
TRIBUNALE DI VENEZIA, Sezione Fallimentare, 19
marzo 2010 - SIMONE *Presidente* - RIGONI *Estensore*.

CONCORDATO PREVENTIVO - POSTERGAZIONE VOLONTARIA DEL CREDITO - DIRITTO
DI VOTO - ESCLUSIONE

(Legge fallimentare, art. 177).

In sede di approvazione del concordato preventivo, il creditore che si è volontariamente postergato non ha diritto di voto.

(*Omissis*). - MOTIVI DELLA DECISIONE.

Visto il ricorso per ammissione al concordato preventivo depositato in data 15.3.2010 da Artech s.n.c. in liquidazione di D.C. e M.C. e vista la modifica della proposta di concordato depositata il 23.4.2010; visto il provvedimento 18.3.2010 con il quale è stata dichiarata aperta la procedura di concordato preventivo, vista la relazione sui voti depositata dal Commissario Giudiziale e sentito il proponente su tale ultima relazione; si osserva:

Il piano concordatario, come modificato, prevede il soddisfacimento integrale delle spese di giustizia, dei creditori privilegiati e la soddisfazione in percentuale dei creditori chirografi.

Il predetto piano si fonda sulla liquidazione dei beni sociali, sulla messa a disposizione da parte della signora G.G. di Euro 111.000,00 e sulla postergazione di crediti della stessa G.G., di V. s.a.s. e di N. s.r.l.

Il Commissario Giudiziale, nella sua relazione sull'esito dei voti espressi dai creditori, ha indicato come raggiunta la maggioranza richiesta per l'approvazione del concordato, sia considerato il voto della signora G.G. (madre dei soci della società proponente e che ha espresso il voto sia a titolo personale che in qualità di legale rappresentante di V. s.a.s.: 60,30%) sia non considerando tale voto (55,99% e 54,72% a seconda dell'ammontare del credito: Euro 25.000,00 o Euro 40.000,00). Sempre, però, tenendo conto del voto espresso dai creditori volontariamente postergatisi.

Nell'ipotesi in cui, invece, non si tenesse conto di detti creditori, il Commissario Giudiziale ha indicato la percentuale raggiunta come di-

minuita al 49,04% o 48,20% (a seconda dell'ammontare del credito della signora G.G.).

Orbene, ritiene questo Collegio che non sia stata raggiunta la maggioranza richiesta per l'approvazione del concordato.

A parere di questo Collegio, infatti, ai creditori volontariamente postergatisi non può essere attribuito il diritto di voto.

È pur vero che detti creditori non hanno rinunciato al loro credito, avendo, invece, subordinato il suo soddisfacimento all'esistenza di un residuo attivo dopo il pagamento degli altri creditori, ma si tratta, comunque, di creditori che non entrano a far parte del concorso concordatario.

Conseguentemente essi non possono esprimere il voto con riferimento a una proposta concordataria e ad un percorso dal quale rimangono estranei.

Vero è, infatti, che a detti creditori postergati non può essere consentito, con il loro voto, di determinare le sorti del concordato preventivo, quando la loro soddisfazione è prevista soltanto come eventuale.

Né diversamente può argomentarsi dalla decisione della Suprema Corte (Cass. N. 2706 del 4.2.2009, che, peraltro, attiene alla diversa ipotesi di crediti di rimborso dei soci per finanziamenti effettuati a favore della società: art. 2467 c.c.).

Infatti, anche la Suprema Corte, in tale pronuncia, ha addirittura ritenuto che i creditori postergati per legge non possano essere inseriti nel piano.

Nella parte motiva della sentenza si legge, invero, che «non è consentito ritenere che siano portatori di “interessi economici omogenei” i soci finanziatori ed i terzi creditori e non può considerarsi quindi rispondente alla previsione di legge il loro inserimento nel piano». Il loro inserimento, infatti, può avvenire, secondo il giudice di legittimità, solo qualora il piano medesimo preveda la deroga al principio della postergazione.

Nel quale caso, tutt'al più, la soluzione indicata dalla Suprema Corte, portata agli estremi e volendo attribuire ai creditori postergatisi volontariamente diritto di voto (ciò che qui si nega), condurrebbe nella specie a ritenere sostanzialmente sussistente (e, quindi, non creata d'ufficio, attesa l'evidente disomogeneità di interessi tra creditori chirografari e creditori postergati) una classe di creditori postergati.

Anche in tale ipotesi, dunque, il concordato non sarebbe stato approvato con le maggioranze richieste, atteso che, pur sussistendo la maggioranza dei creditori aventi diritto al voto, non risulta, invece, raggiunta la maggioranza nel maggior numero di classi, essendo le classi due, per una delle quali non sarebbe stata raggiunta la maggioranza. Tutto ciò posto, non avendo la proposta concordataria raggiunto l'approvazione della maggioranza prescritta, la stessa va dichiarata inammissibile.

Concordato preventivo, postergazione volontaria del credito e diritto di voto

Mauro Pizzigati

Docente di Diritto fallimentare nell'Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. - 2. La natura della postergazione (rinuncia al concorso ed alla *par condicio creditorum?*, *pactum de non petendo ad tempus?*, remissione del debito?). - 3. La legittimità della postergazione. - 4. La postergazione come garanzia “atipica” di esecuzione del concordato. - 5. Formalizzazione della postergazione e suo collegamento funzionale con la proposta di concordato. - 6. Crediti postergati e diritto di voto nel concordato.

1. Premessa introduttiva

Prima di scendere nell'esame del provvedimento, appaiono qui opportune ed anzi indispensabili alcune premesse generali in tema di postergazione volontaria del credito nella procedura concordataria.

