e giurisprudenza) sulla **natura del concordato preventivo**: da un lato, la teoria c.d. *negoziale* (o privatistica), che considera il concordato quale accordo (atipico) tra debitore e massa dei creditori; dall'altro, la teoria *processualistica* (o pubblicistica), che considera il concordato come una mera procedura, diretta a consentire la ristrutturazione debitoria dell'impresa attraverso il controllo esercitato dall'autorità giurisdizionale.¹²

cedente di effettuare le alienazioni degli assets più appetibili, se non dell'intera azienda, spesso a prezzi inferiori a quelli di mercato e a soggetti talora compiacenti o allo stesso legati; talvolta veri e propri "interposti" del debitore che, di fatto, con tale operazione continuava a controllare e gestire l'azienda (cfr. sul punto M. GREGGIO-G. VIDAL, *Un primo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art. 163 bis l.f. Nota a decreto del Tribunale di Padova 16.10.2015*, in *Fallimentiesocietà.it*, p. 3). E proprio a fronte di tali "abusi" il Legislatore nel 2015 ha introdotto l'art. 163 bis l.f., avendo la giurisprudenza individuato la ratio della novella nella necessità di "evitare abusi dello strumento concordatario perpetrati attraverso la vendita, a prezzi inferiori di mercato, dell'azienda medesima o di parte di essa a soggetti predeterminati, magari in qualche modo collegati all'imprenditore in concordato" (Trib. Livorno 11.5.2016, in *ilcaso.it*).

⁸ Sul punto cfr. P. VELLA, *Il sistema concorsuale italiano*, cit..

⁹ Cfr. P. VELLA, *ivi*.

¹⁰ Stagione, quella che verrà, che presumibilmente (presunzione, non certezza, visti gli ultimi avvenimenti) sarà ispirata dalla proposta di riforma della Commissione Rordorf. Nella proposta "Rordorf" sono infatti previste le (tanto attese) "Procedure d'allerta e di composizione assistita della crisi" e si è individuato un punto di incontro e confronto tra i soggetti interessati negli attuali Organismi di composizione della crisi previsti dalla Legge n. 3/2012, adeguatamente rivisti e valorizzati, nell'ottica di ricercare la soluzione più appropriata per fronteggiare la crisi o gestire l'insolvenza, con la scomparsa del "fallimento" (sostituito dalla "liquidazione").

¹¹ Che ha come obiettivo quello di "garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale"; analogamente, l'ulteriore obiettivo è "dare una seconda opportunità in tutta l'Unione agli imprenditori onesti che falliscono" (I Considerando).

¹² Per un'esposizione delle principali tesi v. A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Comm.l.fall.* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1979, pp. 135 ss.; M. IORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Tr. D. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000, pp. 716 ss.). I *contrattualisti* in generale vedono nel concordato preventivo un contratto fra debitore (parte proponente) e creditori (parte accettante) e l'omologazione del tribunale in questo schema contrattuale

Come noto, nel vigore della originaria **disciplina del 1942** la giurisprudenza propendeva – nonostante alcune risalenti pronunzie, che avevano sostenuto la natura negoziale¹³ – per la concezione *pubblicistica-processualistica* del concordato preventivo, muovendo dal principio dell’obbligatorietà del concordato nei confronti di tutti i creditori (avessero o meno preso parte al procedimento)¹⁴, nonché accentuando gli interessi di diritto pubblico dell’economia che caratterizzavano lo strumento concordatario.

si configurerebbe come una *condicio iuris* di efficacia. All’interno di questo orientamento, poi, si sono sviluppate diverse teoriche che connotano lo strumento contrattuale in modo diverso. Per taluni, infatti, il concordato preventivo potrebbe rientrare nello schema della *transazione* essendovi, da una parte, il debitore che offre le garanzie per pagare una percentuale dei debiti o che cede ai creditori i suoi beni ai fini della liquidazione, e dall’altra i creditori che rinunciano a pretendere la parte di credito non soddisfatto. Per altri, invece, potendosi prescindere dall’*aliquid datum* e dall’*aliquid retentum*, non essendo le reciproche concessioni essenziali alla procedura de qua, il concordato rientrerebbe di più nella schema della *remissione*. Per una critica a tale concezione cfr. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, [1902], Torino, 1990, pp. 170 e ss.; JAEGER, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale*, in Tratt. Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964, pp. 233 e ss.

L’orientamento *processualistico* per lo più ricostruisce il concordato preventivo come un procedimento esecutivo concorsuale che si attua in forma attenuata, e cioè in parte attraverso l’attività del debitore ed in parte mediante l’intervento dell’autorità giudiziaria. Infatti, la procedura inizia con un atto di volontà da parte del debitore, tuttavia l’intero procedimento è costantemente dominato dall’impulso di ufficio, che diviene esclusivo nella fase finale con l’omologazione; per altri processualisti invece l’istituto in parola viene inquadrato nella categoria dei procedimenti cautelari (cfr. R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV ed., Milano 1974, p. 2209; M. GHIDINI, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1956, p. 58; U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, III, Torino, 1961, pp. 1531 e ss.).

¹³ Aveva opinato per la natura “contrattualistica” la giurisprudenza più risalente: cfr. Cass. 20.7.1954, n. 2593, in *Giust. civ.*, 1954, p. 1798; App. Roma 9.3.1959, in *Dir. fall.*, 1959, II, p. 208; Trib. Milano 6.12.1954, in *Riv.dir.comm.*, 1955, II, p.117, che, in sintonia con quanto affermato dalla Relazione alla L.F.(§ 46), considera il concordato un contratto tra impresa e creditori, che danno il consenso tacito all’accordo; App. Roma 1.10.1983, in *Dir.Fall.*,1984, II, p.1030, considera la sentenza sul concordato come provvedimento di omologa di un accordo.

