

RECLAMATA

E nei confronti di

PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI CATANIA

All'udienza del 21 settembre 2016 le parti precisavano le loro conclusioni come da verbale in atti e la causa veniva posta in decisione.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. In data 19.11.2014: presentava domanda di concordato preventivo, c.d. in bianco, ai sensi dell'art. 161, comma 6, L. Fall.

Nella domanda si rappresentava da subito che la ricorrente, in data 2.10.2014, aveva concesso in affitto il complesso aziendale avente ad oggetto lo stabilimento mangimistico sito di cui aveva sottoscritto l'intero capitale sociale ed il cui legale rappresentante era la figlia del socio accomandatario.

In data 2.12.2014 il Tribunale di Catania concedeva il termine di gg. 60 per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui all'art. 161, commi 2 e 3, L. Fall., poi prorogato di gg. 60, e nominava il commissario giudiziale.

In data 3.2.2015 il Tribunale di Catania, accogliendo il ricorso presentato da s.r.l. per forniture non pagate di cui a n. 31 fatture emesse tra il 22.8.2014 ed il 31.10.2014, emetteva decreto ingiuntivo n. 473/2015 provvisoriamente esecutivo in danno

L'ingiunta non proponeva opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c. ed il decreto ingiuntivo diveniva definitivamente esecutivo.

In data 19.3.2015 la ricorrente depositava la proposta di concordato preventivo corredata dell'attestazione e della documentazione di legge.

La proposta prevedeva il pagamento integrale, oltre che delle spese di procedura e degli oneri di funzionamento, dei creditori ipotecari e privilegiati ed il pagamento dei creditori chirografari nella misura del 53,13%.

Tra i creditori privilegiati era inserito l'avv.

per un credito di € 21.126,52

Tra i chirografari era inserita la
515.655,53.

per un credito dell'importo di €

Sempre tra i creditori chirografari era inserita anche _____ per diverse partite creditorie tra cui quelle relative a debiti a medio/lungo termine di € 140.736,11 (per il finanziamento n. 741623762.77) e di € 355.625,61 (per il finanziamento n. 741623765.80).

In data 21.5.2015, acquisiti taluni chiarimenti, il Tribunale ammetteva la ricorrente al concordato preventivo e fissava la data dell'adunanza dei creditori per il giorno 14.9.2015.

L'adunanza subiva alcuni rinvii per ragioni di carattere tecnico.

In data 1.2.2016 la ricorrente depositava modifica migliorativa della proposta con cui un soggetto terzo dichiarava di mettere a disposizione dell'incremento della percentuale di pagamento del ceto chirografario la somma di € 500.000,00.

All'adunanza dell'8.2.2016 venivano aperte e chiuse le operazioni di voto.

Dopo la chiusura dell'adunanza la _____ in data 22.2.2016, esprimeva voto contrario.

In data 25.2.2016 perveniva anche la manifestazione di dissenso di _____ nella quale si richiamava espressamente la dichiarazione di credito del 19.2.2016.

Nella detta dichiarazione di credito la banca specificava, in relazione ai due finanziamenti sopra indicati (n. 741623762.77 e n. 741623765.80), che l'ammontare dei suoi crediti era pari, rispettivamente, ad € 130.736,28 (capitale) + € 793,37 (interessi), e ad € 351.960,00 (capitale) + € 2.135,87 (interessi), di poco inferiore, quindi, agli importi indicati in proposta.

Sempre nella stessa dichiarazione di voto _____ esponeva, avuto riguardo ai crediti derivanti dai due finanziamenti appena menzionati, che: *“Le operazioni finanziarie descritte ai punti D), E), F), e G) dalle quali deriva la pretesa creditoria sono garantite dal Fondo di Garanzia per le PMI L. 662/1996 e lo stesso potrebbe surrogarsi, a seguito dell'eventuale escussione della garanzia, nei diritti della banca, nei limiti della percentuale garantita opponendo il privilegio generale di cui all'art. 9 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 123”*.

In data 29 febbraio 2016, ventunesimo giorno successivo alla chiusura dell'adunanza dei creditori atteso che il ventesimo giorno veniva a scadere nella giornata di domenica 28 febbraio, perveniva al commissario giudiziale comunicazione con cui il creditore privilegiato avv.

_____ rinunciava al privilegio e esprimeva voto favorevole alla proposta di concordato.

Con relazione in data 2.3.2016 il commissario giudiziale riferiva che era stata raggiunta la maggioranza del 50,09% di voti favorevoli necessaria, ai sensi dell'art. 177 L. Fall., per l'approvazione del concordato.

In particolare nella detta relazione si legge: *“PASSIVO Nella relazione integrativa dell'1.2.2016, alla quale, unitamente alla relazione ex art. 172 L.F. del 28.12.2015, si rinvia*

per un analitico esame delle singole poste, l'ammontare complessivo del passivo concordatario è stato determinato in € 2.109.624,44 al grado privilegiato ed € 5.724.787,73 al grado chirografario. In data 19.2.2015 il creditore chirografario inviato una dichiarazione di credito sostitutiva di quella precedente, nella quale il credito vantato è stato quantificato in complessivi € 1.195.648,70, a fronte dell'importo di € 1.210.526,07 indicato dalla società debitrice nel piano. Da ciò deriva che l'ammontare complessivo del debito chirografario si riduce di € 14.877,37 giungendo ad € 5.709.910,36. Rispetto al passivo sopra determinato, con dichiarazione pervenuta a mezzo pec entro il termine di cui all'art. 178 L.F., il creditore privilegiato ha manifestato la sua rinuncia al privilegio sul credito di € 21.126,52 ed espresso voto favorevole sulla proposta concordataria. Conseguentemente, a fronte della riduzione del passivo privilegiato, il passivo chirografario deve essere aumentato di € 21.126,52 e può essere definitivamente determinato in complessivi € 5.731.036,88, sul quale il 50% è pari ad € 2.865.518,44.

VOTI CONTRARI ESPRESSI Hanno espresso voto contrario rispetto alla proposta di concordato i seguenti creditori:

(a mezzo pec) € 515.655,53,

mezzo pec) € 8.491,03;

(a mezzo pec) € 1.195.648,70

(a mezzo pec) € 1.088.212,99;

(all'adunanza) € 3.109,55;

a mezzo pec) € 17.101,43;

Totale voti contrari € 2.860.537,19; **VOTI FAVOREVOLI ESPRESSI** Avv. (a

mezzo pec) € 21.126,52 Totale voti favorevoli espressi € 21.126,52 **CONCLUSIONI** Il concordato proposto dalla che non prevede la suddivisione

dei creditori in classi, risulta regolato dall'art. 178, comma 4, L.F., nel testo anteriore all'entrata in vigore del D.L. n. 83/2015 e della legge di conversione n. 132/2015, onde i creditori che non hanno espresso il voto devono essere ritenuti consenzienti. Sul totale dei crediti chirografari ammessi al voto di € 5.731.036,88, il totale dei voti contrari espressi ed ammontanti ad € 2.860.537,19 raggiunge la quota del 49,91%, con la conseguenza che risulta raggiunta la maggioranza del 50,09% di voti favorevoli necessaria, ai sensi dell'art. 177 L.F., per l'approvazione del concordato.”.

Con decreto del 10.3.2016 il Tribunale, avuto riguardo al voto espresso dall'avv.

osservava che: “1) La giurisprudenza afferma la natura perentoria del termine dei venti giorni successivi all'adunanza dei creditori per l'espressione del voto successivamente all'adunanza dei creditori e ha anche dubitato della natura processuale detto termine: ne discende, comunque, che essendo la suddetta espressione di voto pervenuta il ventunesimo giorno successivo all'adunanza non può tenersene conto; 2) Non appare possibile rinunciare

alla qualità di creditore privilegiato successivamente all'adunanza dei creditori".