È noto che, nel concordato (preventivo o fallimentare), accanto alle tradizionali garanzie reali o personali, sono riconosciuti come ammissibili anche altri strumenti, comunque destinati ad assicurare l'adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore principale e, tra questi, assume un ruolo rilevante la cd. postergazione volontaria dei crediti.

La proposta di concordato è spesso accompagnata da dichiarazioni con le quali taluni creditori accettano di “postergare” il soddisfacimento dei loro diritti a quello degli altri creditori, subordinando il pagamento dei loro crediti all'esistenza di un eventuale residuo attivo disponibile: è in questo senso che si parla di postergazione nel concordato.

Il ricorso all'istituto si è fatto sempre più frequente nella pratica del concordato⁽¹⁾, in quanto la dichiarazione di postergazione, da parte del creditore, ha l'effetto di ridurre il passivo concorsuale e questo rappre-

(1) Sulla postergazione nel concordato, in generale, cfr. A. TULLIO, *La postergazione*, Padova, 2009, p. 166 ss.; S. LOCORATOLO, *Postergazione dei crediti e fallimento*, Milano, 2010, p. 145 ss.

senta un indubbio vantaggio per gli altri creditori, i quali, a fronte di tale riduzione del passivo, vedono correlativamente aumentare la possibilità di ottenere un migliore soddisfacimento dei loro crediti⁽²⁾.

Si può intuire che la rilevanza della postergazione, nell'economia delle procedure concordatarie, non è affatto trascurabile e si può comprendere il motivo per cui è tuttora vivo il dibattito se la postergazione possa essere considerata (o meno) come una garanzia ammissibile nel contesto di una procedura concordataria.

Si tratta, in altri termini, di determinare se la postergazione, una volta che ne sia stata riconosciuta la funzione di garanzia, magari "atipica", possa essere considerata come idonea ad assicurare il concordato o se, piuttosto, essa debba essere apprezzata come una forma di "copertura supplementare", che deve accompagnare altre garanzie offerte dal debitore, assolvendo così allo scopo di contribuire a renderle operanti ed efficaci.

2. La natura della postergazione (rinuncia al concorso ed alla *par condicio creditorum?*, *pactum de non petendo ad tempus?*, *remissione del debito?*)

Circa la natura giuridica dell'istituto (problema, questo, che suscita tuttora divisioni) vi sono coloro che identificano nella dichiarazione di postergazione una rinuncia al concorso in termini di parità di trattamento con gli altri creditori, anche se tale rinuncia avviene per rendere più sicuro il soddisfacimento di questi ultimi⁽³⁾.

Altri ritengono che si tratti di un *pactum de non petendo ad tempus*⁽⁴⁾ o, ancora, di una remissione del debito, sottoposta alla condizione del

(2) V. L. SILENZI, *Sulla postergazione dei crediti nel concordato preventivo*, in *Temi*, 1967, p. 527 e, in *giurispr.*, Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, in *Dir. Fall.*, 1959, II, p. 608.

(3) Cfr. A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Comm.rio Scialoja e Branca alla legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1984, p. 51; G.F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 123 ss.; M. FABIANI, *Ammissione al procedimento*, in *Il concordato preventivo*, in *Fall.*, 1992, p. 233 e, *ivi*, p. 239, nt. 62; G.B. PORTALE, *La ricapitalizzazione delle aziende di credito (problemi e ipotesi)*, Milano, 1983, p. 28; G. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974, p. 1033; L. SILENZI, *op. cit.*, p. 529 e (scusandomene) mi sia permesso di rinviare anche al mio precedente contributo, *Postergazione di credito come garanzia nel concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 284 ss.

(4) Per un approfondimento dell'istituto, di derivazione germanica v., in part., F. RUSCELLO, in *Pactum de non petendo e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 198; F. GALLO, *Sull'asserita sopravvivenza del pactum de non petendo nel diritto civile italiano*, in *Foro it.*, 1960, IV, p. 129 ss.; M. SARGENTI, *Pactum de non petendo e remissione del debito*, in *Foro pad.*, 1959, I, p. 299 ss.

soddisfacimento degli altri creditori⁽⁵⁾. L'opinione di chi sostiene che la postergazione possa essere inquadrata come una rinuncia al concorso in termini di parità di trattamento con gli altri creditori, è giustificata dalla constatazione che la partecipazione al concorso e le modalità del medesimo costituiscono, per il creditore, un diritto disponibile⁽⁶⁾.

Infatti ogni creditore è libero di decidere se e come partecipare alla procedura concordataria ed ha, quindi, la facoltà di disporre delle sue ragioni di credito, in funzione dei propri interessi e, di conseguenza, nulla gli vieta di proporre la postergazione delle stesse.

Secondo questo orientamento, chi dichiara di postergarsi rinuncia sostanzialmente a partecipare alla ripartizione delle attività concordatarie, ma ciò avviene in una misura che non è determinabile a priori, e che può, invece, essere quantificata solamente quando siano stati soddisfatti gli altri creditori e se, dopo tale soddisfacimento, si sia verificata l'esistenza di un residuo attivo⁽⁷⁾.

La prospettazione della postergazione come *pactum de non petendo ad tempus* è stata proposta, invece, da chi ritiene che la postergazione nel concordato possa essere ricondotta sostanzialmente ad una dilazione del termine⁽⁸⁾.

Giuridicamente la dilazione del termine modifica solo le "modalità cronologiche del rapporto", alterandone il regolamento, ma non l'oggetto o il titolo.