¹⁴ Cfr. *ex multis* Cass. 2.7.1965, n. 1373; Cass. 15.1.1985, n. 67, in *Fall.*, 1985, p. 640; Cass. 3.10.1988, n. 5327; nello stesso senso cfr. App. Ancona 19.7.1982, in *Dir. fall.*, 1983, II, p. 420, secondo cui il concordato preventivo non ha natura contrattuale, onde il tribunale non è vincolato, per l’omologazione del concordato medesimo, dall’accettazione della proposta da parte dei creditori). Da ultimo, Cass. S.U. 23.1.2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 149, con nota di M. FABIANI, *La questione del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, ove in motivazione si legge testualmente “che per quanto sin dalla sua introduzione si discutesse circa la natura dell’istituto del concordato preventivo, essendo questa connotata da profili rilevanti sia sul piano pubblicistico che su quello negoziale, non sembra si possa dubitare del fatto che la precedente disciplina fosse più solidamente ancorata ad uno schema di evidente stampo pubblicistico, in cui al giudice era affidato il compito del controllo di legalità e di merito della proposta”.

Con la **riforma del triennio 2005-2007**, viceversa, si è invertita la tendenza, con la prevalenza – quantomeno in dottrina - di coloro che sostenevano la natura *negoziale* del concordato,¹⁵ considerata, tra l'altro, la significativa riduzione dei poteri di intervento del Tribunale e, per l'effetto, l'adombrarsi dell'aspetto pubblicistico (prevalente sotto il vigore dell'originario impianto fallimentare del 1942)¹⁶, nonché l'espresso richiamo normativo ai principi civilistici di cui all'art. 186 l.fall.¹⁷.

Con la **“controriforma” del 2015**, invece, è sembrato ai più un ritorno all'origine, ossia alla concezione *pubblicistica* del 1942. Basti considerare l'introduzione dell'obbligo generalizzato della procedura competitiva per la vendita, anche anticipata, delle aziende e dei beni sociali, non solo alla luce dell'art. 163 *bis* ma anche dell'art. 182 quinto comma l.f.,¹⁸ oppure l'accrescimento delle competenze di controllo del commissario giudiziale e la

¹⁵ Con la novella di cui al D.L. 35/2005, poi convertito in L. 80/2005, è stata accentuata la possibilità di regolazione negoziale della crisi, esaltando la dimensione pattizia dell'istituto del concordato preventivo e riducendo lo spazio di intervento dell'autorità giudiziaria (cfr. *ex multis* A. PATTI, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, p. 1019; M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, pp. 1358 ss.; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 542; L. MANDRIOLI, in Bonfatti-Panzani, *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, p. 667; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da A. Cottino, Padova, 2008, p. 2 ss.; F. GUERRERA - M. MALTONI, *Concordati giudiziali ed operazioni societarie di riorganizzazione*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 19; G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 2008, p. 1047 e ss. S. PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, pp. 61 ss.; M. FERRO, *La legge fallimentare Commentario teorico-pratico*, Padova, 2011, p. 1714).

¹⁶ A mero titolo esemplificativo si sottolinea la modifica dell'art. 6 l.f. intervenuto con il d.lgs. n. 5/2006 nella parte in cui ha escluso l'iniziativa del Tribunale per la dichiarazione di fallimento. Sul punto si veda *amplius*, F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, 2012, p. 30 che parla del c.d. “*canto del cigno*” dell'iniziativa officiosa.

¹⁷ Così come modificato dal decreto c.d. “correttivo” n. 169/2007. Il diritto comune dei contratti può intravedersi nella norma dell'art. 186 bis da diverse angolazioni, ed in particolare, [i] dalla legittimazione a richiedere la risoluzione del concordato per inadempimento riservata esclusivamente a ciascun creditore (senza che la questione possa essere sollevata d'ufficio), [ii] dall'impossibilità di dichiarare la risoluzione della proposta oltre un anno dal termine per la scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato, [iii] dall'impossibilità di dichiarare la risoluzione se l'inadempimento resta di “scarsa importanza” (cfr. G. FAUCEGLIA, *Diritto civile e concordato preventivo: una convivenza difficile*, il *Fall.* 3/2015, p. 356).

¹⁸ Al riguardo cfr. M. GREGGIO - G. VIDAL, *Un primo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art. 163 bis l.f., cit.*

riduzione del margine di flessibilità dei modelli concordatari praticabili (liquidatorio o in continuità)¹⁹.

II. I PROVVEDIMENTI DEL 18.2.2016 DEL TRIBUNALE DI UDINE E DEL 4.11.2016 DEL TRIBUNALE DI MONZA.

La questione della modifica del voto da parte dei creditori a seguito dell'adunanza, alla luce delle varie modifiche all'art. 178 della legge fallimentare, ben compendia l'evoluzione del sistema concorsuale italiano e della concezione della natura del concordato preventivo: ciascuna delle due pronunzie in esame è, possiamo dire, *filia temporis*.

La prima in ordine di tempo, ossia il decreto del Tribunale di Udine, è figlia del sistema previgente alla modifica del 2015, in quanto si inserisce in una procedura concordataria sorta *prima* dell'entrata in vigore del d.lgs. 83/2015; la seconda, ossia il provvedimento del Tribunale di Monza, invece, si innesta in un procedimento *successivo* alla modifica dell'art. 178 l.f. ad opera della c.d. "miniriforma" del 2015.

- Il **decreto del 23.2.16 del Tribunale di Udine**, avente ad oggetto l'omologazione di un concordato preventivo, affronta – invero solo incidentalmente - il tema della possibilità per i creditori concorsuali di modificare la propria intenzione di voto dopo l'adunanza dei creditori.

Nel caso di specie, un creditore di una società ammessa al beneficio del concordato, nei venti giorni successivi all'adunanza dei creditori, dapprima esprimeva *voto negativo* per poi, qualche giorno dopo, modificare il proprio voto e votare positivamente; così facendo il creditore incideva significativamente sull'esito della procedura, che in virtù di quel voto determinante veniva approvata dalla maggioranza dei creditori ammessi al voto.

