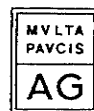


Antonio Pezzano

**NEL CONCORDATO PREVENTIVO
CON CESSIONE DEI BENI
LA FASE LIQUIDATORIA
RIGUARDA ANCHE I CREDITORI
CON DIRITTO DI PRELAZIONE?**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

TRIBUNALE DI FIRENZE, 3 aprile 1996 — SECHI *Presidente* — PEZZUTI *Estensore* —
S.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo in liquidazione (avv.ti Pozzi e
Ghia) c. Commissario giudiziale.

Procedure concorsuali - Concordato preventivo - Omologazione - Requisiti - Convenienza economica e meritevolezza - Necessità della sussistenza di entrambi - Valutazione autonoma e non subordinata del secondo requisito rispetto al primo.
(Legge fallimentare, art. 181).

Procedure concorsuali - Concordato preventivo - Omologazione - Requisiti - Convenienza economica e meritevolezza - Rilevanza del comportamento degli amministratori - Cessazione dalla carica in data anteriore alla presentazione della domanda di concordato - Irrilevanza.
(Legge fallimentare, art. 181).

Procedure concorsuali - Concordato preventivo - Omologazione - Requisiti - Convenienza economica e meritevolezza - Rilevanza delle cause di dissesto - Rilevanza della condotta del debitore - Rilevanza.
(Legge fallimentare, art. 181).

Procedure concorsuali - Concordato preventivo - Omologazione - Requisiti - Convenienza economica - Necessità della valutazione comparativa rispetto al fallimento.
(Legge fallimentare, art. 181).

Procedure concorsuali - Concordato preventivo - Concordato mediante cessione dei beni - Ammissione - Condizioni - Pagamento integrale creditori privilegiati immediatamente dopo l'omologa - Sussistenza.
(Legge fallimentare, art. 181).

Al fine dell'omologazione del concordato preventivo, anche nel caso di cessione dei beni ai creditori, la sussistenza del requisito della convenienza del concordato per i creditori non esclude la necessità del concorso dell'ulteriore requisito della meritevolezza. L'esistenza di tale secondo requisito va verificata autonomamente e non subordinatamente all'esistenza del concorrente, ma non logicamente o cronologicamente prioritario, requisito della convenienza del concordato (1).

In caso di società di capitali il requisito della meritevolezza concerne, in virtù del rapporto organico, gli atti ed i comportamenti degli amministratori, tanto prima che durante il relativo procedimento, appalesandosi peraltro irrilevante che costoro cessino dalla carica prima della presentazione della domanda di concordato preventivo (2).

L'esistenza in concreto del requisito della meritevolezza deve essere ravvisato, tanto con un attento esame delle cause che hanno provocato il dissesto, quanto alla stregua della condotta del debitore, perché concerne i profili etici e patrimoniali della condotta dell'imprenditore ed è ricollegabile, non solo e non tanto sotto l'aspetto morale, quanto con riferimento al profilo tecnico-professionale in relazione al quale non devono ravvisarsi gravi negligenze o imperizie (3).

Il requisito della convenienza economica del concordato preventivo deve essere riscontrato anche rispetto al fallimento sulla base della concreta valutazione comparativa tra le possibilità soddisfattive delle due procedure (4).

L'ammissione al concordato preventivo con cessione dei beni postula l'integrale pagamento dei creditori privilegiati immediatamente dopo l'omologazione del concordato (5).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con ricorso depositato il 27 luglio 1993 la s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo in liquidazione, con sede a Sesto Fiorentino, località Osmannoro, in Via Provinciale Lucchese nn. 15/17, tramite il legale rappresentante autorizzato dall'assemblea straordinaria con deliberazione dell'1 giugno 1993, proponeva ai propri creditori un concordato preventivo con cessione dei beni, che assumeva sufficienti per soddisfare integralmente i crediti privilegiati e quelli di procedura ed almeno nella percentuale del 40% quelli chirografari.