Tuttavia l'inquadramento della postergazione come *pactum de non petendo ad tempus* non sembra che possa liberare il campo da tutti i problemi, da momento che è stata correttamente posta in luce, a mio avviso, l'impossibilità di ritagliare uno spazio autonomo al *pactum de non petendo* in modo da distinguerlo, in modo agevole, dalla remissione del debito⁽⁹⁾.

(5) Così F. FERRARA, A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 207, nt. 2; G. BOZZA, *La proposta di concordato fallimentare*, in *Fall.*, 1989, p. 129 ss.; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1979, p. 46. In giurisprudenza, sul tema, cfr. Trib. Firenze, 7 giugno 1954, in *Giur. tosc.*, 1954, p. 370 ss.; App. Firenze, 21 dicembre 1956, in *Giust. civ. Mass.*, 1956, p. 495; Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, *loc. cit.*

(6) In dottrina v. G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 136; L. PANZANI, in *Concordato preventivo, creditori postergati e diritto di voto*, in *Fall.*, 1985, p. 1065 ss.; G.B. PORTALE, *op. cit.*, p. 28; in giurisprudenza, v. Trib. Pordenone, 18 ottobre 1984, in *Fall.*, 1985, p. 1057; Trib. Padova, 5 maggio 1986, in *Fall.*, 1987, p. 73.

(7) V., in argomento, G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 133; M. PIZZIGATI, *op. cit.*, p. 289.

(8) Così F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 199, ma, sul tema più ampio della dilazione del termine, v. anche P. PERLINGIERI, *La dilazione come vicenda modificativa del regolamento del rapporto*, in *Dir. e giur.*, 1969, p. 699 ss. e, più specificamente, con riferimento al concordato, A. BASSI, *La dilazione di pagamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo e fallimentare*, in *Fall.*, 1983, p. 998.

(9) Cfr. F. GALLO, *op. cit.*, p. 129; M. SARGENTI, *op. cit.*, p. 299 e, in giurispr., sul tema,

Vi è, infine, anche in relazione alle considerazioni appena espresse, chi inquadra la postergazione direttamente nell'ambito della remissione di debito, seppur soggetta a condizione: se, dopo il pagamento degli altri creditori, non vi è un residuo dell'attivo concordatario, con il quale provvedere, entro questi limiti, al soddisfacimento del credito postergato, quest'ultimo viene meno ed il correlativo debito si estingue, con la conseguenza che il creditore non soddisfatto durante la procedura non può più far valere il suo credito nei confronti del debitore tornato *in bonis*, nemmeno nei limiti della percentuale stabilita nel concordato⁽¹⁰⁾.

Ciò che, invece, è ammesso da parte di coloro che, come sopra si è detto, inquadrano la postergazione come una rinuncia al concorso.

Così riassunte, molto sinteticamente, le diverse e principali impostazioni circa la natura della postergazione, mi sembra di poter affermare che la tesi della rinuncia dei creditori che si postergano, all'applicazione nei loro confronti della *par condicio creditorum* ed a partecipare, quindi, al concorso con le modalità sopra precisate, sia la più condivisibile.

Infatti il richiamo al *pactum de non petendo ad tempus*, anche ove si intenda accoglierne la distinzione rispetto alla remissione del debito, pone comunque seri interrogativi circa la sorte del credito e la possibilità, da parte del creditore postergato, di poter, ad un certo momento, pretendere l'adempimento.

D'altro canto, l'accostamento della postergazione alla remissione del debito non pare idonea a giustificare la conservazione di vari diritti, che certamente continuano a spettare al creditore postergato e che non subiscono alcuna alterazione a seguito della dichiarazione di postergazione.

Tema che, nello specifico, sarà più oltre trattato, mentre qui basta osservare che, con la postergazione, non vengono meno né il credito, né i poteri processuali del creditore, ma soltanto il diritto a partecipare al concorso sullo stesso piano degli altri creditori.

Con la dichiarazione di postergazione si rinuncia in sostanza – ed è bene ripeterlo – al soddisfacimento immediato del proprio credito e si accetta di beneficiare di quanto possa eventualmente residuare, in un momento futuro, dopo il pagamento degli altri creditori⁽¹¹⁾.

v. App. Roma, 28 ottobre 1971, in *Dir. fall.*, 1972, II, p. 323; Cass., 12 luglio 1958, n. 2539, in *Foro pad.*, 1959, I, p. 299.

(10) Cfr., in part., E. TILOCCA, *Remissione del debito* (voce), in *Noviss. Digesto It.*, XV, Torino, 1968, p. 390; ma v. anche, in argomento, F. FERRARA, A. BORGIOLI, *op. cit.*, p. 207, nt. 2 e, in giurisprudenza, Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, *loc. cit.*

(11) Cfr. in part., in giurispr., Trib. Parma, 10 luglio 1964, II, p. 290 e Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, *loc. cit.*

In altri termini e secondo una diversa prospettiva, si può affermare e riconoscere che la postergazione non ha un effetto abdicativo sul credito, ma, piuttosto, sul diritto ad un trattamento paritario, in sede di soddisfacimento, nel concorso con gli altri creditori.

E, conseguentemente, il vero oggetto dell'abdicazione non è la rinuncia al soddisfacimento del credito, bensì la rinuncia ad un trattamento, nell'ambito del concorso, conforme ai principi connessi all'esigenza del rispetto della *par condicio creditorum*⁽¹²⁾.

3. La legittimità della postergazione

Così delineata la postergazione nel concordato, è inevitabile dover rispondere al quesito se essa sia o meno legittima nel nostro ordinamento.