A seguito dell'opposizione proposta da un creditore *ex art. 180* quarto comma l.f., nel decreto di omologa il Tribunale friulano ha così ritenuto **ammissibile** la modifica del voto, in virtù dell'*“abrogazione del requisito della doppia maggioranza (per teste e per entità dei crediti) a favore della semplice maggioranza numerica dei crediti anche acquisita dopo l'adunanza”*,

¹⁹ Cfr. G.P. MACAGNO, *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale* in *“La crisi d'impresa nel progetto di riforma”*, in *Fall.* 10/2016, pp. 1074 e ss..

richiamando a tal fine l'orientamento giurisprudenziale di cui alla Cassazione 7.8.1989, n. 3618, nonché le (più recenti) pronunce di merito della Corte d'Appello di Lecce del 8.6.2009 e del Tribunale di Monza 29.1.2010 (provvedimenti tutti, si noti, anteriori alla riforma del 2012), *“ritiene revocabile il dissenso già esposto”*.

- Il **provvedimento del 4.11.16 del Tribunale di Monza** ha, viceversa, ritenuto **inammissibile** la modifica del voto (da *positivo* a negativo) nei venti giorni successivi all'adunanza e in particolare la *“rimeditazione in chiave negativa di circostanze già precedentemente esaminate, facoltà che il creditore può esercitare soltanto sino alla chiusura del verbale”*. Nel caso esaminato il concordato era stato introdotto successivamente al 21 agosto 2015 (data di entrata in vigore della citata legge di conversione del D.L. 27 giugno 2015, n. 83) e si applicava la novella apportata dalla legge 6 agosto 2015 n. 132 all'art. 178, comma 4, l.f.: il creditore principale della società in concordato in sede di adunanza dei creditori aveva votato favorevolmente, per poi cambiare idea e votare sfavorevolmente nei venti giorni successivi.

La motivazione è articolata. Dopo aver affrontato alcune questioni preliminari, quali l'ammissibilità dell'espressione del voto per corrispondenza anche prima della chiusura del verbale dell'adunanza (*“dovendosi equiparare tali voti a quelli espressi dai creditori intervenuti personalmente all'adunanza ... divenendo plausibile l'ipotesi di un'adunanza deserta ed una maggioranza dei crediti raggiunta esclusivamente per il tramite di voti espressi per corrispondenza”*) e le adesioni tardive,²⁰ il giudice delegato monzese fa un *excursus* delle varie modifiche dell'art. 178 l.f. intervenute nel corso del tempo, per poi analizzare partitamente le conseguenze della riforma dell'art. 178 comma 4 l.f. ad opera della legge n. 132/15.

²⁰ Ritenendo che possano votare nei venti giorni successivi all'adunanza solo i creditori inclusi nell'elenco nominativo verificato dal commissario giudiziale e quelli che, nel corso dell'adunanza, siano stati ammessi provvisoriamente al voto dal giudice delegato ai sensi dell'art. 176 l. fall.. Sul punto cfr. Cass. 5.10.2000, n. 13282; Cass. 12.11.1993, n. 11192, le quali hanno entrambe precisato che la votazione successiva può avvenire nei limiti in cui il credito sia stato ammesso dal giudice delegato nell'adunanza, senza possibilità per il creditore di votare solo per la parte che egli ritiene chirografaria, escludendo quella in relazione alla quale egli ritiene di avere diritto al rango privilegiato.

Secondo il giudice di Monza, il riformato art. 178 comma 4 l.f.²¹ ha ristretto la platea degli aventi diritto al voto nei venti giorni successivi alla chiusura dell'adunanza ai soli creditori che non abbiano ancora esercitato la loro facoltà, e ciò a prescindere dalla precedente manifestazione di voto: *“il legislatore ha quindi introdotto una duplice novità: da una parte ha escluso la possibilità di computare le adesioni di quelli che hanno modificato il voto negativo dato precedentemente, dall'altra ha consentito la possibilità di esprimere, per la prima volta, un voto sfavorevole dopo la chiusura del verbale”*.

L'*excursus* storico operato dal Tribunale di Monza in parte motiva, circa le varie modifiche intervenute riguardo l'espressione di voto dei creditori del concordato, offre l'abbrivio per una disamina della questione, alla luce anche del precedente decreto del Tribunale di Udine.

III. LA POSSIBILITÀ DI MODIFICARE IL VOTO NELL'ORIGINARIA DISCIPLINA DEL R.D. N. 267/1942.

Prima del r.d. n. 267/1942, sotto l'imperio della precedente legislazione (l. 24 maggio 1903, n. 197, modificata dal d.l. 17 aprile 1925, n. 473 e dalla l. 10 luglio 1930, n. 995), la Suprema Corte aveva affrontato il problema (nel 1931), e l'aveva risolto enunciando la massima secondo la quale *“il creditore che abbia nell'adunanza votato contro la proposta di concordato preventivo può liberamente aderire alla proposta medesima”*, specificando che *“ove lo creda di suo interesse, può aderire in un secondo tempo, con effetto positivo, senza violare alcun principio o alcuna norma di diritto”*.²²

A seguito dell'introduzione del r.d. n. 267/1942, **la dottrina era, per lo più, favorevole** alla possibilità di modificare l'espressione di voto effettuata in sede di adunanza, mediante adesione fatta pervenire nei venti giorni successivi alla sua chiusura, in particolare nel caso di voto originariamente positivo (all'adunanza) mutato in voto negativo (dopo l'adunanza).²³ Ciò in quanto mancava uno specifico divieto di modifica del voto e tale *ius*

²¹ A mente del quale i creditori che non hanno esercitato il voto possono farlo pervenire lo stesso nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale.

²² Cass. 25.6.1931, in *Foro it*, Rep. 1931, voce *Concordato Preventivo*, n. 28 .

²³ In senso conforme cfr. L.C. UBERTAZZI, *Il Diritto Fallimentare*, 1976, II, 425; E. FRASCAROLI SANTI, *L'adunanza dei creditori e la votazione nei procedimenti concorsuali*, Padova, 1989, 50 e ss.; A. BONSIGNORI, in *Commentario alla Legge Fallimentare Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993,

poenitendi era conforme al *favor* dimostrato dal Legislatore allo strumento del concordato preventivo; sicchè laddove il creditore avesse successivamente all'adunanza cambiato idea (votando positivamente dopo aver espresso voto negativo), con ciò favorendo l'approvazione del concordato, tale modifica non sarebbe incorsa in alcuna inammissibilità.