Sulla base di questi presupposti con decreto 22 settembre 1993 il Tribunale di Firenze, ritenuta ammissibile la proposta, dichiarava aperta la procedura nominando giudice delegato il Dott. Vincenzo Sapere, poi sostituito dal Dott. Valentino Pezzuti, e commissario giudiziale il rag. Roberto Biliotti e fissando l'udienza del 10 marzo 1994 per l'adunanza dei creditori.

Dopo alcuni rinvii che si erano resi necessari per migliorare la proposta e per tentare di raggiungere le condizioni richieste dal concordato, il 18 maggio 1995 il commissario giudiziale illustrava la propria relazione e si procedeva alle operazioni di voto.

Si constatava pertanto che, anche sulla scorta delle adesioni pervenute nei venti giorni successivi per telegramma e per lettera, avevano votato 273 creditori, in rappresentanza di crediti per lire 14.652.517.836, di cui 17 per lire 213.020.360 in senso contrario alla proposta e 256 in senso favorevole alla stessa, per un importo complessivo dei crediti per lire 14.439.497.476, superiore al quorum richiesto per l'approvazione del concordato, pari ai due terzi dell'ammontare dei crediti degli aventi diritto al voto, che è stato quantificato in lire 14.192.167.645, e cioè che la proposta aveva ricevuto l'adesione delle prescritte maggioranze.

Il giudice delegato quindi fissava l'udienza di omologazione del concordato con ordinanza che era pubblicata per affissione, mentre all'iscrizione della causa a ruolo provvedeva personalmente il commissario giudiziale.

All'odierna udienza, in cui comparivano il commissario giudiziale ed il legale rappresentante della società concordataria, la causa, acquisito il parere del pubblico ministero, era riservata per la decisione collegiale.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Ritiene il Tribunale che non sussistono i presupposti previsti dalla legge per l'omologazione del concordato preventivo proposto dalla s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo in liquidazione.

Va infatti preliminarmente rilevato che il commissario giudiziale, nella relazione presentata ai sensi dell'art. 172 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, ha affermato che la s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo non è meritevole del beneficio del concordato preventivo perché con il suo comportamento il direttore generale Franco Ginepro, prima della liquidazione, ha duramente colpito gli interessi ed i diritti di tutti i creditori.

Il commissario giudiziale ha tratto il suo convincimento da quanto risulta dalla nota integrativa che accompagna il bilancio della s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo che è stato chiuso al 31 dicembre 1994 e che ha poi portato il liquidatore della società a promuovere nei confronti del Ginepro un'azione di risarcimento dei danni ed un'altra per indebito incasso di assegni della società.

Dalla nota integrativa si evince che all'azione di risarcimento dei danni sono state accompagnate azioni revocatorie delle vendite di vari immobili, tra cui una villa in zona Ugolino, un appartamento in Via Cigoli, un appartamento a Formia (LT) ed altri beni in varie zone d'Italia, e che il solo indebito incasso del titolo di pertinenza della società ha provocato danni per lire 2.000.000.000.

Il Tribunale condivide pienamente tutte le valutazioni espresse dal commissario

giudiziale, rilevato che, alla stregua di quanto esposto, la s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo certamente « non è meritevole del concordato », ai sensi dell'art. 181, primo comma, n. 4, della legge fallimentare, e ritiene perciò che la domanda di omologazione debba essere rigettata.

È infatti principio pacifico in dottrina e in giurisprudenza che, al fine dell'omologazione del concordato preventivo, anche nel caso di cessione dei beni ai creditori, la sussistenza del requisito della convenienza del concordato per i creditori non esclude la necessità del concorso dell'ulteriore requisito della meritevolezza del concordato medesimo, il quale investe i profili etici e patrimoniali della condotta dell'imprenditore, ovvero, in caso di società di capitali, degli atti e comportamenti degli amministratori imputabili alla società in virtù del rapporto organico, tanto prima che durante il relativo procedimento (Cass., 4 dicembre 1985, n. 6065, in *Fallimento*, 1986, 843).

L'esistenza del requisito della meritevolezza va verificata autonomamente e non subordinatamente all'esistenza del concorrente, ma non logicamente o cronologicamente prioritario, requisito della convenienza del concordato (Cass., 20 aprile 1990, n. 3305, in *Fallimento*, 1990, 1036).