In generale, le critiche che più spesso vengono mosse per negare la legittimità del ricorso all'istituto, sono state fondate, principalmente, sul rifiuto a considerare la postergazione come garanzia e sulla violazione della *par condicio creditorum* che il ricorso ad essa produrrebbe.

È bene qui affrontare, per primo, quest'ultimo argomento: quello della presunta lesione che la postergazione produrrebbe al principio della *par condicio creditorum*, nel senso che essa darebbe origine ad una disparità di trattamento tra i creditori, costituendo, per alcuni di essi (quelli non postergati) posizioni di vantaggio che non troverebbero alcuna giustificazione nella legge.

La *par condicio creditorum* identifica la situazione in virtù della quale i creditori che si trovano a concorrere nei confronti del proprio comune debitore, aggredendone il patrimonio, hanno diritto ad un'assoluta parità nel soddisfacimento delle loro ragioni creditorie, fatte salve le cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.).

Orbene, la postergazione, secondo un certo orientamento, lederebbe il principio della *par condicio*, non venendo osservato il disposto normativo, il quale fa obbligo di proporre a tutti i creditori il soddisfacimento del loro credito, nei termini, con le modalità e con il contenuto indicati nella legge fallimentare.

Tale approccio, peraltro, non mi sembra accoglibile, poiché per un verso urta palesemente contro il già ricordato principio della disponibilità del proprio diritto da parte del creditore e, per altro verso, la posterga-

(12) V., sul punto, G. LANDOLFI, *Le garanzie atipiche nel concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 1993, II, p. 1166; G.G. PETTARIN, *La postergazione dei crediti nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 1990, p. 626 ss.; M. PIZZIGATI, *op. cit.*, p. 289 e, in giurisprudenza, Trib. Parma, 10 luglio 1964, *loc. cit.*; Trib. Milano, 26 ottobre 1989, in *Fall.*, 1990, p. 624.

zione è produttiva di vantaggi per il debitore (il quale vede diminuire il passivo concordatario) e, soprattutto, non lede alcun interesse dei creditori non postergati⁽¹³⁾.

La postergazione genera, in definitiva, una particolare categoria di crediti, oltre a quelle ben note (crediti di massa, crediti muniti di prelazione, crediti chirografari), la quale, in sede concorsuale, ha la possibilità di venire soddisfatta solo dopo il soddisfacimento degli altri creditori e nei limiti della percentuale prevista nel concordato⁽¹⁴⁾.

4. La postergazione come garanzia “atipica” di esecuzione del concordato

Sotto il profilo della legittimità dell'utilizzo di dichiarazioni di postergazione, nell'ambito di un concordato, l'altro interrogativo posto con frequenza è quello che riguarda la possibilità di apprezzare la postergazione come garanzia valida ai fini del concordato stesso.

Al proposito va rilevato, da subito, che l'art. 124 l.fall., per ciò che riguarda il concordato fallimentare, non richiede alcuna forma specifica e tipica di garanzia⁽¹⁵⁾ e, pertanto, spetta ai creditori, in sede di votazione sulla proposta e, poi, al tribunale in sede di omologazione, valutare, ognuno per quanto di competenza, la validità del piano proposto.

In generale può essere, peraltro, considerata come garanzia ammissibile qualsiasi mezzo che risulti idoneo a fornire alla proposta i necessari requisiti di serietà.

E identica conclusione può essere adottata anche con riferimento al concordato preventivo.

È in questo contesto che, per ciò che riguarda la postergazione nel concordato, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che «costituisce garanzia di esecuzione del concordato l'impegno del creditore di postergare i propri crediti, assunto con dichiarazione, allorché, a seguito della riduzione del passivo verificatasi con la postergazione, l'attivo sia tale da assicurare l'adempimento degli obblighi concordatari»⁽¹⁶⁾.

Ed è sempre in questo contesto che la configurabilità della poster-

(13) Così R. PROVINCIALI, in *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, IV, p. 2237; L. PANZANI, *op. cit.*, p. 628.

(14) Cfr., in tema, G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 141; G.G. PETTARIN, *op. cit.*, p. 626.

(15) V., sul punto, F. DI SABATO, *L'assuntore del concordato fallimentare*, Napoli 1960, p. 81; R. PROVINCIALI, *op. cit.*, III, p. 1799.

(16) Così Trib. Venezia, 10 maggio 1974, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 284.

gazione come garanzia “atipica” nel concordato fallimentare è oggi accettata da larga parte della dottrina e della giurisprudenza e tale impostazione è stata estesa pure al concordato preventivo⁽¹⁷⁾, anche se si è ritenuto doverosamente opportuno precisare che la postergazione deve servire a ridurre, con sicurezza, il passivo entro i limiti necessari per far divenire efficienti ed operanti le altre modalità offerte di soddisfacimento dei crediti e rappresenta, nello stesso tempo, il *quid pluris* che rende conveniente il concordato per i creditori non postergati⁽¹⁸⁾.

Comunque la si veda, se si concorda sul fatto che la postergazione deve ridurre il passivo concordatario, al punto da rendere conveniente, per gli altri creditori, la proposta del debitore e se si ammette che, con tale diminuzione del passivo, la massa attiva diviene sufficiente a consentire la realizzazione del concordato, non si può non condividere, allora, l’opinione che considera la postergazione come un’idonea garanzia di esecuzione del concordato⁽¹⁹⁾.