La **giurisprudenza di legittimità**, invero, aveva ritenuto possibile il caso *contrario*, ossia aveva stabilito **l'ammissibilità della modifica del voto contrario** con conseguente adesione alla proposta di concordato, ma non del dissenso espresso posteriormente all'adunanza a rettifica dell'intenzione di voto favorevole. Le argomentazioni della Cassazione, che si era espressa con una pronuncia del 1989,²⁴ erano legate alla sussistenza di *due tipologie di maggioranze* da tenere in considerazione ai fini dell'approvazione della proposta concordataria: di tal ch  si riconosceva il divieto di revoca della dichiarazione di voto positivo espressa in seno all'adunanza dei creditori (necessaria per il computo della maggioranza c.d. di numero) ma, viceversa, si riteneva pienamente legittima la circostanza che *“i creditori che hanno votato contro la proposta possano liberamente modificare la propria dichiarazione ai soli fini della maggioranza di somme, prestando adesione nel termine di legge, non essendo la loro autonomia dispositiva limitata da preclusione alcuna”*.

A tali conclusioni la Suprema Corte era giunta *“pur riconoscendo che il concordato preventivo non   definibile ‘sic et simpliciter’ come un contratto e pur ammettendo, di conseguenza, che non si pu  direttamente attingere al principio della libert  negoziale, operante fino alla conclusione del negozio (...)”*. Secondo la Corte, l'originario esercizio del diritto di voto in senso contrario alla proposta concordataria non determinava la consumazione del diritto stesso e non precludeva, quindi, al creditore di prestare adesione ‘tardiva’ al concordato: *“(...) il principio di libert  del volere negoziale consente di riconoscere, secondo il modello contrattualistico, che l'esercizio nell'adunanza del diritto di voto in senso contrario alla proposta concordataria non consuma il diritto stesso, esercitabile per adesione - ai limitati effetti della maggioranza di somme - fino al momento della conclusione del contratto, cos  le regole immanenti al modello processuale della giurisdizione volontaria inducono a ritenere che l'adesione alla proposta possa esser liberamente espressa - sempre ai limitati effetti della maggioranza*

373; R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, 422 e ss..

²⁴ Cass. 7.8.1989, n. 3618.

di somme - fino agli adempimenti del giudice delegato propedeutici alla omologazione del concordato, nei termini legali prestabiliti. (...). Pertanto, ai limitati effetti già precisati, l'adesione del creditore si esplica liberamente, nello spazio giuridico concesso dal sistema, in piena autonomia rispetto all'eventuale, anteriore esercizio, nell'adunanza, del diritto di voto in senso sfavorevole alla proposta di concordato"²⁵.

Secondo la Cassazione la manifestazione anteriore di volontà contro la soluzione concordataria non rappresentava alcuna preclusione legale a sé stante (come sarebbe stato, invece, se la facoltà di adesione tardiva fosse stata riservata dal legislatore ai soli creditori non intervenuti o astenuti) e non condizionava, quindi, l'operatività del **principio della revocabilità dell'atto processuale privato**, in assenza – appunto - di specifiche limitazioni²⁶. E ciò rispondeva al disegno del Legislatore di valorizzare gli elementi volontaristici del procedimento di concordato preventivo, come aspetti della libera espressione dell'autonomia privata, che veniva così assecondata *“per la realizzazione dello scopo comune di evitare il fallimento e di accertare una soluzione transattiva, in conformità della regola maggioritaria”*²⁷.

Tale pronunzia della Suprema Corte si ispirava evidentemente alla teoria *contrattualistica* del concordato, visto come accordo tra debitore e creditori, allora *minoritaria* in giurisprudenza.

²⁵ Cass. 7.8.1989, n. 3618.

²⁶ Si è osservato che la soluzione offerta dalla giurisprudenza prima della riforma del diritto fallimentare appariva essere inadeguata, sia qualora si avesse una concezione negoziale del concordato sia che lo si intendesse come procedura del tutto pubblicista: nel primo caso la preclusione non sarebbe stata compatibile con la norma generale che riconosce al contraente la facoltà di esprimere il proprio consenso dopo un precedente rifiuto, nel secondo poiché si finirebbe, come detto, per negare il principio di revocabilità dell'atto processuale (G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, pp. 593 ss.).

²⁷ Cass. 7.8.1989, n. 3618. Pertanto secondo la Corte Suprema *“(...) non è contraddittorio consentire al creditore il mutamento d'opinione, soltanto in un senso, da contrario a favorevole, e non nell'altro, da favorevole a contrario, dato che la variazione nel secondo senso potrebbe infirmare la maggioranza di numero e sarebbe, quindi, non conforme al sistema, imperniato su questo inalterabile effetto giuridico preliminare; peraltro le 'adesioni' rappresentano entità (di crediti) che si aggiungono a quelle che sono state già computate nell'adunanza, e che sono dunque da ritenere, nel disegno del legislatore, un dato anch'esso acquisito e non modificabile, al pari della maggioranza numerica che, in quella sede, lo ha espresso”* e *“non è contraddittorio attribuire all' 'adesione', una (supposta) valenza 'negativa', che consisterebbe nell'attitudine a modificare l'opinione precedentemente manifestata, in quanto l'adesione esprime sempre e soltanto un valore positivo, che non viene meno per il contrasto con un'anteriore manifestazione di volontà, non considerata irrevocabile dalla legge.”*

Infatti l'anno successivo (1990) la medesima Suprema Corte, aderendo alla tesi al tempo *maggioritaria* sulla natura del concordato, tornava su propri passi. In un caso in cui il creditore aveva dapprima espresso voto contrario nell'adunanza, nella quale la proposta aveva conseguito la maggioranza numerica ma non quella quantitativa, per poi mutare idea e nei venti giorni successivi e quindi - con lettera - aderire alla proposta, al fine del conseguimento della maggioranza quantitativa dei crediti, la Corte considerava illegittimo lo *ius poenitendi* e statuiva che “*dopo la chiusura del verbale i creditori che abbiano espresso il loro voto in assemblea non possono mutare la loro manifestazione di volontà, nemmeno ai soli fini del computo della maggioranza quantitativa dei crediti...in quanto l'espressione di voto, sia favorevole che contraria, è determinante agli effetti della maggioranza di numero, che rappresenta un essenziale momento giuridico preliminare, vincolante per lo svolgimento ulteriore della procedura concordataria*”²⁸.