Sicché il giudizio negativo in ordine al requisito della meritevolezza è di per sé sufficiente ad escludere il beneficio del concordato (Cass., 7 agosto 1989, n. 3614, in *Fallimento*, 1990, 365).

L'esistenza in concreto di questo requisito deve essere ravvisata tanto con un attento esame delle cause che hanno provocato il dissesto, quanto alla stregua della condotta del debitore, perché concerne i profili etici e patrimoniali della condotta dell'imprenditore ed è ricollegabile non solo e non tanto sotto l'aspetto morale, quanto con riferimento al profilo tecnico-professionale in relazione al quale non siano ravvisabili gravi negligenze ed imperizie (Cass., 7 agosto 1989, n. 3614, in *Fallimento*, 1990, 365; Trib. Isernia, 2 maggio 1990, in *Giust. civ.*, 1991, I, 761, con nota).

Si è perciò ritenuto che per ottenere il beneficio dell'ammissione al concordato la società deve dimostrare che il dissesto « è ricollegabile a meri fenomeni economici obiettivamente apprezzabili agli effetti dell'insolvenza verificatasi » (Trib. Udine, 23 maggio 1985, in *Fallimento*, 1986, 543) e deve aver « lottato per la tutela della garanzia patrimoniale dei creditori » (Trib. Roma, 5 ottobre 1992, in *Fallimento*, 1993, 405 e *Giust. civ.*, 1992, I, 2867, con nota).

Così che, all'esito di una valutazione complessiva di questi elementi, il giudice dell'omologazione deve essere in condizione di esprimere, nonostante errori od imprecisione in singoli episodi, « un apprezzamento positivo circa la correttezza morale e professionale del debitore » (Cass., 18 giugno 1992, n. 7557, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1008; Cass., 13 dicembre 1989, n. 5568, in *Fallimento*, 1990, 580).

Questo apprezzamento certamente non è possibile in presenza di comportamenti come quelli descritti nella relazione del commissario giudiziale, posto che « il requisito della meritevolezza può essere escluso in conseguenza di comportamenti riprovevoli e scorretti degli amministratori (...) indipendentemente dalla ricorrenza di un nesso eziologico fra tali comportamenti e lo stato di decozione della società » (Cass., 22 gennaio 1986, n. 403, in *Fallimento*, 1986, 858 e *Dir. fall.*, 1986, II, 554).

Perciò il debitore che abbia accresciuto il proprio passivo eseguendo operazioni economicamente scorrette nei confronti dei creditori non è meritevole del concordato (cfr.: Cass., 2 aprile 1985, n. 2250, in *Fallimento*, 1985, 1036; Trib. Velletri, 26 marzo 1992, in *Tem. romana*, 1993, 122; Trib. Torino, 11 giugno 1987, in *Giur. piemontese*, 1987, 575; App. Torino, 15 aprile 1986, in *Fallimento*, 1987, 610; Trib. Torino, 6 marzo 1981, in *Fallimento*, 1981, 770; App. Venezia, 27 gennaio 1978, in questa *Rivista*, 1970, II, 330).

Nel caso di specie è indubitabile che il direttore generale della s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo, Franco Ginepro, avendo provocato gravissimi danni patrimoniali alla società, mediante l'indebito incasso di assegni e l'esecuzione dolosa di numerose operazioni patrimoniali pregiudizievoli, non ha tenuto una condotta che consente al Tribunale l'omologazione del concordato preventivo.

Il commissario giudiziale ha poi fatto presente che la procedura è stata gravata in modo sensibile dall'alto costo della liquidazione, con emolumenti al liquidatore che, in danno di tutti i creditori, inizialmente sono stati deliberati dall'assemblea dei soci della s.p.a. Avionfin in oltre lire 30.000.000 mensili, successivamente ridotte prima a lire 20.000.000 e poi a lire 10.000.000 mensili.