Riteneva conseguentemente non raggiunta la maggioranza dei voti necessari per l'approvazione del concordato e fissava per la comparizione delle parti, ai sensi degli artt. 179 e 162, comma 2, L. Fall., l'udienza del 21.3.2016.

In data 17.3.2016 depositava note difensive per l'udienza ex art. 179 – 162, comma 2, L. Fall.

In sintesi con esse sosteneva che:

1) il voto espresso era perfettamente valido atteso che l'art. 155, comma 4, c.p.c. era norma di carattere generale che si applicava anche alle procedure concorsuali;

2) un'interpretazione che discriminasse i voti sulla base del momento del loro esercizio, in particolare se espressi prima o dopo l'adunanza dei creditori, sarebbe incostituzionale;

3) non si potevano considerare ai fini del calcolo delle maggioranze i crediti vantati da in quanto gli stessi non risultavano incisi dalla falcidia concordataria:

3.1) in particolare, premesso il principio secondo cui possono votare soltanto i creditori che subiscono la falcidia, nel caso di specie aveva ottenuto, successivamente al decreto ingiuntivo spiccato nei confronti della società in concordato, altro decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo (n. 4533/2015), per l'importo di € 188.565,80, nei confronti di come detto società affittuaria dell'azienda mangimistica, avente ad oggetto il credito relativo a parte delle forniture già azionate con il decreto ingiuntivo n. 473/2015 (emesso nei confronti della , e segnatamente alle forniture di cui alle fatture del mese di ottobre 2014, sul presupposto che le stesse fossero state eseguite dopo l'affitto di azienda ed in funzione dell'attività di impresa esercitata mediante l'azienda affittata: secondo la ricorrente l'avere azionato nuovamente parte del credito oggetto del D.I. emesso in danno di sostenendo che suo debitore, per le forniture successive al 4.10.2014, fosse in via esclusiva e sin dall'origine implicherebbe che, *pro quota*, il credito appostato in proposta in conformità al decreto ingiuntivo n. 473/2015 sfuggirebbe alla falcidia concordataria per essere soddisfatto da un terzo al di fuori del concorso, con la conseguenza che, sempre per la parte "duplicata", il detto credito avrebbe dovuto essere escluso dal montante dei crediti chirografari in relazione al quale calcolare la maggioranza dei crediti ammessi al voto;

3.2) quanto al credito vantato da quest'ultima: "esprimeva voto contrario sottolineando che le relative posizioni finanziarie erano garantite dal Fondo di

Garanzia per le PMI L. 662/1996 e lo stesso fondo avrebbe potuto surrogarsi opponendo il privilegio generale di cui all'art. 9 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 123; pertanto votava senza preventivamente rinunciare al privilegio indicato nella propria dichiarazione di credito del 19 marzo 2016". Secondo la ricorrente, in quanto portatrice di un credito privilegiato ancorché contestato, anche di questo non si sarebbe dovuto tenere conto ai fini del calcolo delle maggioranze atteso che non aveva rinunciato ad escutere la garanzia.

In data 18.3.2016 presentava istanza di fallimento della

All'udienza del 21.3.2016 il Tribunale, in accoglimento di specifica richiesta avanzata dalla proponente, concedeva termine onde potere controdedurre in merito all'istanza di fallimento *medio tempore* presentata.

Alla successiva udienza del 4.4.2016 depositava memorie con cui insisteva ed approfondiva i profili già oggetto delle note precedenti e concludeva chiedendo al Tribunale di:

"1) dichiarare, rispettivamente, la piena validità del voto manifestato dall'avv. la nullità e/o inefficacia dei voti espressi da in relazione agli importi di credito e per i motivi meglio analiticamente indicati nelle note del 17 marzo 2016;

2) dichiarare che la maggioranza di legge è stata raggiunta;

3) fissare l'udienza per il giudizio di omologazione ex art. 180, comma 1, L. Fall.;

4) in via subordinata, ritenuta la rilevanza ai fini di decidere dell'eccezione di illegittimità costituzionale come formulata, e rilevata la non manifesta infondatezza della stessa, rinviare gli atti alla Corte Costituzionale con sospensione del presente procedimento;

5) in via ulteriormente gradata, sospendere e/o rigettare il ricorso per la dichiarazione di fallimento, perché infondato in fatto ed in diritto".

In data 22.4.2016 il Tribunale dichiarava inammissibile il concordato preventivo proposto e, in accoglimento dell'istanza avanzata da s.r.l., ne dichiarava il fallimento.

In estrema sintesi il Tribunale:

a) affrontava la questione della tempestività del voto espresso dall'avv. diffondendosi sulla qualificazione del termine previsto dall'art. 178, comma 1, L. Fall., anche tenuto conto delle conseguenze processuali che dal rispetto o meno dello stesso potevano derivare per il creditore, ed escludendo l'applicabilità dell'art. 155, comma 4, c.p.c. sul

presupposto che, comunque, non si trattasse di un termine processuale;

b) escludeva la tempestività della rinuncia al privilegio in quanto formalizzata dall'avv.

dopo l'adunanza dei creditori (così come espresso al rigo 1 di p. 9 della sentenza, da intendersi alla luce di quanto esposto e testualmente riportato sempre in sentenza alla fine di p. 4 in merito alle ragioni sottese al provvedimento con cui era stata fissata l'udienza ex artt. 179 – 162, comma 2, L. Fall.);

c) riteneva tardive le contestazioni avanzate dalla ricorrente con riferimento ai crediti vantati da in quanto formalizzate dopo la chiusura dell'adunanza dei creditori, citando a sostegno del suo assunto alcune pronunce di legittimità e di merito;

d) nondimeno esaminava nel merito le dette contestazioni ritenendole infondate;

e) dava quindi atto dell'esistenza dei presupposti richiesti dalla legge per la dichiarazione di fallimento.

Avverso la detta sentenza proponeva reclamo ex art. 18 L. Fall. affidato a tre motivi.

Con il primo motivo la reclamante sosteneva che il Tribunale aveva *“errato nel ritenere la proposta di concordato inammissibile in quanto non poteva tenersi conto del voto espresso dal creditore ai fini della determinazione del montante chirografario avente diritto al voto”*.

Nell'articolazione del detto motivo la reclamante si riportava testualmente al contenuto delle memorie del 17 marzo 2016 e del 4 aprile 2016 depositate nel giudizio celebratosi dinanzi al Tribunale ai sensi degli artt. 179 e 162, comma 2, L. Fall. in cui erano esposte, tra l'altro, le ragioni volte a contestare che alla rinuncia al privilegio non potesse addivenirsi dopo la chiusura dell'adunanza (v. p. 37 ss. del reclamo), e quindi sottoponeva a serrata critica la tesi fatta propria dalla sentenza impugnata secondo cui il termine previsto dall'art. 178, comma 1, L. Fall., con scadenza in giorno festivo, non fosse prorogato di diritto al giorno seguente.

Con il secondo motivo di reclamo sosteneva che aveva errato il Tribunale *“nell'omettere la pronuncia sull'eccezione di legittimità costituzionale relativa all'interpretazione che discrimini i voti sulla base del momento del loro esercizio ed, in particolare, se espressi prima o dopo l'adunanza dei creditori”*.