Del resto la postergazione, avendo effetto nello stesso momento in cui il creditore (che si posterga) si obbliga con la propria dichiarazione, non costituisce solamente una promessa ma, limitando il concorso paritario sui beni del debitore, offre un beneficio immediato e diretto, che non soffre alcun rischio di realizzo, come invece può accadere per altre garanzie⁽²⁰⁾.

La postergazione risulta essere, pertanto, una garanzia sicura: ragione in più per non negare all’istituto il ruolo che gli si è attribuito.

In conclusione, si ritiene di poter aderire all’orientamento che ha inteso classificare la postergazione tra le garanzie ammissibili sia nel concordato fallimentare che in quello preventivo ed essa va senz’altro considerata come un mezzo di garanzia “atipico”, fatti salvi gli approfondimenti e le precisazioni che, qui di seguito, si reputano ulteriormente necessari.

(17) Cfr. in part., in giurispr., Trib. S. Maria Capua Vetere, 25 maggio 1990, in *Dir. Fall.*, 1992, II, p. 216; Trib. Roma, 14 marzo 1991, in *Dir. Fall.*, 1991, II, p. 1001; in dottrina G.G.PETTARIN, *op. cit.*, p. 286, nt. 5.

(18) In argomento cfr. Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, *loc. cit.*, nonché Trib. Ravenna, 25 ottobre 1993, in *Fall.*, 1994, p. 775 e, in dottrina, G. BOZZA, *op. cit.*, p. 144.

(19) V. Trib. Venezia, 10 maggio 1974, *loc. cit.*

(20) Così Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, *loc. cit.*

5. Formalizzazione della postergazione e suo collegamento funzionale con la proposta di concordato

Come si è detto, la postergazione si realizza con una dichiarazione con cui si prevede che il soddisfacimento del credito postergato avvenga, in via eventuale, solo dopo il soddisfacimento degli altri creditori.

È peraltro chiaro che la dichiarazione di postergazione deve essere formalizzata, facendo in modo che siano espressi inequivocabilmente gli effetti che si desidera che abbiano origine da essa, onde evitare che vi possano essere dubbie interpretazioni in ordine al suo contenuto ed al suo significato⁽²¹⁾.

In proposito, la dottrina e la giurisprudenza sono prevalentemente concordi nel ritenere che la postergazione debba reputarsi valida esclusivamente a condizione che essa faccia parte della proposta di concordato⁽²²⁾, perché solo in tal modo i creditori possono conoscerne il reale contenuto.

Il principio, infatti, è che i creditori non postergati debbono avere modo di valutare correttamente la proposta⁽²³⁾ e se è vero, come è stato già posto in luce, che la postergazione ha l'effetto di ridurre il passivo, in modo che l'attivo risulti tale da assicurare l'adempimento degli obblighi concordatari, la dichiarazione di postergazione non può che essere parte della proposta di concordato o, quantomeno, essa deve essere presentata con un atto funzionalmente collegato⁽²⁴⁾ e che deve essere considerato, però, in ogni caso, come parte integrante della proposta stessa.

(21) In questo senso, v. G. BOZZA, *op. cit.*, p. 135, nt. 21.

(22) V., in dottrina, U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure commerciali*, Torino, 1961, p. 954; G. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare, cit.*, p. 1033; G.G. PETTARIN, *op. cit.*, p. 624 e, in giurisprudenza, Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, *loc. cit.*, Trib. Milano, 26 maggio 1967, *loc. cit.*

(23) Sul punto v. G. SCHIAVON, *Sulla modificazione della proposta di concordato preventivo e sulle garanzie costituite dagli stessi beni del debitore*, in *Fall.*, 1986, I, p. 79 ss.; L. SILENZI, *op. cit.*, p. 529; ma cfr. anche, seppur con un diverso approccio al tema, L. PANZANI, *op. cit.*, p. 1066 e, in giurispr., Trib. Milano, 26 maggio 1967, *loc. cit.*; Trib. Pordenone, 18 ottobre 1984, *loc. cit.*

(24) Così Trib. Venezia, 10 maggio 1974, *loc. cit.*

6. Crediti postergati e diritto di voto nel concordato

Ma è bene esaminare, giunti a questo punto e sulla scorta di quello che si è avuto modo sin qui di approfondire, se sia condivisibile o meno il principio espresso nel provvedimento qui commentato e secondo cui, nel concordato preventivo, «ai creditori volontariamente postergatisi non può essere attribuito il diritto di voto»⁽²⁵⁾.

Per giungere a siffatta conclusione è dato leggere, in precedenza, che «se è vero che detti creditori non hanno rinunciato al loro credito, avendo, invece, subordinato il suo soddisfacimento all'esistenza di un residuo attivo dopo il pagamento degli altri crediti, si tratta, comunque, di creditori che non entrano a far parte del concorso concordatario e, conseguentemente, essi non possono esprimere il voto con riferimento ad una proposta concordataria e ad un concorso al quale rimangono estranei».

«Vero è infatti - prosegue il provvedimento - che a detti creditori postergati non può essere consentito, con il loro voto, di determinare le sorti del concordato preventivo, quando la loro soddisfazione è prevista solo come eventuale».

Orbene: ritiene chi scrive che sicuramente sia da approvare l'inquadramento della postergazione effettuato nel provvedimento, perfettamente in sintonia con quello che si è sopra proposto e secondo cui la postergazione non implica affatto una rinuncia al credito, ma, piuttosto, una rinuncia al concorso.

Non è, però, del pari accoglibile la conclusione finale in esso adottata e, cioè, che ai creditori volontariamente postergatisi non spetterebbe il diritto di voto con riferimento ad una proposta e ad un concorso ai quali essi sarebbero estranei e non potendosi, al contempo, concepire che siano essi, con il loro voto, a determinare, se del caso, le sorti del concordato.