Peraltro, vale osservare, in relazione all'eccezione preliminare sollevata dalla difesa della società concordataria, che è principio ormai consolidato in dottrina e in giurisprudenza che ai fini dell'omologazione del concordato preventivo il giudizio di meritevolezza, previsto dal primo comma, n. 4 dell'art. 181 della legge fallimentare, è necessario anche nel caso di società di capitali e si deve desumere dagli atti e dai comportamenti degli amministratori, che sono imputabili alla società in virtù del rapporto organico (Cass., 9 agosto 1994, n. 7347 [cit. in nota (2)]; Cass., 22 gennaio 1986, n. 403, in *Fallimento*, 1986, 858 e *Dir. fall.*, 1986, II, 554; Cass., 4 dicembre 1985, n. 6065, in *Fallimento*, 1986, 843; Trib. Ivrea, 10 gennaio 1994, in *Giur. merito*, 1994, I, 1, 1010; Trib. Roma, 5 ottobre 1992, in *Fallimento*, 1993, 405 e *Giust. civ.*, 1992, I, 2867, con nota; Trib. Torino, 22 giugno 1988, in *Dir. fall.*, 1989, II, 887; Trib. Udine, 21 ottobre 1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, 798; Trib. Ascoli Piceno, 1 luglio 1980, in *Fallimento*, 1981, 165; Trib. Reggio Emilia, 19 giugno 1979, in questa *Rivista*, 1981, II, 183; Trib. Salerno, 6 marzo 1979, in *Fallimento*, 1979, 906; cfr. anche: Trib. Sulmona, 8 agosto 1991, in *Giur. merito*, 1993, 1008, con nota; Trib. Udine, 23 maggio 1985, in *Fallimento*, 1986, 543).

Altrettanto pacifico è l'orientamento secondo cui, quando il requisito della meritevolezza della società che ha proposto il concordato preventivo deve essere escluso in conseguenza di atti o comportamenti degli amministratori, non rileva che questi sono cessati dalla carica al tempo della procedura concordataria (Cass., Sez. un., 6 settembre 1990, n. 9201, in *Fallimento*, 1991, 348).

Infatti, diversamente opinando, si dovrebbe necessariamente giungere alla aberrante conclusione che il giudizio di meritevolezza del debitore concordatario, concernente i profili etici e patrimoniali della condotta dell'imprenditore può essere operato non soltanto per gli imprenditori individuali e che, invece, deve essere omesso nel caso in cui proponente sia una società di capitali, il che ovviamente comporterebbe un'interpretazione parzialmente abrogativa della norma, certamente non consentita (Trib. Isernia, 2 maggio 1990, in *Giust. civ.*, 1991, I, 761, con nota).

È stato così ritenuto, proprio con riferimento ad un caso estremamente simile a quello in esame, ma probabilmente molto meno grave, che il diniego dell'omologazione del concordato preventivo, nei riguardi di una società di capitali, ed in relazione alla mancanza del requisito della meritevolezza del concordato medesimo, può trovare fondamento anche in una illecita sottrazione o distrazione di somme posta in essere dall'amministratore (Cass., 2 aprile 1985, n. 2250, in *Fallimento*, 1985, 1036; App. Venezia, 27 gennaio 1978, in questa *Rivista*, 1979, II, 330).

Gli atti ed i comportamenti scorretti posti in essere prima della liquidazione dal direttore generale della s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo, Franco Ginepro, sono quindi imputabili alla società in virtù del rapporto organico ed escludono in radice la sussistenza del requisito della meritevolezza.

Tutto quanto sopra esposto è più che sufficiente per rigettare la richiesta di omolo-

gazione del concordato preventivo proposto dalla s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo in liquidazione ma, accessoriamente e solo per completezza espositiva, è opportuno evidenziare che in ogni caso i beni offerti dalla società debitrice non sono sufficienti per il pagamento dei crediti nella misura indicata nella proposta e, dunque, non sussiste neppure il presupposto di cui all'art. 181, primo comma, n. 3 della legge fallimentare.

Il commissario giudiziale ha posto in rilievo come dalla situazione patrimoniale al 30 aprile 1993 redatta dal consiglio di amministrazione ed approvata dal collegio sindacale si rileva chiaramente come in questa occasione, come in quelle precedenti, siano state fornite ai soci ed ai creditori inesatte comunicazioni sociali, che saranno poi causa di azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (artt. 2393 e 2394 c.c.) e dei sindaci (art. 2407 c.c.) come previsto dall'art. 146 della legge fallimentare.