In particolare la reclamante si riportava al contenuto delle note difensive versate in atti dinanzi al Tribunale ove, per il caso in cui quella A.G. avesse considerato *“non possibile la rinuncia al privilegio e la conseguente possibilità di esercitare il voto successivamente all'adunanza dei creditori”*, sollevava eccezione di incostituzionalità *“delle norme di cui agli*

artt. 177 e 178 L. F. nella parte in cui non prevedono per il creditore privilegiato la possibilità di rinunciare al proprio diritto di prelazione e votare successivamente all'adunanza dei creditori". Indi ritenuto, sulla base dell'interpretazione della sentenza impugnata, che nella stessa il rilievo della non tempestività della rinuncia non fosse stato abbandonato, chiedeva dichiararsene la nullità ovvero, in subordine, sospendere il giudizio inviando gli atti alla Corte Costituzionale.

Con il terzo motivo di reclamo sosteneva che il Tribunale avesse "errato nel non applicare il principio che attribuisce il diritto al voto nel concordato preventivo solo ai creditori incisi dalla falcidia".

Segnatamente, in primo luogo la reclamante sosteneva che, fermo restando il rilievo secondo cui l'esigenza di interloquire sui voti espressi da S.p.A. era sorta dopo la chiusura dell'adunanza atteso che i detti creditori avevano espresso il loro dissenso nel termine di gg. 20 previsto dall'art. 178, comma 1, L. Fall. e che conseguentemente la possibilità di effettuare le contestazioni all'adunanza doveva ritenersi in punto di fatto da escludere, aveva comunque errato il Tribunale, in punto di diritto, nel ritenere precluse le contestazioni sollevate dal debitore concordatario dopo l'adunanza. Sul punto osservava come in primo luogo nel giudizio ex artt. 179 e 162, comma 2, L. Fall. fosse espressamente previsto che il Tribunale avrebbe dovuto "sentire il debitore" prima di statuire in merito alla eventuale improcedibilità del concordato per mancato raggiungimento delle maggioranze, e poi evidenziava come nell'attuale disciplina del concordato preventivo siccome risultante dalle riforme succedutesi a partire dal D.L. 35/2005 al collegio fosse sempre affidato, finanche in sede di omologa, verificare se fossero state o meno raggiunte le maggioranze previste per l'approvazione della proposta anche riesaminando, d'ufficio, i provvedimenti adottati in merito dal g.d., di talché non poteva sostenersi che le contestazioni non formalizzate in sede di adunanza sarebbero state in seguito precluse.

Nel merito ribadiva che non si doveva tenere conto, ai fini del calcolo delle maggioranze, né della parte di credito di _____ da quest'ultima azionata nei confronti di essa ricorrente e della _____, né della parte di credito di _____ garantita dal Fondo PMI in relazione alla quale quest'ultimo avrebbe potuto invocare l'ammissione al privilegio generale ex art. 9 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 123.

A tal ultimo proposito la reclamante, nel ribadire che il voto della _____ avrebbe dovuto essere escluso perché in contrasto con il principio che esclude la partecipazione al voto dei soggetti che non subiscono la falcidia concordataria, ancorava la sua tesi al dettato normativo dell'art. 177, comma 2, L. Fall., siccome novellato dal D. L. 35/2005, secondo cui: "I

creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto se non rinunciano in tutto od in parte al diritto di prelazione", ed in particolare all'inserimento dell'inciso "ancorché la garanzia sia contestata" a cui attribuiva la ratio di mirare ad "evitare, come accadeva non di rado in passato, che un soggetto prospettasse il suo credito come privilegiato e, di fronte ad una contestazione della detta qualità, pretendesse, in via prudenziale, di votare senza pregiudizio del privilegio, salvo poi ritornare ad affermare la natura privilegiata delle sue ragioni creditorie in sede di esecuzione del concordato".

Aggiungeva: *"In altre parole, l'art. 177 l. f. esclude che possa partecipare al voto, possibilmente determinando (come nel nostro caso) il raggiungimento, in un senso o nell'altro, delle maggioranze, un credito che, successivamente, si possa sottrarre alla falcidia concordataria, rivendicando la natura privilegiata in sede di esecuzione del concordato",* sostenendo che _____ al fine di votare, avrebbe dovuto dichiarare di rinunciare all'escussione della garanzia a cui essa stessa riconnetteva l'insorgenza del privilegio.

Si costituiva in giudizio la curatela chiedendo dichiararsi inammissibili il secondo motivo, e conseguentemente, il primo motivo di reclamo.

Nel merito sosteneva, anche sulla scorta di autorevole dottrina, che correttamente il Tribunale avesse ritenuto che al privilegio il creditore non poteva rinunciare dopo la chiusura dell'adunanza.

Sosteneva altresì che il termine di cui all'art. 178, comma 1, L. Fall., in caso di scadenza in giorno festivo, non fosse suscettibile di proroga.

Contestava altresì la fondatezza, sotto diversi profili, del terzo motivo di reclamo.

Si costituiva in giudizio anche _____ la quale puntualizzava alcuni dati di fatto della vicenda per cui è causa (quale la circostanza secondo cui _____ s.a.s., nello stesso turno di tempo in cui aveva costituito la _____ le aveva concesso in affitto l'azienda ed immediatamente prima della presentazione della domanda ex art. 161, comma 6, L. Fall., aveva raddoppiato la richiesta di forniture ad essa lasciando poi impagate e soggette alla falcidia concordataria; la circostanza secondo cui il decreto ingiuntivo n. 4533/2015 ottenuto nei confronti di _____ era stato spogliato della provvisoria esecutività e che quindi in nessun modo per questa parte il credito vantato da essa reclamata poteva dirsi essere stato soddisfatto; che, ancora, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo promosso da _____ con il ministero dello stesso avvocato _____ che aveva rinunciato al privilegio e votato in senso favorevole all'approvazione della proposta concordataria il 21° giorno successivo alla chiusura

dell'adunanza quando ormai si era consolidata la maggioranza contraria all'approvazione del concordato, l'ingiunta aveva eccepito il suo difetto di legittimazione passiva sostenendo che il debitore di tutte le somme dovute a fronte delle forniture eseguite fosse da individuare nella siccome del resto definitivamente accertato con il decreto ingiuntivo n. 473/2015 non opposto).

Aggiungeva la reclamata che il credito per le forniture eseguite nel mese di ottobre 2014 era stato azionato anche nei confronti di sul presupposto che quest'ultima fosse condebitrice solidale della in forza del contratto di affitto di azienda del 6.10.2014 e comunque della regola generale in tema affitto di azienda dettata dall'art. 2558 c.c.

Prendeva inoltre ampiamente posizione su tutti i motivi di reclamo contestandoli diffusamente.

Chiedeva la condanna della reclamante per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.

All'udienza del 13.7.2016, in accoglimento di istanza formulata dalla reclamante, la Corte rinviava la trattazione della causa al 21.9.2016 assegnando alle parti termini per note e repliche.

Entro i termini concessi le parti depositavano le note e le repliche autorizzate.

Prima dell'udienza la reclamante versava in atti una PEC del con la quale si confermava la circostanza che aveva ottenuto l'accettazione della richiesta di attivazione del Fondo di garanzia e la liquidazione, in data 18 agosto 2016, della somma di euro 356.139,39.

Secondo la il documento in questione dimostrava la fondatezza del motivo di reclamo avente ad oggetto la contestazione del credito di S.p.A. ai fini del calcolo delle maggioranze rispetto al quale, invece, si appalesava la concreta possibilità di opposizione del privilegio generale ex art. 9 D. Lgs. 123/98.

Le reclamate si opponevano alla produzione del documento in quanto tardiva.

All'udienza del 21.9.2016 la Corte tratteneva la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

2. La prima questione in ordine logico da affrontare è quella avente ad oggetto l'eccezione di inammissibilità dei primi due motivi di reclamo sollevata dalla curatela.