Non può infatti sfuggire, per quanto si è - sin qui - posto in luce, che la rinuncia al concorso da parte del creditore che si è volontariamente postergato, non ha carattere assoluto ed incondizionato (chè, se così fosse, si dovrebbe correttamente escludere la sua legittimazione al voto, poiché egli non potrebbe più considerarsi come un creditore concorrente in sede concordataria), ma si tratta, per contro, di una rinuncia a partecipare al concorso alle medesime condizioni degli altri creditori e, pertanto, di una rinuncia ad essere trattato, in sede di concordato, nel rispetto della *par condicio creditorum*.

(25) Sul tema del diritto di voto nel concordato, con riferimento al creditore postergato, v., in generale, S. LOCORATOLO, *op. cit.*, p. 153 ss.

In altre parole, il creditore volontariamente postergato continua ad essere un creditore concorrente, ma che accetta, quale soddisfacimento delle sue ragioni creditorie, quanto eventualmente dovesse residuare dopo la ripartizione delle attività concordatarie e sempre che siano, con esse, state soddisfatti, del tutto, gli altri creditori.

Il che significa, ancora, che la misura della rinuncia della partecipazione al concorso non è (come si è già osservato) totale, né è determinabile a priori, ma solo dopo l'avvenuto soddisfacimento degli altri creditori.

Ed è proprio per questo che è stato rilevato che il vero oggetto dell'abdicazione, da parte del creditore postergato, non è la rinuncia al soddisfacimento del credito, bensì la rinuncia ad un trattamento, nell'ambito del concorso, conforme ai principi dettati dalla *par condicio creditorum*⁽²⁶⁾.

Se è vero tutto questo, come sembra difficile poter contestare, è palese, allora, che la negazione del diritto di voto sostenuta nel provvedimento non è divisibile, per tutte le ragioni espresse.

Ma vi è di più: non può non destare qualche perplessità anche l'assunto che il diritto di voto non spetterebbe al creditore volontariamente postergatosi, stante la sua (ritenuta) "estraneità" alla proposta di concordato ed al conseguente concorso concordatario e dato che il suo soddisfacimento risulterebbe soltanto eventuale.

Si deve riflettere, infatti, che l'intima ragione che spinge un creditore a postergare il soddisfacimento del proprio credito è (sempre e) proprio quella di favorire la soluzione concordataria.

Tant'è che, come già è stato osservato, i più reputano che la postergazione deve essere parte integrante della proposta o, comunque, deve essere presentata come un atto funzionalmente collegato a quest'ultima⁽²⁷⁾.

Dunque, in questo contesto non è dato comprendere, francamente, ove possa risiedere l'"estraneità" del creditore volontariamente postergato rispetto alla proposta di concordato ed al susseguente concorso e, anzi, si può sostenere con sicurezza che la posizione del creditore volontariamente postergato è connessa intimamente alla sorte positiva del concordato, essendo addirittura stata effettuata la (dichiarazione di) postergazione proprio per agevolare la conclusione, in senso favorevole, della procedura concordataria.

E, se così è, è conseguentemente logico ed evidente che, anche sotto questo profilo, deve essere riconosciuto il diritto di voto.

D'altronde, anche da un punto di vista strettamente normativo, la negazione al creditore postergato della legittimazione al voto, appare

(26) Cfr. *supra*, par. 2.

(27) Cfr. *supra*, nt. 24.

in palese contrasto, ad avviso di chi scrive, con la *ratio* delle disposizioni che riguardano la disciplina del voto nel concordato (fallimentare e preventivo).

Ed invero, il principio a cui si informano gli artt. 127 e 177 l.fall. è, come è noto, quello di limitare il voto a coloro che, non essendo titolari di un credito garantito da un diritto di prelazione, hanno minori possibilità di soddisfacimento.

In questo senso si spiega l'esclusione dalla legittimazione al voto dei creditori muniti di privilegio, pegno e ipoteca (a meno che non rinunzino al diritto di prelazione, sulla base di quanto disposto nelle richiamate norme).

Essi, infatti, non subiscono l'efficacia remissoria del concordato e non vengono, quindi, ammessi alla votazione, mentre, al contrario, i creditori chirografari sono esposti agli effetti della falciida concordataria e deve essere, quindi, riconosciuto loro il diritto di disporre, sia pure a maggioranza, dell'integrità del proprio credito⁽²⁸⁾.

È anche in questo quadro che il problema della legittimazione al voto dei creditori postergati va risolto positivamente⁽²⁹⁾, in quanto, se la *ratio*, come si è ricordato, è quella di escludere dal voto chi non deve sopportare la falciida concordataria, sembra opportuno e logico garantire il diritto in questione a coloro che - per propria volontà - la subiscono ed addirittura in misura maggiore rispetto ai creditori chirografari, essendo il loro credito "retrocesso", quanto al soddisfacimento, rispetto a tutti, compresi questi ultimi.