Infatti, un attento esame comparato dei bilanci relativi agli esercizi 1990, 1991 e 1992 porta alla logica constatazione che « non è possibile aver depauperato tutto il patrimonio della società in un solo esercizio ».

Ciò posto, la differenza più evidente tra i valori attribuiti dalla società nella proposta di concordato preventivo e quelli accertati dal commissario giudiziale riguarda la valutazione dell'attivo e, in particolare, dei crediti che la s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo vanta verso terzi.

Dal momento della presentazione della proposta sono decorsi oltre due anni e mezzo e quindi la percentuale di realizzazione dei crediti non deve più essere fondata su una previsione presumibile, ma può basarsi su elementi concreti costituiti dai risultati dell'attività finora svolta dalla società per giungere ad un sollecito recupero.

Questa impostazione trova ancora maggiore conforto se si pone mente allo sforzo compiuto dalla s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo per il recupero dei crediti, ove si pensi che l'adunanza dei creditori è stata più volte rinviata su richiesta del liquidatore e dei legali della società, i quali si erano e si sono impegnati ad effettuare una massiccia azione di recupero dei crediti verso i clienti, in modo da sovvertire la previsione negativa effettuata dal commissario giudiziale.

Ebbene, nella stessa comparsa conclusionale della società proponente si dichiara che dall'1 gennaio 1994 all'11 maggio 1995 sono stati incassati crediti per lire 2.685.494.457 e ad oggi non risulta che siano stati realizzati altri introiti a questo titolo.

Essendo notorio che più passa tempo dalla cessazione dell'attività e più è difficile recuperare i crediti, e potendosi presumere che sono stati escussi positivamente i debitori meno riottosi, si può ragionevolmente prevedere che i crediti nei confronti degli altri debitori, a causa della loro natura, delle contestazioni sollevate, delle circostanze intrinseche ed estrinseche che ostacolano il recupero, siano realizzabili in misura minima e comunque nettamente insufficiente a consentire di raggiungere le condizioni minime richieste per l'omologazione del concordato preventivo.

Deve perciò ritenersi che, nonostante gli evidenti sforzi della s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo, la previsione del commissario giudiziale, che presupponeva potessero realizzarsi lire 4.000.000.000 dai crediti vantati presso i clienti, sono state addirittura smentite dai risultati obiettivamente raggiunti che hanno portato in oltre due anni e mezzo di tentativi ad introitare solo lire 2.685.494.457.

L'attivo del concordato può quindi ottimisticamente essere valutato in lire 5.148.000.000, rispetto ad un fabbisogno che è stato correttamente stimato dal commissario giudiziale in una somma pari ad oltre il doppio, cioè in lire 10.451.400.000, che tiene già conto della postergazione di crediti per lire 872.000.000.

L'attivo concordatario, così determinato, sarebbe perciò sufficiente per soddisfare

i creditori chirografari appena nella misura del 14,02%, lontanissima da quella minima necessaria per l'omologazione.

Quanto alle possibili transazioni con i debitori nazionali ed esteri, che la società proponente ha evidenziato nell'istanza presentata dopo che la causa è stata trattenuta dal Tribunale per la decisione, non può non rilevarsi come l'espressione sia generica, priva di qualsiasi supporto e persino di cifre e che il commissario giudiziale ha chiarito di non aver mai ricevuto alcuna concreta proposta.

In ogni caso, nel calcolo dell'attivo lo stesso commissario giudiziale ha inserito fra le attività da realizzare alla voce « crediti verso clienti » l'importo di lire 1.500.000.000, nella speranza di realizzare vari crediti compresi quelli nei confronti delle società Vaco e RRT, ed alla voce « crediti diversi » l'importo di lire 591.000.000 per tutte le cause da risarcimento danni, compresa quella nei confronti dell'ex direttore generale Franco Ginepro, ma attualmente nessuna somma è stata realizzata anche a questo titolo e le ipotetiche transazioni che la s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo suppone di concludere non dovrebbero consentire risultati migliori rispetto a quelli preventivati.