La Corte inquadrava il concordato preventivo nell'ambito della concezione *processualistica* (“*sia che si ritenga il concordato una procedura esecutiva concorsuale con finalità alternativa liquidatoria - con cessione dei beni - o satisfattiva - con garanzia -, sia esso qualificabile come procedimento di volontaria giurisdizione non camerale*”). Pertanto, applicando da un lato il principio della libera e coerente espressione del voto da parte dei creditori nel concordato preventivo, e dall'altro della preclusione procedurale delineata dall'incidenza della volontà dei creditori, in qualunque forma validamente espressa, su un momento processuale essenziale, in relazione allo *ius poenitendi* dei creditori nella espressione della loro volontà sulla proposta di concordato preventivo la Cassazione formulava tre ipotesi: “*A) ciascun creditore può mutare il proprio voto nel corso dell'assemblea, finché il relativo verbale non sia chiuso e sottoscritto dal Giudice Delegato, perché la prima espressione di per sé, e ad assemblea in corso, non ha ancora inciso su un momento processuale essenziale e preclusivo; B) in considerazione del fatto che il quorum deliberativo per la maggioranza di numero è previsto a maggioranza semplice sul numero dei votanti effettivamente; che la maggioranza si determina dalla comparazione diretta tra voti favorevoli e contrari; che il momento deliberativo si esprime dialetticamente mediante l'espressione dei voti; ciò premesso, deve ritenersi che sia l'espressione di voto favorevole, sia quella contraria, integrano un momento giuridico essenziale del procedimento, per cui dopo la chiusura del verbale di assemblea tutti i creditori che in essa abbiano espresso il voto no possono mutare la loro manifestazione di volontà, sia pure ai soli fini del computo della*

²⁸ Cass. 22.9.1990, n. 9651 in *Giust. civ. mass.*, 1990.

maggioranza quantitativa dei crediti e nel termine dell'art. 178, u. cpv. L.F.; C) l'adesione alla proposta di concordato, successiva alla chiusura dell'adunanza dei creditori, è riservata ai creditori che non abbiano partecipato attivamente a quel momento processuale preclusivo e, quindi, ai creditori astenutisi dal voto ed a quelli che non abbiano partecipato all'assemblea²⁹.

In buona sostanza, avendo il voto una duplice valenza (dei votanti e dei crediti), la Suprema Corte con la sentenza del 1990 affermava la sua *non modificabilità*, considerato il timore di falsare il computo delle maggioranze stesse.

IV. LA DISCIPLINA DELLE ADESIONI ALLA PROPOSTA DI CONCORDATO DOPO LE RIFORME DEL TRIENNIO 2005-2007.

Il d.l. n. 35/2005 ha **eliminato la doppia maggioranza** (dei votanti e dei crediti), introducendo un'unica valenza del voto (ai soli fini del calcolo della maggioranza dei crediti ammessi al voto). E successivamente il **D.Lgs. n. 169/2007** ha modificato l'art. 178 l.fall., adeguando l'ultimo comma con la mutata disciplina della maggioranza per l'approvazione del concordato, integralmente riformata con l'introduzione del nuovo art. 177 l. fall. (il cui primo comma ha eliminato il principio della doppia maggioranza, dei votanti e dei crediti ammessi al voto), disponendo la necessità della sola maggioranza dei crediti ammessi al voto.³⁰

Con la soppressione della maggioranza c.d. “di numero” e la permanenza della sola maggioranza c.d. “per somme” si è evidenziato come fosse pienamente **legittima la modifica del voto contrario in voto favorevole**, conformemente all'impostazione “contrattuale” del concordato offerta dalla Cassazione del 1989. Ancor più considerato che nel testo dell'art. 178 l.fall. permaneva lo specifico riferimento alle “adesioni” pervenute nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale (e non ai “voti”), apparendo ciò in linea con il generale *favor* verso la soluzione concordataria che aveva caratterizzato le riforme della legge fallimentare.³¹

²⁹ Cass. 22.9.1990, n. 9651, cit.

³⁰ Norma che, nota il Trib. Monza del 4.11.16, anche prima dell'intervento correttivo del legislatore, doveva ritenersi implicitamente abrogata nella parte in cui faceva riferimento ai «creditori votanti nell'adunanza» ed alla maggioranza qualificata dei crediti, dovendo tenersi conto, dopo il d.l. n. 35/2005, della sola maggioranza (semplice) dei crediti ammessi al voto.

³¹ Cfr. Trib. Monza 4.11.2016, in *ilcaso.it*.

Così si è ritenuto di computare *soltanto* i voti *favorevoli* espressi dopo la chiusura dell'adunanza (da parte dei creditori che non avevano ancora manifestato la loro intenzione di voto e di quelli che hanno modificato il voto negativo dato precedentemente) ma *non quelli contrari*, essendo esclusa sia la possibilità di esprimere (per la prima volta) un voto sfavorevole dopo la chiusura del verbale, sia la possibilità di mutare l'adesione precedentemente prestata alla proposta in un successivo voto contrario.³²

Tale impostazione veniva confermata anche dall'accentuata **natura contrattuale** che aveva assunto il concordato dopo le riforme del triennio 2005-2007.³³ Nella dicotomia tra autonomia dispositiva (dei contraenti) e principi (eteronomi) di tutela del credito (con particolare riferimento agli effetti esdebitatori o modificativi che già la semplice proposta e la conseguente omologazione del concordato conservano sulla posizione dei creditori ³⁴) si è così preferita la valenza contrattuale del concordato, evidenziando come alla luce dei principi fondanti dei contratti in generale “*il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte*” (art. 1326 cod. civ.).