Secondo la curatela, posto che la non tempestività della rinuncia al privilegio da parte dell'avv. costituisce un capo autonomo della sentenza impugnata, rispetto allo stesso il motivo di critica articolato dalla reclamante si sarebbe limitato alla "denuncia di omessa pronuncia, da parte del Tribunale, in ordine alla eccezione di legittimità costituzionale

sollevata in prime cure dalla fallita, in relazione ad un'eventuale interpretazione della legge fallimentare che, sulla base di un'asseritamente ingiustificata "discriminazione" tra i creditori in base al momento di manifestazione, escluda la possibilità, per i creditori privilegiati, di rinunciare al proprio diritto di prelazione e, dunque, votare successivamente all'adunanza dei creditori. Da tale ipotizzato vizio di omessa pronuncia discenderebbe, ad avviso della reclamante, la necessità di dichiarare "la nullità della sentenza impugnata", ovvero, ma "in via assolutamente subordinata", di sospendere il giudizio e "inviare gli atti alla Corte Costituzionale" (v. p. 8 della memoria di costituzione).

Da ciò conseguirebbe, ad avviso della reclamata, la inammissibilità del secondo motivo di reclamo atteso che, secondo la S.C.: *"La questione di legittimità costituzionale di una norma, in quanto strumentale rispetto alla domanda che postuli l'applicazione della norma medesima, non può formare oggetto di un'autonoma istanza rispetto alla quale, in difetto di esame, sia configurabile un vizio di omessa pronuncia, mentre la questione stessa, ancorché non esaminata dal giudice inferiore, resta deducibile e rilevabile nei successivi stati e gradi del giudizio che sia stato validamente instaurato, ove rilevante ai fini della decisione"* (Cass., 18 febbraio 1999, n. 1358 ed anche Cass., sez. lav. 12 marzo 2004, n. 5135; Cass., sez. lav., 22 luglio 2010, n. 17224), nonché il difetto di impugnazione del capo della sentenza in questione relativo alla tardività della rinuncia al privilegio, con l'ulteriore conseguenza della inammissibilità, per carenza di interesse, del primo motivo di reclamo avente ad oggetto la tempestività del voto espresso dal creditore tardivamente rinunciante.

Avverso la detta eccezione replicava ampiamente la reclamante.

Ritiene la Corte che l'eccezione sollevata dalla curatela sia infondata.

Preliminarmente va evidenziato che la S.C., nelle sentenze indicate dalla reclamata, a fronte di ricorso per cassazione con cui da un canto si denunciava l'omessa motivazione da parte del giudice di merito in ordine al mancato accoglimento di eccezione di costituzionalità e dall'altro si riproponeva la questione davanti allo spesso Supremo Collegio, si limitava ad osservare che il vizio di omessa motivazione non poteva essere prospettato, di per sé, quale motivo di ricorso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. (nel testo in vigore prima della novella introdotta dal D. Lgs. 40/2006), e ciò perché la questione restava comunque riproponibile (e rilevabile anche d'ufficio) nei gradi successivi, tanto che subito veniva dalla stessa S.C. esaminata nel merito (e rigettata), guardandosi quindi bene la Corte dal dichiarare inammissibile puramente e semplicemente il motivo di ricorso.

Nel caso di specie è vero che la reclamante si è lamentata della omessa pronuncia da parte del Tribunale in merito all'eccezione di incostituzionalità a suo tempo sollevata, e tuttavia è

anche vero che ha espressamente richiesto a questa Corte di pronunciarsi in merito ad essa, investendola della questione (a prescindere dalla certamente infondata domanda di declaratoria di nullità della sentenza impugnata), venendo così a realizzare la medesima situazione processuale con riferimento alla quale la S.C., nelle sentenze citate dalla curatela, pur evidenziando come non possa nel caso in questione configurarsi vizio di omessa motivazione, ha comunque esaminato nel merito le eccezioni di costituzionalità.

Tanto premesso resta da verificare se il capo di sentenza in esame sia stato o meno impugnato.

Ritiene il collegio che, dall'esame della decisione impugnata e del reclamo, emerga che il capo di sentenza avente ad oggetto la tardività della rinuncia al privilegio sia stato fatto oggetto di gravame e devoluto al giudizio di questa Corte e che nell'ambito della decisione in merito al devoluto debba essere esaminata la eccezione di legittimità costituzionale sollevata dalla reclamante.

Invero, innanzitutto va osservato che nella sentenza impugnata il Tribunale, oltre ad occuparsi della prorogabilità ai sensi dell'art. 155, comma 4, c.p.c. del termine previsto dall'art. 178, comma 1, L. Fall., espressamente afferma che la rinuncia al privilegio effettuata dal creditore avv. non è tempestiva in quanto formalizzata dopo la chiusura dell'adunanza dei creditori.

Rispetto a tale statuizione dopo avere lungamente argomentato in merito alle ragioni in forza delle quali, a suo avviso, il sistema quale risultante dalle riforme che si sono succedute a partire dal D.L. 35/2005 avrebbe consentito la rinuncia al privilegio anche dopo la chiusura dell'adunanza, e quindi dopo avere esposto le ragioni di critica rispetto alla opposta soluzione adottata dal Tribunale, sul (corretto) presupposto espresso secondo cui *"il rilievo sulla non tempestività non sia stato abbandonato"* (dal Tribunale), denunciava l'illegittimità costituzionale degli artt. 177 e 178 L. Fall. nella lettura fornita dal giudice di prime cure che, nel fondare su di essa la sua decisione, implicitamente aveva ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità a suo tempo sollevata dalla reclamante.

In sostanza, pur a fronte di una certa tortuosità espositiva a cui certamente contribuisce la particolare estensione dell'atto di gravame, sembra alla Corte che la reclamante in guisa sufficientemente chiara: a) critichi la sentenza del Tribunale nella parte in cui ritiene tardiva la rinuncia al privilegio da parte dell'avv. b) per il caso in cui la Corte dovesse ritenere che la soluzione adottata dal giudice di prime cure sia corretta, ripeta l'eccezione di incostituzionalità delle norme su cui la stessa si fonda.

In altri termini, la denuncia di mancata statuizione sull'eccezione di incostituzionalità da parte del primo giudice non si appalesa fine a sé stessa, bensì si inserisce, quale *extrema ratio*, nell'ambito della critica rivolta al capo di sentenza in esame per l'ipotesi in cui la Corte dovesse condividere la tesi sostenuta dal Tribunale in merito alla tardività della rinuncia al privilegio.

Al rigetto della eccezione sollevata dalla curatela in merito all'asserito difetto di impugnazione del capo di sentenza *de quo*, consegue il rigetto della dipendente eccezione di difetto di interesse alla pronuncia in merito alla decisione assunta dal giudice di primo grado avente ad oggetto la improrogabilità ex art. 155, comma 4, c.p.c. del termine previsto dall'art. 178, comma 1, L. Fall.

3. Con riferimento al computo, ai fini delle maggioranze, del credito assistito da privilegio generale vantato dall'avv. _____, la questione che va in ordine logico per prima affrontata è quella tesa a verificare se la rinuncia dal predetto espressa dopo la chiusura dell'adunanza dei creditori possa essere, o meno, considerata valida ed efficace.

È opportuno riportare in primo luogo le norme che vanno tenute presente ai fini della decisione, avendo cura di ricordare che la fattispecie per cui è causa (domanda di concordato preventivo presentata il 19.11.2014), è regolata (anche) dalle disposizioni introdotte dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 22 giugno 2012, n. 83.

L'art. 175, commi 1, 3 e 4, L. Fall. (*Discussione della proposta di concordato*), dispone: "*Nell'adunanza dei creditori il commissario giudiziale illustra la sua relazione e le proposte definitive del debitore.*

Omissis

Ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibile o accettabile la proposta di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti.