Tra l'altro, il commissario giudiziale ha interpellato i legali della società Vaco e del Ginepro, i quali hanno assicurato di non aver ancora le loro proposte transattive per la definizione delle vertenze in corso.

Pertanto, mancano del tutto le condizioni minime per l'omologazione del concordato preventivo, ma è opportuno segnalare che non è neppure vero che il costo della liquidazione fallimentare sarebbe certamente maggiore rispetto a quello della liquidazione svolta nella sede concordataria.

È vero che il requisito della convenienza economica del concordato preventivo, previsto dall'art. 181, primo comma, n. 1, della legge fallimentare, deve essere riscontrato sulla base di una concreta valutazione comparativa tra le possibilità soddisfattive delle due procedure (Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2925; Cass., 10 gennaio 1986, n. 68, in *Fallimento*, 1986, 508 e *Dir. fall.*, 1986, II, 196), ma nel caso di specie, mentre non risultano maggiori sopravvenienze in caso di liquidazione concordataria, e deve tenersi conto solo della postergazione di crediti per lire 872.000.000 (che, ridotti alla percentuale del 40%, portano ad una diminuzione del fabbisogno di lire 348.800.000) è evidente che nella liquidazione fallimentare l'eventuale percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari potrebbe essere invece congruamente ampliata dalle possibili azioni revocatorie e dalle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei sindaci, per importi molto ingenti.

Da ultimo, non va poi dimenticato che l'ammissione al concordato preventivo postula l'integrale pagamento dei crediti privilegiati immediatamente dopo l'omologazione del concordato sia perché l'art. 160 della legge fallimentare — nel condizionare la proposta di concordato al pagamento, entro sei mesi, dei crediti chirografari, e, in caso di dilazione maggiore, alla prestazione di garanzie anche per il pagamento degli interessi — implicitamente presuppone l'immediato pagamento dei crediti privilegiati, sia perché solo l'obbligo dell'immediata soddisfazione di tali crediti giustifica l'esclusione dei creditori privilegiati dal voto per l'approvazione del concordato e la necessità per partecipare ad esso, della loro rinuncia alla prelazione (cfr. da ultimo: Cass., 26 novembre 1992, n. 12632, in *Fallimento*, 1993, 707 e *Arch. civ.*, 1993, 422).

Invece, a distanza di quasi tre anni dalla presentazione della domanda di concordato preventivo e di ancor più tempo dalla liquidazione i creditori privilegiati della s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo non sono ancora stati integralmente pagati e non si ravvisano le condizioni perché siano interamente soddisfatti immediatamente dopo l'eventuale pronuncia del Tribunale.

La domanda di omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni deve quindi essere rigettata e, accertato il reale stato di insolvenza della società, quale si ricava in tutta evidenza dalla situazione patrimoniale sopra rappresentata, deve essere dichiarato il fallimento della s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo in liquidazione.

P.Q.M. — visti gli artt. 1, 5, 6 e 16 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267;

dichiara il fallimento della s.p.a. Odino Valperga Italeuropa General Cargo in liquidazione, con sede a Sesto Fiorentino, località Osmannoro, in Via Provinciale Lucchese nn. 15/17, ed eventuali altre unità locali;

nomina giudice delegato il Dott. Valentino Pezzuti e curatore il Dott. Carlo Brogioni;

ordina al fallito di depositare in cancelleria entro ventiquattro ore i bilanci e le scritture contabili; assegna ai creditori ed ai terzi che vantano diritti reali mobiliari su cose in possesso del fallito il termine di venti giorni dall'affissione della presente sentenza per il deposito in cancelleria delle domande di insinuazione al passivo;

stabilisce che l'esame dello stato passivo abbia luogo dinanzi al giudice delegato il 14 maggio 1996 alle ore 10,30;

in mancanza di fondi liquidi a disposizione autorizza la prenotazione a debito delle spese e diritti della presente sentenza e degli adempimenti conseguenziali. (*Omissis*).

(¹) Quanto alla prima parte della massima trattasi di principio assolutamente pacifico che discende dall'inequivocabile lettera dell'art. 181, primo e secondo comma, l. fall.