Sulla scorta di tale concezione privatistica del concordato, la giurisprudenza di merito ha così affermato come fosse pacificamente **ammissibile il cambio del voto** (da contrario a favorevole), non producendo l'iniziale voto contrario alcun effetto giuridico e non esistendo alcuna disposizione che espressamente precluda la possibilità di revocare dopo la chiusura del verbale il dissenso inizialmente espresso.³⁵ Così che l'iniziale mancata accettazione poteva, in ipotesi di mancata consumazione del termine dei venti giorni

³² Cfr. Trib. Monza 4.11.2016, cit.

³³ La Suprema Corte si è in tal senso espressa, confermando “*la marcata natura privatistica che la riforma operata dal D. Lgs. n. 5 del 2006 ha voluto imprimere alla procedura concordataria*” (Cass. 20.1.2011, n. 1345). Tuttavia v'è chi ha osservato che, nonostante l'accentuazione degli aspetti negoziali ravvisabile nelle disposizioni introdotte dal decreto correttivo, l'istituto manteneva una duplice natura, in parte pattizia e privatistica ed in parte giurisdizionale/pubblicistica (cfr. P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Codice del fallimento*, Milano, 2009, pp. 1679 e ss.). Duplice natura confermata dalla successiva giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 23.1.2013, n. 1521; Cass. 5.5.2016, n. 9027).

³⁴ Per una valutazione (parzialmente) in ordine al richiamo della “causa concreta” da parte della giurisprudenza: G. FAUCEGLIA, *La Cassazione e il concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2013, 2542; E. SCODITTI, *Causa e processo nel concordato preventivo: le sezioni unite alla prova della fallibilità*, in *Foro it.*, 2013, I, 1579.

³⁵ Cfr. App Lecce 8.6.2009, Pres. Almiento - Rel. Silvestrini, in *Fall.*, 10/2010, pp. 1158 e ss..

successivi all'adunanza dei creditori, tramutarsi in adesione, poiché il dissenso non è idoneo a chiudere alcuna fattispecie legale né tanto meno a concludere alcun accordo contrattuale.³⁶

Del pari autorevole dottrina ha rilevato che *“il conteggio dei voti favorevoli avviene soltanto alla scadenza del termine dei venti giorni successivi alla chiusura del verbale di adunanza... per cui non vi è alcuna ragione per impedire a chi abbia votato contro di cambiare parere”*³⁷ e che *“(...) ad oggi non vi è più alcuna ragione per non consentire ai creditori che hanno espresso voto contrario fino alla chiusura dell'adunanza di modificare il voto in favorevole mediante un'adesione pervenuta nei venti giorni successivi. Pertanto oggi le adesioni successive devono ritenersi possibili non solo ai creditori che non hanno espresso voto fino alla chiusura dell'adunanza, ma anche a quelli che in quel momento avevano votato contro la proposta”*³⁸.

V. LA MODIFICA DEL VOTO DOPO LA RIFORMA DEL 2012.

La riforma intervenuta nel 2012, ha apportato significative modifiche agli artt. 178 e 179 L.F., da un lato introducendo il principio del silenzio assenso (quarto comma dell'art. 178 l.f.), dall'altro introducendo l'espressa possibilità di modificare il voto nell'ipotesi di mutazione delle condizioni di fattibilità del piano - rilevata dal commissario giudiziale - dopo l'approvazione del concordato (art. 179 secondo comma l.f.).

Vigente la disciplina riformata del 2012, sul problema della modificabilità del voto risulta (pubblicato) il solo precedente del **decreto del 23.2.16 del Tribunale di Udine**, il quale incentra la propria motivazione sull'*“abrogazione del requisito della doppia maggioranza (per teste e*

³⁶ Trib. Monza 29.1.10, Pres. e Rel. Paluchowsky, in *Fall.*, 10/2010, pp. 1158 e ss.: *“la struttura contrattualistica del concordato preventivo, non consente, una volta espresso il voto favorevole, di modificarlo, poiché la proposta è stata accettata e l'accettazione è giunta al debitore presente in adunanza. Viceversa la mancata accettazione, pur se esplicitata, può, quando il termine di adesione non è ancora consumato, tramutarsi in una adesione, poiché il rifiuto non ha chiuso alcuna fattispecie legale, né concluso alcun accordo contrattuale”*.

³⁷ Cfr. L. ABETE, *La revoca del voto contrario nel concordato preventivo, riflessioni e rilievi*, in *Il Fallimento*, 10/2010, p. 1164.

³⁸ Cfr. M. FERRO, *La legge fallimentare - Comm. Teorico Pratico*, II ed., 2011, sub. art. 179, *“Focus: revoca e modifica del voto”*; in aderenza si veda anche G. NARDECCHIA, sub art. 178 l.fall., in Iorio (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, 2008, p. 351; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 2013, p. 1019.

per entità dei crediti) a favore della semplice maggioranza numerica dei crediti anche acquisita dopo l'adunanza", ritenendo così **revocabile il dissenso già espresso**.³⁹

La soluzione offerta dal Tribunale di Udine sembra corretta alla luce dell'impianto normativo al tempo vigente. Seppure si potesse considerare la previsione dell'art. 179 secondo comma l.f. come l'"unica" ipotesi in cui era ammessa la rettifica del voto espresso nell'adunanza (sia nel caso questo fosse un voto favorevole, sia nel caso fosse stato un voto contrario), v'era da ritenere non condivisibile un'interpretazione così restrittiva, considerato che *non* sussisteva un divieto di rettifica della dichiarazione di voto, nè tantomeno - stando alla lettera dell'art. 178 - si prevedeva che l'adesione postuma potesse essere espressa solo dai creditori che non avessero partecipato (o non avessero comunque potuto partecipare) all'adunanza (così come invece chiaramente prescritto per i dissensi pervenuti nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale dell'assemblea).