Il debitore ha facoltà di rispondere e contestare a sua volta i crediti, e ha il dovere di fornire al giudice gli opportuni chiarimenti".

L'art. 176 L. Fall. (*Ammissione provvisoria dei crediti contestati*), dispone:

"Il giudice delegato può ammettere provvisoriamente in tutto o in parte i crediti contestati ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi.

I creditori esclusi possono opporsi alla esclusione in sede di omologazione del concordato nel caso in cui la loro ammissione avrebbe avuto influenza sulla formazione delle maggioranze".

L'art. 177, commi 1 e 2, L. Fall. (*Maggioranza per l'approvazione del concordato*)

dispone:

“Il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero delle classi.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto se non rinunciano in tutto od in parte al diritto di prelazione. Qualora i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca rinuncino in tutto o in parte alla prelazione, per la parte del credito non coperta dalla garanzia sono equiparati ai creditori chirografari; la rinuncia ha effetto ai soli fini del concordato”.

L'art. 178, commi 1 e 4, L. Fall. (Adesioni alla proposta di concordato), dispone:

“Nel processo verbale dell'adunanza dei creditori sono inseriti i voti favorevoli e contrari dei creditori con l'indicazione nominativa dei votanti e dell'ammontare dei rispettivi crediti. È altresì inserita l'indicazione nominativa dei creditori che non hanno esercitato il voto e dell'ammontare dei loro crediti.

Omissis

I creditori che non hanno esercitato il voto possono far pervenire il proprio dissenso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale. In mancanza, si ritengono consenzienti e come tali sono considerati ai fini del computo della maggioranza dei crediti. Le manifestazioni di dissenso e gli assensi, anche presunti a norma del presente comma, sono annotati dal cancelliere in calce al verbale”.

È opportuno altresì riportare il testo dell'art. 177, L. Fall. nella formulazione originaria della legge fallimentare del 1942, in vigore prima delle modifiche ad esso apportate dal D. L. 35/2005:

“Il concordato deve essere approvato dalla maggioranza dei creditori votanti, la quale rappresenti due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto.

I creditori che hanno diritto di prelazione sui beni del debitore non partecipano al voto a meno che rinuncino al diritto di prelazione. La rinuncia può essere anche parziale purché non sia inferiore alla terza parte dell'intero credito tra capitale e accessori.

Gli effetti della rinuncia cessano se il concordato non ha luogo o è posteriormente annullato o risolto. Il voto di adesione dato senza dichiarazione di limitata rinuncia importa rinuncia all'ipoteca, al pegno o al privilegio per l'intero credito”.

Orbene, secondo l'opinione assolutamente prevalente, la riformulazione della norma da ultimo riportata (art. 177, comma 3, L. Fall. testo originario), sulla cui base si riteneva

ammissibile la rinuncia implicita al privilegio nel caso di voto adesivo non accompagnato da rinuncia parziale, ha comportato che la rinuncia alle cause di prelazione debba essere oggi necessariamente espressa.

A ciò si aggiunga che la riformulazione del comma secondo dell'articolo in questione, con la sostituzione, alla previsione originaria secondo cui "*non partecipano al voto*" i creditori privilegiati a meno che non abbiano rinunciato al privilegio, della disposizione secondo cui i detti creditori, se non rinunciano alla prelazione, "*non hanno diritto al voto*", milita nel senso che secondo le norme vigenti il creditore privilegiato è in sé privo del diritto di voto e lo acquista soltanto se prima dichiara espressamente di rinunciare al privilegio: del suo credito non va quindi tenuto conto ai fini del calcolo delle maggioranze salvo che intervenga la predetta, espressa e preventiva, rinuncia.

Il luogo processuale deputato a raccogliere la rinuncia del creditore al privilegio è certamente, in via prioritaria, l'adunanza dei creditori (a cui anche i privilegiati, come è noto, devono essere convocati ai sensi dell'art. 171, comma 2, L. Fall.), atteso che è soltanto in sede di adunanza che si realizza il contraddittorio tra tutti i creditori, anche sui crediti concorrenti, ed il debitore, ed in cui sia il commissario che lo stesso giudice delegato possono sollevare anche d'ufficio ogni questione rilevante ai fini dell'ammissione dei creditori al voto (a tal ultimo proposito v. Cass., sez. I, 10 giugno 1994, n. 5652, oltre che ampia parte della dottrina).

Chiusa l'adunanza dei creditori l'art. 178, comma 2, L. Fall. (nel testo *ratione temporis* applicabile), consente "*ai creditori che non hanno esercitato il voto*" di far pervenire "*il proprio dissenso*" nei venti giorni successivi.

Orbene, la interpretazione letterale della norma milita univocamente nel senso che il voto contrario alla proposta di concordato possa essere espresso nei venti giorni dalla chiusura dell'adunanza solo dai creditori che non lo abbiano esercitato entro la chiusura del verbale, ed è agevole evidenziare che in tanto ha senso parlare di esercizio del diritto di voto in quanto dello stesso il creditore sia titolare, con la conseguenza che, siccome il creditore privilegiato, come detto, "*non ha diritto di voto*" se prima non rinuncia espressamente al privilegio, allo stesso deve ritenersi preclusa la manifestazione di dissenso dopo la chiusura del verbale di adunanza.

Nel caso di specie l'avv. _____ ha rinunciato al privilegio dopo la chiusura dell'adunanza. Del suo credito, ai fini del calcolo delle maggioranze, e del suo voto, ai fini dell'approvazione della proposta, non è conseguentemente possibile tenere conto, salvo ad accogliere una interpretazione secondo cui l'art. 178, comma 2, L. Fall., anziché limitarsi ad attribuire ai titolari del diritto di voto la possibilità di esprimerlo nei venti giorni successivi alla

chiusura dell'adunanza, vada nel senso di attribuire al creditore privilegiato (che non è titolare del diritto di voto), il diritto di rinunciare al privilegio nello stesso tempo concesso, per l'esercizio del voto, al creditore che tale diritto già ha (sia esso chirografario ovvero privilegiato che prima della chiusura dell'adunanza abbia rinunciato al privilegio).

Si tratta di una interpretazione (peraltro rifiutata dalle numerose autorevoli voci di dottrina tutte citati in maniera pertinente dalla curatela e da e da ultimo, in giurisprudenza, da Trib. Como, 2 maggio 2016, in *www.ilcaso.it*), che non è in alcun modo sostenuta dal testo della previsione di legge e che nemmeno è ricavabile dal "sistema" delle norme che reggono il concordato preventivo alla luce delle riforme succedutesi dal 2005.

In primo luogo va osservato che la tesi della reclamante secondo cui la centralità affidata, nel nuovo assetto del concordato preventivo, al collegio, ai fini calcolo delle maggioranze, imporrebbe di svalORIZZARE l'attività svolta in sede di adunanza celebrata dinanzi al g.d. così in qualche modo deponendo per l'ammissibilità della rinuncia dopo la chiusura dell'adunanza confonde due profili che invece, secondo il collegio, vanno tenuti rigorosamente distinti: invero, altro è sostenere (condivisibilmente come appresso si dirà), che siccome il collegio è chiamato a verificare sempre, anche d'ufficio, il raggiungimento delle maggioranze (sia in sede di omologa del concordato che in sede di dichiarazione di improcedibilità dello stesso ai sensi degli artt. 179 e 162, comma 2, L. Fall.), da un canto le decisioni provvisoriamente assunte dal giudice delegato in merito al computo delle maggioranze ed al calcolo dei voti sono suscettibili di revisione e dall'altro non maturano preclusioni ai fini delle contestazioni da parte del debitore, altro è fare discendere dai poteri del collegio (anche se esercitati alla luce di contestazioni soltanto dinanzi ad esso sollevate), la facoltà in capo ad un soggetto terzo, il creditore, di incidere direttamente ed unilateralmente sul calcolo delle maggioranze (e quindi sull'esito della votazione), in violazione delle norme procedurali che regolamentano la rinuncia al privilegio utilizzando, per la formalizzazione della rinuncia, lo *spatium deliberandi* dalla legge invece previsto per chi è già titolare del diritto di voto (in questi termini, esattamente, v. quanto esposto dalla curatela alle pp. 10 e 11 delle memorie di replica del 27.8.2016).