Il creditore postergato mantiene pertanto, nel corso della procedura, il suo "*status*" e non vengono meno né il credito, né i poteri processuali dello stesso, cosicché non c'è ragione alcuna che questi perda il diritto di voto⁽³⁰⁾, al quale ha, peraltro, un persistente interesse, diversamente

(28) Cfr., per questi profili, Trib. Pordenone, 18 ottobre 1984, *loc. cit.*

(29) Favorevoli ad attribuire la legittimazione al voto ai creditori volontariamente postergati, in dottrina, A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, cit., p. 51; G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, pag. 141; F. FERRARA, A. BORGIOI, *op. cit.*, p. 207, nt. 2; D. DI GRAVIO, *Il concordato preventivo misto e la cessione di azienda*, in *Dir. Fall.*, II, p. 1001; E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, Padova, 1990, p. 492; A. MAFFEI ALBERTI, *Prestiti postergati e liquidazione coatta amministrativa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1983, II, p. 22 e, *ivi*, p. 29; G.G. PETTARIN, *op. cit.*, p. 628; G. RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.*, p. 1039; R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 451, nt. 48. Inoltre, in giurispr., tra altre, v. in part. Trib. Milano, 26 maggio 1967, *loc. cit.*, Trib. Pordenone, 18 ottobre 1984, *loc. cit.*; Trib. Padova, 5 maggio 1986, *loc. cit.*

(30) Dal resto, va anche ricordato che l'esclusione dal creditore del voto ha natura del tutto eccezionale e riguarda il creditore munito di prelazione, ove non vi rinunzi, come per legge indicato (art. 177, co. 2, l.fall.), nonché il coniuge del debitore, i suoi parenti ed affini

da quanto affermato nel provvedimento, ove si consideri che la dichiarazione di postergazione, come già si è evidenziato, è collegata sempre, funzionalmente, alla proposta di concordato e diviene sostanzialmente efficace solo se ed in quanto il concordato venga omologato⁽³¹⁾.

Del resto, una conferma all'indirizzo appena espresso può provenire anche dalla considerazione che non si possono ravvisare ragioni convincenti per affermare che al creditore postergato debba essere riservata una tutela diversa da quella garantita ai c.d. creditori "condizionali".

Come è noto, i creditori "condizionali" sono crediti da considerare già perfetti da un punto di vista negoziale, ma la cui efficacia o cessazione di efficacia è collegata al verificarsi o meno di un determinato evento.

Tali crediti partecipano al concorso (art. 55 l.fall.), vengono ammessi al passivo con riserva (art. 95 l.fall.) ed hanno diritto a che le somme loro assegnate vengano accantonate sia in occasione delle ripartizioni parziali (art. 113 l.fall.) sia in sede di ripartizione finale (art. 117 l.fall.).

Ciò detto, quello che qui interessa è che l'art. 127¹ l.fall. prevede il diritto di voto nel concordato fallimentare per i crediti ammessi con riserva e anche per i crediti condizionali.

Ora, se si riflette che la postergazione trasforma un credito certo circa il suo ammontare e circa il momento del suo soddisfacimento in un credito incerto proprio su questi stessi due elementi, appare certamente legittimo il parallelo proposto con la disciplina dei "crediti condizionali", anche dal quale dovrebbe risultare chiaro che la legittimità del voto dei creditori postergati nel concordato fallimentare non può essere negata, se non altro ragionando in termini, sotto il profilo qui esaminato, di analogia.

fino al quarto grado, nonché i cessionari ed aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato (art. 177, co. 4, l.fall.). Per l'eccezionalità dell'esclusione in questione, v. S. SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1996, p. 501; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 2299; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1964, p. 574; U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., p. 1542; F. FILOCAMO, in *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni correttive. Commentario teorico-pratico* a cura di M. FERRO, Padova, 2008, p. 1339. In giurisprudenza, Trib. Milano, 9 dicembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 609; Trib. Chieti, 5 settembre 1986, in *Fall.*, 1987, p. 631; Trib. Prato, 16 febbraio 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 1126.

(31) E così è anche nel caso di cui al provvedimento commentato, dal momento che la dichiarazione di postergazione precisa espressamente che non vi è alcuna rinunzia al credito, ma solo la posposizione del soddisfacimento dello stesso a quello, integrale, degli altri creditori e subordina, altresì, la sua efficacia alla «definitività del decreto di omologazione del concordato», sottolineando, ancora, che «ove il concordato non venisse approvato o non venisse omologato, ovvero, comunque, non divenisse definitivo, il credito riacquisterebbe tutte le sue qualità, in ogni sede, compresa quella fallimentare».

Alcune finali considerazioni siano consentite in ordine a quella parte del provvedimento che, per avallare la decisione in esso adottata, ha richiamato la posizione della Suprema Corte di legittimità⁽³²⁾ che, con riferimento all'ipotesi di crediti postergati per legge (*ex artt. 2467 e 2497 quinquies c.c.*) avrebbe addirittura ritenuto che i crediti postergati *ex lege* non possano neppure essere inseriti nel piano concordatario⁽³³⁾.

Ora, al riguardo e per quanto in questa sede possa interessare, ci si limita ad osservare solamente che, qualunque sia la risposta che si intenda fornire circa l'ammissibilità - o meno - nel piano (e, quindi, nel concorso) concordatario di siffatti crediti, una soluzione o l'altra non può rivestire, in concreto, alcuna incidenza sulla conclusione adottata da chi scrive circa la sussistenza, in sede di concordato, della legittimazione al voto in capo al creditore volontariamente postergatosi.

Si dovrebbe invero ritenere più corretta una risposta affermativa, al quesito testè proposto, dal momento che i crediti postergati per legge non rappresentano, in realtà, che la differente "*species*" di un medesimo "*genus*" e, anche a prescindere da questo, non è dato comprendere quali possano essere le plausibili ragioni per escludere dal piano e dal concorso concordatario questi crediti che, comunque, continuano ad essere tali, seppure venendo subordinato il loro soddisfacimento a quello degli altri creditori (così come, avviene, peraltro, nella postergazione volontaria).