Se, da un lato, non poteva dubitarsi del fatto che il secondo comma dell'art. 179 l.f. fosse stato specificatamente pensato per i casi di rettifica del voto favorevole in ipotesi di mutazioni che incidevano negativamente sulle prospettive di soddisfazioni del ceto creditorio, dall'altro non appariva ragionevole pensare che tale disposizione potesse comportare una vera e propria limitazione della libertà di espressione di voto da parte dei singoli creditori. Il diritto di voto del singolo creditore rispetto alla proposta concordataria, infatti, era (ed è) espressione della sua libera volizione a fronte della meditata valutazione della convenienza della proposta, di tal ché lo stesso creditore, nel rispetto dei termini indicati dalla legge, poteva liberamente modificarlo fino alla chiusura delle operazioni di voto.

Riprendendo le tesi della natura contrattualistica del concordato, la proposta concordataria avrebbe potuto considerarsi alla stregua di una proposta irrevocabile, che rimaneva tale fino alla chiusura delle operazioni di voto (così come prevista dalla legge fallimentare). D'altronde l'unico limite stabilito dal legislatore alla possibilità di esprimere il proprio voto (e quindi, anche di modificarlo) si poteva considerare come di natura

³⁹ Richiamando a tal fine l'orientamento giurisprudenziale indicato *supra*: Cass. 7.8.1989, n. 3618; Corte d'Appello di Lecce del 8.6.2009 e Tribunale di Monza 29.1.2010.

temporale e, di conseguenza, fatto salvo il rispetto di tale termine, la legge fallimentare *non* poneva alcuna limitazione al cambio del proprio voto da parte del creditore.

Dopo le significative modifiche apportate dal Decreto Sviluppo 2012 alla disciplina relativa all'espressione di voto e al conteggio delle maggioranze nella procedura concordataria (artt. 177-178-179 l.f.) caratterizzate, in particolare, dall'avvento della regola del silenzio-assenso, non era precluso al creditore di dichiarare in maniera espressa la propria dichiarazione di voto positivo nei venti giorni successivi all'adunanza dei creditori. E ciò ancorchè il quarto comma dell'art. 178 l.f. (prima della recente novella apportata la legge n. 132 del 6.8.15) indicasse la (sola) possibilità di esprimere il “dissenso” per iscritto da parte dei creditori, atteso che l'ultimo periodo del predetto comma espressamente stabiliva che *“le manifestazioni di dissenso e gli assensi, anche presunti a norma del presente comma, sono annotati dal cancelliere in calce al verbale”*. L'avverbio “anche” stava quindi ad indicare che è possibile esprimere il voto per silenzio-assenso oppure, in alternativa, espressamente per iscritto: il voto, quindi, così come poteva essere espresso (sia esso positivo o negativo) poteva altresì essere modificato, purchè ciò – come visto - avvenisse nel termine perentorio dei venti giorni successivi all'adunanza dei creditori.

Ragionare diversamente avrebbe significato limitare irragionevolmente l'autonomia e la libera volizione del creditore.

Tale conclusione poteva raggiungersi anche considerando la *ratio* della riforma nel triennio 2005-2007 e la volontà del Legislatore di *favorire* la soluzione concordataria e di puntare sull'autonomia del rapporto debitore/creditori.⁴⁰ Ritenere ammissibile la modifica del voto – da sfavorevole a favorevole – nei termine dei venti giorni successivi all'adunanza, avrebbe significato favorire la soluzione concordataria e l'approvazione della proposta.

VI. IL MUTATO ORIENTAMENTO DOPO LA C.D. MINIRIFORMA DEL 2015. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

⁴⁰ Dalla Relazione illustrativa alla novella intervenuta nel 2012, risultava che l'art. 178 l.f. fosse stato modificato proprio al fine di *“favorire l'iniziativa concordataria, consentendo il raggiungimento della maggioranza di capitale”*.

Con la modifica dell'art. 178, comma 4, l.f. ad opera della legge 6 agosto 2015 n. 132, secondo la recente pronuncia del Tribunale di Monza si è introdotto il “*principio della non modificabilità del voto*”.⁴¹

Il giudice monzese (*i*) da un lato evidenzia come si sia ristretta (con il nuovo quarto comma) la platea degli aventi diritto al voto (nei venti giorni successivi alla chiusura dell'adunanza), ai soli creditori che non abbiano ancora esercitato la loro facoltà e ciò a prescindere dalla precedente manifestazione di voto (“*il legislatore ha quindi introdotto una duplice novità: da una parte ha escluso la possibilità di computare le adesioni di quelli che hanno modificato il voto negativo dato precedentemente, dall'altra ha consentito la possibilità di esprimere, per la prima volta, un voto sfavorevole dopo la chiusura del verbale*”), (*ii*) dall'altro pone l'attenzione sulla circostanza che esiste un'unica eccezione a tale principio, ossia la norma di cui all'articolo 179, comma 2, l.f. (mutamento delle condizioni di fattibilità del piano e quindi di adempimento della proposta nel lasso di tempo che va dall'approvazione del concordato all'omologa).⁴²

In buona sostanza, con l'abrogazione del silenzio-assenso si ha una rivoluzione copernicana nel sistema del voto, tale da inficiare la possibilità dello *ius poenitendi* nei venti giorni successivi all'adunanza.

A ben vedere, tuttavia, oltre al (mutamento del) dato normativo, v'è una ragione per condividere l'esclusione della possibilità di modifica, di natura - per così dire - *sistemica*, che riguarda proprio la *mutata natura* del concordato preventivo alla luce della miniriforma del 2015.

Con la “controriforma” del 2015 è infatti evidente la forte **limitazione dell'autonomia** assicurata al binomio proponente/creditori⁴³.

⁴¹ Cfr. Trib. Monza 4.11.2016, cit..

⁴² Mutamento a fronte del quale il commissario giudiziale ha l'onere di avvisare i creditori, i quali hanno così la possibilità di modificare il voto precedentemente espresso costituendosi nel giudizio di omologa.