La circostanza secondo cui l'accoglimento delle contestazioni inciderebbe, ai fini del calcolo delle maggioranze, in guisa non difforme rispetto a quanto potrebbe accadere in caso di rinuncia al privilegio da parte del creditore, non toglie che le due situazioni siano del tutto eterogenee e che dai poteri del tribunale in merito alle prime non sia dato fare discendere conseguenza alcuna in merito alla regolamentazione della seconda.

Secondo la reclamante una interpretazione, quale quella propugnata dal Tribunale prima e

da questa Corte adesso, che non ammettendo la rinuncia al privilegio dopo la chiusura dell'adunanza discrimini chi vota prima dell'adunanza da chi vota successivamente, realizzerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra i creditori che comporterebbe l'illegittimità costituzionale dell'art. 178 L. Fall.

L'eccezione, ad avviso della Corte, è infondata.

Preliminarmente va osservato che la molto qualificata dottrina ampiamente citata dalla reclamante ai fini di sostenere la sua eccezione di incostituzionalità non si occupa affatto della possibilità di rinunciare al privilegio dopo l'adunanza (atteso che anzi, nel diverso scritto citato dalle reclamate, la stessa dottrina, espressamente, la esclude), bensì pone l'accento, al fine di sostenere che non vanno discriminati i voti dati prima dell'adunanza da quelli dati dopo (*non potendo la Corte mancare di osservare come l'Autore imposti la questione avuto riguardo ai voti espressi dopo l'adunanza da creditori che ne abbiano diritto – tra i quali, come più volte detto, non rientrano i privilegiati che non abbiano già espressamente rinunciato alla causa legittima di prelazione –*), sulla irrilevanza, per la validità degli uni e degli altri, del consenso informato sul merito della proposta concordataria, profilo questo assolutamente estraneo dal perimetro della decisione che questa Corte è chiamata ad assumere, atteso da nessuna parte si è sostenuto che il privilegiato non possa rinunciare alla prelazione dopo la chiusura dell'adunanza perché non sarebbe informato della proposta.

Tanto premesso ritiene il collegio di evidenziare come la soluzione adottata, secondo cui il creditore privilegiato può al più tardi rinunciare al privilegio entro la chiusura dell'adunanza dei creditori, trovi la sua *ratio* fondamentale nella necessità di non sottrarre al contraddittorio degli altri creditori la possibilità di contestare il credito di cui soltanto a seguito della rinuncia al privilegio si deve tener conto ai fini del calcolo delle maggioranze. In altri termini la rinuncia al privilegio incide di per sé sul calcolo delle maggioranze e, tenuto conto che in mancanza di rinuncia il credito non viene a tali fini considerato ed il creditore non vota, è ben possibile che l'interesse alla contestazione del credito da parte degli altri creditori scaturisca proprio dalla detta rinuncia.

La situazione in cui si trova il creditore privilegiato che non abbia rinunciato al privilegio prima della chiusura dell'adunanza è quindi del tutto eterogenea rispetto a quella in cui si trova il creditore che abbia rinunciato prima o comunque durante l'adunanza, atteso che in questi casi restano integre le prerogative degli altri creditori che la legge mira salvaguardare.

Nessuna irragionevole disparità di trattamento è dato quindi ravvisare nell'interpretazione accolta e non sussistono conseguentemente i presupposti per sollevare la denunciata questione di legittimità costituzionale degli artt. 177 e 178 L. Fall.

Posto che la rinuncia al privilegio non può intervenire, per le ragioni sopra esposte, dopo la chiusura dell'adunanza dei creditori, resta del tutto irrilevante, ed assorbita, la questione relativa alla proroga della scadenza del termine previsto dall'art. 178, comma 1, L. Fall. al primo giorno successivo a quello festivo, atteso che anche qualora volesse sostenersi che il termine sia suscettibile di proroga, comunque la rinuncia sarebbe inefficace in quanto espressa fuori udienza e quindi del credito non si dovrebbe tenere conto ai fini del computo delle maggioranze.

4. Il terzo motivo di reclamo è parimenti infondato.

Preliminarmente ritiene la Corte di dissentire dalla posizione articolatamente assunta dal Tribunale in merito alla impossibilità, per il debitore, di sollevare contestazioni in merito alla natura ed alla qualità dei crediti ammessi al voto dopo la chiusura dell'adunanza dei creditori.

Se è vero, infatti, come sostenuto dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, che il Tribunale è chiamato a rivalutare, anche d'ufficio, le decisioni adottate dal giudice delegato in sede di adunanza ai fini dell'ammissione al voto e del calcolo delle maggioranze e che il potere del collegio di "*verificare l'esito della votazione*" è immanente ai fini di decidere sia sul ricorso per l'omologa (finanche in mancanza di opposizioni) che sulla improcedibilità ai sensi degli artt. 179 e 162, comma 2, L. Fall. (v. Trib. Salerno 5 ottobre 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, II, p. 153; Trib. Pescara, 28 dicembre 2006, in *PQM*, 2007, p. 57; Trib. Milano 18 luglio 2006, in *Fall.* 2006, p. 1456; Appello Milano 11 ottobre 2006, in *Fall.* 2007, p. 27; Trib. Reggio Emilia, 1 marzo 2007, in *www.ilcaso.it*; Trib. Padova, 3 aprile 2014, in *www.ilcaso.it*), appare arduo, in mancanza di univoci dati normativi di segno contrario, configurare barriere preclusive alle attività processuali delle parti, siano esse il debitore ovvero i creditori, specie quando le dette attività possano configurarsi quali semplici sollecitazioni dell'esercizio dei poteri d'ufficio spettanti al Tribunale (nel senso della mancanza di preclusioni v. Trib. Novara, 20 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*; Appello Napoli, 6 agosto 2013, in *www.ilcaso.it*, ma v. *contra*, Trib. Firenze, 9 maggio 2012, in *www.ilcaso.it*).

In particolare ritiene la Corte che l'opposta soluzione non possa fondarsi né sul dettato dell'art. 176, comma 2, L. Fall. atteso che, anche contrariamente a quanto sostenuto da Cass., sez. I, 22 novembre 1993, n. 11192 parimenti citata dal Tribunale, confligge con la connotazione dei poteri del collegio la soluzione che voglia subordinare il riesame della posizione dei creditori esclusi in sede di omologa alla proposizione dell'opposizione da parte degli stessi, e nemmeno sulle disposizioni contenute nell'art. 175, commi 3 e 4, L. Fall. che si limitano a prevedere la facoltà di contestazione dei crediti in capo ai creditori ed al debitore

durante l'adunanza, senza che da ciò possa necessariamente inferirsi che le stesse siano precluse in seguito.