Tuttavia, anche opinando diversamente e, cioè, ove si reputasse di dover escludere dal piano e dal concorso i creditori postergati *ex lege*, non può sfuggire che tale operazione non potrebbe in ogni caso essere utilizzata, a nostro parere, per adottare, in via analogica, un'identica conclusione per ciò che concerne i creditori postergatisi volontariamente.

Ed infatti, pur appartenendo entrambe le fattispecie di postergazione ad un medesimo "*genus*", come si è poco sopra detto, appaiono evidenti, però, le differenze tra esse esistenti, sia circa la fonte della postergazione, sia circa le motivazioni ad essa sottostanti, nei due casi.

Da una parte vi è la scelta del creditore che volontariamente posterga il proprio credito ed in un contesto in cui la dichiarazione di postergazione è sempre funzionalmente collegata alla proposta di concordato e diviene sostanzialmente efficace solo se ed in quanto il concordato venga definitivamente omologato.

(32) V. Cass., 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, n. 2, p. 171.

(33) Sui crediti postergati per legge, *ex artt. 2467 e 2497 quinquies c.c.*, cfr., in part., A. TULLIO, *op. cit.*, p. 34 ss. e p. 70 ss.; S. LOCORATOLO, *op. cit.*, p. 3 ss.; G. DE FERRA, *La postergazione del credito del socio finanziatore*, in *Giur. Comm.*, 2010, I, p. 187 ss.

Dall'altra parte vi è una postergazione normativamente imposta negli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c. ed in un contesto in cui essa appare essere quasi una sanzione⁽³⁴⁾, in relazione al fatto che chi ha provveduto al finanziamento avrebbe dovuto effettuare, invece, un conferimento, evitando, così, l'ulteriore indebitamento della società e contribuendo, per contro, doverosamente e ragionevolmente, ad accrescere il capitale proprio della società⁽³⁵⁾.

Si ribadisce dunque (anche alla luce delle osservazioni appena svolte) che, indipendentemente dalla posizione che si intenda attribuire ai creditori postergati *ex lege* con riferimento al concordato⁽³⁶⁾, non può essere posto in dubbio il riconoscimento della legittimazione al voto in capo al creditore postergatosi volontariamente.

Né sembra che le ulteriori considerazioni contenute nel provvedimento possano essere ritenute idonee, in qualche modo, a modificare la soluzione qui offerta.

Non convince, in particolare, l'assunto contenuto nel provvedimento che, anche volendo attribuire, in ipotesi, ai creditori volontariamente postergati il diritto di voto, si dovrebbe, allora, ritenere sostanzialmente sussistente una classe di creditori postergati, «attesa l'evidente disomogeneità di interessi tra creditori chirografari e creditori postergati», discendendo da tale premessa che, nel caso di specie, il concordato non sarebbe stato approvato con le maggioranze richieste, non risultando raggiunta la maggioranza nel maggior numero di classi, essendo le classi due: infatti, senza dirlo (e, anzi, negandolo) il provvedimento finisce con il formare, d'ufficio, delle classi di creditori, allorquando, nel caso concreto, il concordato non prevedeva alcuna formazione di classi: circostanza quest'ultima che è esclusivamente connessa alla "*facultas*"

(34) Con questa impostazione v., in dottrina, P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nelle società di capitali: una proposta di soluzione*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 511, il quale pone in luce che la *ratio* della postergazione, nel caso indicato nel testo, è quella di sanzionare il tentativo di spostare il rischio imprenditoriale sui creditori sociali; A. IRACE, *La riforma della società*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, III, Torino, 2003, *sub art.* 2497 *quinquies*, p. 344.

(35) In questo senso, G.B. PORTALE, in *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, I, p. 679.

(36) È bene qui precisare che, anche optando, come si è inteso fare nel testo, per l'ammissibilità dei creditori postergati *ex lege* nell'ambito del piano e del concorso concordatario, essi dovrebbero peraltro essere soddisfatti solo nella misura in cui dovesse residuare qualcosa dopo il soddisfacimento degli altri creditori, compresi, ad avviso di chi scrive, anche quelli postergati volontariamente: in questo senso cfr. anche F. GALGANO, in *Diritto Commerciale. Le società*, Bologna, 2003, p. 133 s.; e v., altresì, G.B. PORTALE, *op. cit.*, p. 679.

del proponente, cosicché, se quest'ultimo non ha suddiviso i creditori in classi, non può farlo il giudice e, tanto più, ove si consideri che siffatta "facultas" è pacificamente posta nell'interesse del debitore e non è uno strumento di tutela dei creditori⁽³⁷⁾.

Abstract

In the composition with creditors before bankruptcy, the creditor voluntarily deferred, has right to vote. He doesn't renounce the credit, but he accept to participate in arrangement, obtaining the payment only after the payment of all others creditors.

(37) In tema, peraltro con diversi e, talora, contrapposti orientamenti, cfr. G. BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, p. 424; M. FABIANI, *Brevi riflessioni sull'omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, p. 437 ss.; L. PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, in *Fall.*, 2009, p. 800 ss.; D. GALLETTI, *Classi obbligatorie? No grazie!*, in *Giur comm.*, 2010, II, p. 343 ss.; P. CATALLOZZI, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fall.*, 2009, p. 581 ss.; L. D'ORAZIO, *Il rebus delle classi dei creditori ed il controllo del Tribunale*, in *Giur mer.*, 2009, p. 136 ss.; *Id.*, *Le classi "obbligatorie" e la questione di costituzionalità: brevi note*, in *Giur mer.*, 2009, p. 1897 ss.; R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fall.*, 2009, p. 33 ss.