⁴³ Dal lato del preponente, la riduzione dell'autonomia viene esemplificata, tra l'altro, dalla riduzione del margine di flessibilità dei modelli concordatari praticabili (liquidatorio o in continuità), data dall'introduzione del limite di cui all'art. 160 ultimo comma l.f.; dalla potenziale instabilità della proposta, che diviene contendibile – con le proposte concorrenti - sino al limite della sostanziale espropriazione dell'impresa; dall'introduzione delle offerte concorrenti di cui all'art. 163 bis l.f. e dal conseguente obbligo per il debitore, nel caso di gara bandita (a seguito di offerta concorrente), di modificare la proposta ed il piano di concordato in conformità all'esito della stessa; dall'obbligo, più

Di conseguenza è da ritenersi *superata* la concezione privatistica del concordato, strumento sempre più avviluppato nelle maglie del controllo pubblico e sempre meno lasciato all'autonomia dei privati, visti - quasi - con diffidenza dal legislatore.⁴⁴ Sicchè si può affermare che l'eteronomia pubblicistica ha superato l'autonomia privata, facendo venire meno una delle principali ragioni per cui si riteneva possibile modificare il voto nei venti giorni successivi all'adunanza.

La *sfiducia* nel ceto creditorio da parte del Legislatore, concretizzatasi nell'abolizione del sistema del silenzio-assenso - strumento che di fatto non ha comportato in capo ai creditori una precisa assunzione di responsabilità nel non votare, ma per lo più ha tradito una trascuratezza diffusa (figlia probabilmente anche del disincanto nei confronti dello strumento concordatario e della concreta possibilità di percepire un significativo pagamento nella fase esecutiva), si riflette nel "principio della non modificabilità del voto" espresso dal giudice monzese, con un'evidente limitazione dell'autonomia dei creditori.

De iure condendo, peraltro, v'è da chiedersi se tale ottica potrà, nuovamente, mutare. In ogni caso, l'*excursus* sulla questione della modificabilità del voto offre un'amara considerazione conclusiva: il fluire, quasi magmatico, dei cambiamenti, in una materia cruciale per il sistema economico quale quella fallimentare (ancor più in un periodo di crisi), rende difficile, se non impossibile, la sedimentazione di un istituto ed il consolidamento di una interpretazione, disorientando l'operatore giuridico (e, ancor più, quello economico).

Disorientamento che non giova al superamento delle crisi aziendali con l'adozione degli strumenti offerti dall'ordinamento⁴⁵. Tanto che oggigiorno di "crisi"⁴⁶ si può parlare sia

in generale, della procedura competitiva per la vendita, anche anticipata, delle aziende e dei beni sociali (non solo alla luce dell'art. 163 bis ma anche dell'art. 182 quinto comma l.f.); dall'accrescimento delle competenze di controllo del commissario giudiziale (per un approfondimento cfr. G.P. MACAGNO, *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, cit., pp. 1074 e ss.).

⁴⁴ Sul punto si consenta di rinviare a M. GREGGIO, *Le offerte concorrenti nel nuovo art. 163 bis l.f.: l'eteronomia prevale sull'autonomia?*, in *Il Fallimentarista*, 21.1.2016.

⁴⁵ Tanto che si ritiene che le plurime modifiche della legge fallimentare rappresentano un costo per l'economia di gran lunga superiore ai benefici che si assume possano ricavarne (*amplius* cfr. M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *Il caso.it*, pubbl. il 6.8.15, p. 3).

⁴⁶ Il termine "crisi" deriva dal greco *krisis*, che indica il concetto di "forza che distingue", ma anche quelli di "lite giudiziaria" e di "sentenza"; trova la propria radice nel verbo *krinein*, il quale designa il "dire giustizia", ma significa propriamente "giudicare distinguendo", ossia "separare". Il greco *krinein*

nel campo economico, sia in quello giuridico⁴⁷ e, in particolare, nelle procedure concorsuali⁴⁸.

deriva a sua volta dall'indoeuropeo “*squerei*“ (da cui “scorie”, “avanzi”), presente nell'espressione ellenica *skorìen poieîn*, che vuol dire “mandare in rovina” (cfr. P. MORO, *L'essenza della legge. Saggio sul Minosse Platonico*, in F. CAVALLA (a cura di), *Cultura moderna e interpretazione classica. Temi e problemi di filosofia del diritto*, Padova, 1997, pp. 114-115). Sull'idea di crisi nel pensiero contemporaneo, cfr. M. CACCIARI, *Krisis. Saggio sulla crisi del pensiero negativo da Nietzsche a Wittgenstein*, Feltrinelli, Milano 1976 e M. MARCHETTO, *La crisi. Scacco della ragione e dissoluzione del soggetto nel pensiero contemporaneo*, Torino 1997.

⁴⁷ Il dibattito sulla “crisi del diritto” in Italia, a ben vedere, è iniziato già nel secondo dopoguerra. Nel 1950, in primavera, la facoltà giuridica patavina organizzò una serie di conferenze sulla “*crisi del diritto*” (poi raccolte nel volume *La crisi del diritto*, edito, nel 1952, a Padova per i tipi della Cedam). Due anni prima, fu S. PUGLIATTI a parlare, nel 1948, in seno al XV° Congresso Nazionale di Filosofia, di “*Crisi della scienza giuridica*”, dichiarando che “*se il divenire venga a creare un dissidio tra vita sociale e ordine giuridico, questo dovrà conformarsi a quella magari rinunciando a magnifiche architetture consolidate*” (cfr. S. PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica*, ora in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978). Anche “*l'infaticabile costruttore di concetti*” (come lo stesso Francesco Carnelutti si definì, cfr. F. CARNELUTTI, *La prova civile – Parte generale – Il concetto giuridico di prova* [1947], Introduzione alla ristampa, Milano, 1992, p. 4) parlava della “*crisi della legge, del processo, del contratto*” (F. CARNELUTTI, *La crisi del diritto*, in “*Giurisprudenza italiana*”, XCVIII [1946], col. 66 ss.).

⁴⁸ Tanto che risulta ancora attuale il saggio di F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. Civ.*, 2006, II, 329 ss..