Tanto premesso va comunque evidenziato che, anche a volere opinare diversamente, nel caso di specie le contestazioni sollevate dalla reclamante in merito a parte dei crediti di _____ risulterebbero comunque ammissibili in quanto, relativamente ai primi, come nel prosieguo si esporrà, _____ più che una contestazione sull'esistenza o sulla loro qualità, sostiene che si tratti di crediti non computabili ai fini del calcolo delle maggioranze (perché la reclamata ha provato a soddisfarsi attingendo giudizialmente un soggetto terzo, _____). Si tratta, all'evidenza, di una questione che il debitore può sollevare nell'ambito del suo diritto ad essere "sentito" dal Tribunale, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 162, comma 2, L. Fall., nel procedimento che può condurre alla declaratoria di improcedibilità del concordato.

Quanto alla contestazione del voto espresso da _____ .. in relazione al credito garantito dal Fondo per le PMI, sia la dichiarazione di credito che l'espressione di voto sono pervenute dopo la chiusura dell'adunanza, con la conseguenza che, ad avviso della Corte, deve consentirsi anche in questo caso al debitore di prendere posizione in merito ad esse.

Tanto premesso, dandosi preliminarmente atto che il Tribunale, lungi dall'arrestarsi dal dichiarare in rito la inammissibilità delle contestazioni, le ha poi analizzate nel merito esponendo le ragioni della loro infondatezza, ritiene la Corte che il motivo di reclamo in esame vada rigettato e che quindi i crediti di _____ debbano essere considerati ai fini del calcolo delle maggioranze e del voto.

Con riferimento al credito vantato da _____ va osservato quanto segue. _____ è stata inserita da _____ tra i creditori chirografari in relazione al credito di € 515.655,53, quasi perfettamente coincidente con quello accertato con decreto ingiuntivo del Tribunale di Catania n. 473/2015, non opposto e passato in giudicato.

_____ ha espresso voto contrario all'approvazione della proposta di concordato.

Secondo la reclamante il voto espresso da _____ per la parte in relazione al quale la predetta creditrice ha inteso richiedere ed ottenere decreto ingiuntivo (anche) nei confronti di _____ (per l'importo di € 188.565,80), andrebbe considerato nullo o inefficace perché reso in violazione del principio che attribuisce il voto nel concordato preventivo solo ai creditori incisi dalla falciida.

Si tratta di una tesi che la Corte giudica destituita di fondamento.

Va premesso che la stessa esistenza del principio asseritamente violato in relazione a parte

del voto espresso da _____ non è poi così pacifica come prospettato dalla reclamante, e ciò atteso che buona parte della dottrina, a fronte della possibilità di prevedere in proposta il pagamento integrale ai chirografari riconosce loro, anche in questo caso, il diritto di voto, sia perché l'esclusione non è prevista dalla legge (art. 177 L. Fall.), sia perché per il creditore chirografario, a prescindere dal trattamento economico prospettato, potrebbe legittimamente dubitare della fattibilità economica del piano e preferire comunque una liquidazione fallimentare ad una soluzione negoziata della crisi risultando in tal modo portatore di un interesse che giustifica l'attribuzione del diritto al voto (in giur. v. Trib. Pescara, 16 ottobre 2008, in *Giur. merito*, 2009, I, p. 125)

A ciò va aggiunto che, come è noto, l'art. 184, comma 1, L. Fall. espressamente esclude dalla falcidia concordataria i crediti vantati dal creditore falcidiato nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso, in tal modo consentendogli di vedere soddisfatto il suo credito per intero (in parte fuori dal concorso), senza che ciò importi limitazione alcuna alla sua legittimazione al voto, ovviamente per l'intero credito giusta quanto stabilito dal combinato disposto degli artt. 169 e 61 L. Fall.

Parimenti, secondo l'opinione maggioritaria e preferibile, anche il creditore chirografario che vanta diritto di prelazione su beni appartenenti ad un terzo (e che quindi possa soddisfarsi su di essi al di là ed al di fuori di quanto previsto dalla proposta concordataria), va ammesso al voto (v. Appello Trieste, 13 maggio 1986, in *Fall.*, 1987, p. 398; Appello Bologna, 13 maggio 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 492).

Infine non può sottacersi la circostanza che le cause di esclusione dal voto sono espressamente previste dall'art. 177, comma 4, L. Fall., sono tipiche e non suscettibili di applicazione analogica.

Orbene, posto che non è esatto che mediante l'iniziativa giudiziaria adottata da _____ s.r.l. nei confronti di _____ la predetta sarebbe "*pervenuta all'illegittimo risultato di far conteggiare, ai fini delle maggioranze concordatarie, un credito che coevamente sottraeva alla falcidia concordataria, azionando proficuamente lo stesso nei confronti di un soggetto diverso*", atteso che ad oggi, siccome è stato documentalmente dimostrato, _____ s.r.l. non ha visto soddisfatto il proprio credito in alcuna misura (atteso che il decreto ingiuntivo ottenuto nei confronti di _____ è stato spogliato della provvisoria esecutività e che anzi l'ingiunta ha proposto opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c. eccependo il suo difetto di legittimazione passiva ed invocando l'autorità del giudicato formatosi in merito all'accertamento contenuto nel decreto ingiuntivo spiccato contro _____ s.a.s.) e non ha quindi sottratto alcunché alla falcidia concordataria, dalle norme sopra riportate

emerge chiaramente che la mera possibilità di soddisfacimento del credito concorrente attingendo al patrimonio di terzi estranei alla procedura, non incide sul trattamento riservato agli stessi nell'ambito del concordato, e ciò anche ai fini del voto.

Quanto alla legittimità ed alla fondatezza dell'azione intrapresa da

– la cui valutazione è per intero demandata al giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo ad oggi pendente –, si tratta di un profilo irrilevante ai fini del concordato.

Resta quindi fermo che è certamente creditore chirografario per l'importo inserito in proposta peraltro non contestato e fondato su decreto ingiuntivo passato in giudicato, e che dell'intero suo credito si deve tenere conto ai fini del calcolo delle maggioranze.

Parimenti infondata è la contestazione sollevata dalla reclamante in merito al voto espresso da in relazione a parte del suo credito.

Come sopra esposto la predetta creditrice è stata inserita in proposta, tra l'altro, in relazione ad un credito chirografario di € 140.736,11 (per il finanziamento n. 741623762.77) e ad un credito sempre chirografario di € 355.625,61 (per il finanziamento n. 741623765.80).

Con la dichiarazione di credito pervenuta in data 19.2.2016, la creditrice specificava che lo stesso ammontava ad una somma di poco inferiore rispetto a quella indicata in proposta.

Sempre nella stessa dichiarazione di voto evidenziava, avuto riguardo ai crediti derivanti dai due finanziamenti appena menzionati, che: *“Le operazioni finanziarie descritte ai punti D), E), F), e G) dalle quali deriva la pretesa creditoria sono garantite dal Fondo di Garanzia per le PMI L. 662/1996 e lo stesso potrebbe surrogarsi, a seguito dell'eventuale escussione della garanzia, nei diritti della banca, nei limiti della percentuale garantita opponendo il privilegio generale di cui all'art. 9 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 123”*.

Secondo la reclamante, avendo poi espresso il suo voto contrario rispetto al credito siccome specificato nella detta dichiarazione, la semplice prospettazione da parte sua che, nel caso di escussione della garanzia, il Fondo per le PMI avrebbe potuto invocare il riconoscimento del privilegio generale di cui alla norma sopra indicata, imporrebbe l'esclusione del voto non potendosi *“consentire che lo stesso credito prima partecipava alla votazione determinando la maggioranza concordataria e poi, assumendo la qualità privilegiata, si sottraeva, per sua stessa prospettazione, alla falciatura concordataria in sede di esecuzione”*.

In particolare la reclamante rinveniva il fondamento normativo della pretesa esclusione del credito di nell'art. 177, comma 2, L. Fall., siccome novellato dal D. L.