Relativamente alla seconda parte, cfr., negli stessi termini, Cass., 20 aprile 1990, n. 3305, Monici c. fall. Monici, in *Fallimento*, 1990, p. 1036; Cass., 7 agosto 1989, n. 3614, Furco c. Ottovoggio, in *Fallimento*, 1990, p. 365.

(²) Come già evidenziato nella sentenza qui commentata, la statuizione sul punto del giudice mediceo trova il conforto della giurisprudenza assolutamente prevalente; cfr., fra le altre, Cass., 9 agosto 1994, n. 7347, Bavaria assicurazioni s.p.a. c. Architettura industrializzata s.p.a., in *Fallimento*, 1995, p. 284; Cass., Sez. un., 6 settembre 1990, n. 9201, S.Pi.M. s.p.a. c. Esattoria consorziale di Occimano, in *Fallimento*, 1991, p. 348; Cass., 22 gennaio 1986, n. 403, Lanificio e canapificio nazionale s.p.a. c. Acclafèr Maprisid s.p.a., in *Fallimento*, 1986, p. 858; tra i giudici di merito si segnalano: Trib. Milano, 2 marzo 1995, Sogema s.r.l. in liquidazione c. massa dei creditori, in *Fallimento*, 1995, p. 883; Trib. Torino, 23 giugno 1988, L.P.M. s.p.a. in liquidazione c. massa dei creditori, in *Fallimento*, 1989, p. 420.

A tale severo indirizzo (in forza del rapporto organico il comportamento immeritevole degli amministratori porta comunque alla mancata omologa del concordato della società), si affianca altro secondo cui il comportamento degli amministratori è decisivo sul piano della meritevolezza solamente allorché sia fatto proprio dalla società con l'approvazione dell'assemblea ovvero se compiuto o comunque conosciuto dai soci (v. Cass., 2 aprile 1985, n. 2250, Edilconstrut s.r.l. c. Fall. Edilconstrut s.r.l., in *Fallimento*, 1985, p. 1036; Cass., 4 dicembre 1985, n. 6065, Soc. C.P.M. c. Fall. Soc. C.P.M., in *Dir. fall.*, 1986, II, p. 469; Cass., 29 ottobre 1984, n. 5528, Ge.Vi. s.n.c. c. Ila Pedretti s.p.a., in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 58; tra le decisioni della giurisprudenza di merito cfr. App. Torino, 21 marzo 1988, Soc. Top color c. conc. prev. Soc. Top color, in questa *Rivista*, 1988, II, p. 880, Trib. Napoli, 2 febbraio 1984, Soc. immobiliare Ca-

pece c. massa dei creditori, in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 632; in dottrina vedasi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 2320).

Sull'argomento della meritevolezza (sebbene con precipuo riferimento al requisito richiesto dall'art. 160, n. 3, l. fall. tanto in materia di amministrazione controllata che di concordato preventivo) deve infine segnalarsi una recente decisione del S.C. che, relativamente ad una procedura di amministrazione controllata, si è espresso in senso diametralmente opposto a quello sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria: « È indubbio che i soggetti attraverso i quali la società in crisi chiede fiducia ai creditori sono gli amministratori; ciò malgrado (a parte la facile eludibilità di un eventuale divieto da parte di una società di capitali che formalmente muti la persona dell'amministratore), non si può prescindere dal rilievo che la soggettività giuridica degli amministratori è, e rimane, distinta da quella della società per cui non possono estendersi ad essa elementi negativi coinvolgenti direttamente gli amministratori e non la società in quanto tale ». (Così Cass., 2 settembre 1996, n. 8005, Imba sud s.r.l. c. Raviele legnami s.r.l., in *Fallimento*, 1997, p. 488, che in tal modo si affianca alle decisioni di talune corti di merito: Trib. Palermo, 13 maggio 1980, Maniglia costruzioni s.p.a. c. Cassa di risparmio, in *Fallimento*, 1981, p. 165; Trib. Bari, 5 luglio 1982, Oggiano c. Banca popolare della Murgia, in *Fallimento*, 1983, p. 675; Trib. Chieti, 5 settembre 1986, Conc. prev. Vata s.p.a. e Cassa di risparmio c. Vata s.p.a., in *Dir. fall.*, 1986, II, p. 954; Trib. Velletri, 26 marzo 1992, Soc. Robomac c. massa dei creditori, in *Dir. fall.*, 1993, p. 227).