35/2005, e specificamente nella parte in cui alla norma originaria era stato aggiunto l'inciso secondo cui i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca "*ancorché la garanzia sia contestata*", dei quali la proposta prevede il pagamento integrale, non hanno diritto al voto, se non rinunciano al privilegio.

Secondo la reclamante la modifica normativa, introdotta "*al fine di evitare, come accadeva non di rado in passato, che un soggetto prospettasse il suo credito come privilegiato e, di fronte ad una contestazione della detta qualità, pretendesse, in via prudenziale, di votare senza pregiudizio del privilegio, salvo poi ritornare ad affermare la natura privilegiata della sue ragioni creditorie in sede di esecuzione del concordato*" sottraendosi alla falcidia concordataria, imporrebbe ai creditori "*non solo di non potere prospettare neppure in via successiva ed eventuale la natura privilegiata del credito per cui hanno votato, ma pretende dagli stessi un comportamento positivo e preventivo di rinuncia tout court alla prelazione*", giungendo a sostenere che al fine di votare, avrebbe dovuto prima rinunciare all'escussione della garanzia prestata dal Fondo per le PMI.

Ritiene la Corte che il ragionamento sotteso al motivo di reclamo in esame non sia condivisibile.

Non è in primo luogo condivisibile la *ratio* che, secondo sarebbe sottesa all'introduzione, nell'art 177, comma 2, L. Fall., dell'inciso "*anche se la garanzia è contestata*".

Invero, ammesso che la situazione paventata dalla reclamante potesse verificarsi (ossia che il privilegio venisse contestato e, nondimeno, a fronte della detta contestazione, da un canto il g.d. – non esercitando il compito in proposito demandatogli dalla legge – non avesse deciso in merito alla qualità del credito e, dall'altro, il creditore "*pretendesse in via prudenziale di votare senza pregiudizio del privilegio*" – ferma ogni questione in merito al computo del detto voto ai fini delle maggioranze –), il riconoscimento del privilegio in sede di esecuzione del concordato ad un credito inserito in proposta come chirografario non sarebbe stato di certo dovuto, restando del tutto integro il potere/dovere del liquidatore giudiziale (in caso di concordato con cessione), ovvero dello stesso debitore, in mancanza di accertamento da parte del giudice di merito a cui la questione fosse stata devoluta, di trattare il credito come chirografario pagandolo nella percentuale prevista dal concordato.

Piuttosto va osservato come in dottrina, l'inciso "*ancorché la garanzia sia contestata*" introdotto dal D.L. 35/2005, sia stato etichettato come "difficilmente interpretabile" osservandosi pertinentemente in proposito che, a fronte della contestazione avente ad oggetto la sussistenza di diritti di prelazione, spetta al g.d. decidere in merito alla

fondatezza della stessa con ogni conseguenza di legge in ordine all'ammissione al voto, e che quindi l'inciso in commento dovrebbe riguardare il caso, assolutamente residuale, in cui il g.d. non abbia specificamente risolto la contestazione.

Tanto premesso va evidenziato come la fattispecie in esame non sia in alcun modo interessata dall'evocato art. 177, comma 2, L. Fall.

Invero, è pacificamente creditore chirografario, come tale inserito in proposta, il cui credito è in parte garantito dal Fondo per le PMI.

Alla data della chiusura delle operazioni di voto non aveva escusso la garanzia e, conseguentemente, il Fondo per le PMI non aveva maturato diritto di regresso nei confronti della società in concordato e non poteva essere ammesso al voto (v. Appello Napoli, 11 febbraio 2016, in *www.ilcaso.it* e Trib. Padova, 7 luglio 2014, in *www.ilcaso.it*).

La mera ipotesi, paventata dal creditore chirografario garantito in sede di dichiarazione di credito, che il garante, una volta escusso, potesse invocare l'applicazione di un privilegio, peraltro a fronte della ferma contestazione sul punto mossa dalla società in concordato, di certo non può valere a qualificare il credito (che sotto il profilo oggettivo resta il medesimo) come privilegiato e quindi ad escluderlo ai fini del voto e del calcolo delle maggioranze. Né può sostenersi che il Tribunale avrebbe dovuto stabilire se il privilegio spettasse o meno al Fondo per le PMI, atteso che, come detto, il garante non escusso non vota, a differenza del creditore assistito dalla garanzia il cui credito pacificamente chirografario verrebbe, *contra legem*, seguendo la tesi della reclamante, a dovere essere escluso dal voto.

Se poi si volesse sostenere che la questione acquisti adesso concreta rilevanza atteso che nelle more del giudizio di reclamo la garanzia è stata escussa, fermo restando che nemmeno ha allegato che il Fondo per le PMI abbia opposto alla procedura il privilegio ex art. 9 D. Lgs. 123/1998 (con la conseguenza che, in realtà, la questione si pone ancora oggi in via ipotetica), ritiene la Corte di evidenziare che, sulla scorta della convincente giurisprudenza formatasi sul punto e ben nota alle parti per essere stata da tutti citata, la sussistenza del sopra menzionato privilegio sia comunque da escludere (v. Trib. Milano, 3 luglio 2014, in *www.ilsocietario.it*, secondo cui: *"Il privilegio di cui all'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123/98 spetta per i crediti nascenti da finanziamenti, intesi come dazioni dirette di denaro in favore del beneficiario, e non può essere applicato estensivamente anche ai crediti derivanti da prestazioni di garanzia, tra cui quelle a carico del Fondo PMI ex art. 2, comma 100, l. n. 662/96. Per poter adottare un'interpretazione estensiva di una norma che istituisce un privilegio, deve aversi riguardo alla struttura della norma e al c.d. presupposto impositivo, al fine di verificare che le caratteristiche della norma istitutiva del privilegio siano*

compatibili con la fattispecie concreta non oggetto di esplicito richiamo"; e v. anche Trib. Torino, 2 luglio 2014, in *www.deiure.it*).

Il credito – che è il medesimo in relazione al quale il Fondo per le PMI potrebbe esercitare il regresso nei confronti della – è stato quindi correttamente computato ai fini del calcolo delle maggioranze ed anche sul punto il reclamo si appalesa infondato.

Non resta infine che osservare come la Corte non debba pronunciarsi in merito alla intervenuta dichiarazione di fallimento della non essendole stata devoluta dalla reclamante alcuna questione in merito.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo, avuto riguardo alla complessità della causa ed all'attività difensiva spiegata dalle parti.

Va rigettata la richiesta di condanna ex art. 96 c.p.c. per responsabilità aggravata invocata da tenuto conto delle ragioni affidate ai primi due motivi di reclamo.

Considerato l'integrale rigetto dell'impugnazione, deve darsi atto della sussistenza dei presupposti di cui all'art.13 comma 1 *quater* del D.P.R. 30.5.2002 n.115 per il versamento, da parte del reclamante, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione principale.

P.Q.M.

La Corte di Appello, sez. I, definitivamente decidendo sul reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento n. 65/2016 del Tribunale di Catania, pubblicata in data 22.4.2016, notificato da rigetta il reclamo.

liquida in € 10.000,00, oltre spese generali, IVA e CPA, in favore di ciascuna delle parti reclamate.

Si dà atto della sussistenza dei presupposti di cui all'art.13 comma 1 *quater* del D.P.R. 30.5.2002 n.115 per il versamento, da parte del reclamante, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione principale.

Così deciso in Catania, nella camera di consiglio della prima sezione civile del giorno 10/10/2016

Il Consigliere estensore

Dott. Antonio Caruso

Il Presidente

Dott. Roberto Cordio

Depositato nella Cancelleria
della Corte di Appello di Catania

Oggi 24 2 OTT. 2016

REGISTRO