(³) Sulla tematica di cui alla massima, oltre i precedenti richiamati dal giudice fiorentino, cfr. Cass., 20 aprile 1990, n. 3305, cit.; Cass., 29 ottobre 1984, n. 5528, cit. In dottrina si segnala lo scritto di L. GUGLIELMUCCI, *La meritevolezza dell'imprenditore indagato*, in *Fallimento*, 1995, p. 561 ss.

(⁴) Principio del tutto pacifico; cfr., ulteriormente rispetto a quelle già richiamate dal giudice giuliano, Cass., 13 dicembre 1989, n. 5568, Credito romagnolo s.p.a. c. Fonderie s.r.l., in *Fallimento*, 1990, p. 580; nonché, tra le decisioni di merito, Trib. Verbania, 6 febbraio 1997, Cevo s.a.s. c. massa dei creditori, in *Fallimento*, 1997, p. 749; Trib. Ravenna, 25 ottobre 1993, Inter scavi s.p.a. c. massa dei creditori, in *Fallimento*, 1994, p. 775; Trib. Milano, 19 giugno 1986, Motomagnetica Loguluso s.n.c. c. Cocchi, in *Fallimento*, 1987, p. 1062; Trib. Napoli, 2 febbraio 1984, cit.

(⁵) **Nel concordato preventivo con cessione dei beni la fase liquidatoria riguarda anche i creditori con diritto di prelazione?**

Come è noto l'art. 160, secondo comma, n. 2, l. fall. regola la fattispecie del concordato preventivo con cessione dei beni.

Tale previsione normativa è strettamente correlata con l'art. 182 l. fall. che disciplina la fase liquidatoria di detti beni.

Peraltro con la commentata sentenza il Tribunale di Firenze ritiene che tale fase non riguardi i creditori privilegiati (*rectius*: i creditori muniti di una legittima causa di prelazione) (¹).

(¹) Nello stesso senso (*rectius*: addirittura sembrerebbe anche con riguardo ai creditori chirografari) v. D. PISELLI, *Risoluzione del concordato: stato dell'arte di dottrina e giurisprudenza*, in *Fallimento*, 1997, p. 1225 ss. ed *ivi* alla p. 1226, il quale parla di « mancanza di una fase di liquidazione nel concordato con cessione » espressamente richiamando Trib. Genova, 10 gennaio 1991, Società Antisettica di Labinto & C. s.n.c. c. Conc. prev. Società antisettica di Labinto & C. s.n.c., in questa *Rivista*, 1992, II, 1516, con nota di E. FRANCARDO, *Concordato preventivo con cessione dei beni e creditori privilegiati*. Tuttavia l'inter-

Infatti, secondo il giudice fiorentino, il concordato preventivo con cessione dei beni non può essere ammesso qualora già all'atto della presentazione della relativa domanda non risulti certo che al momento dell'omologa (e, quindi, non dopo la fase liquidatoria) i creditori privilegiati saranno integralmente pagati.

Tutto ciò ove anche all'atto della domanda i beni appaiano capienti sulla base di una seria valutazione previsionale e senza peraltro che vi sia in proposta una richiesta di dilazione per il pagamento dei creditori con diritto di prelazione.

Testualmente sul punto il giudice mediceo: « L'ammissione al concordato preventivo postula l'integrale pagamento dei crediti privilegiati immediatamente dopo l'omologazione del concordato sia perché l'art. 160 l. fall. — nel condizionare la proposta di concordato al pagamento, entro sei mesi, dei crediti chirografari, e, in caso di dilazione maggiore, alla prestazione di garanzia anche per il pagamento degli interessi — implicitamente presuppone l'immediato pagamento dei crediti privilegiati sia perché solo l'obbligo dell'immediata soddisfazione di tali crediti giustifica l'esclusione dei creditori privilegiati dal voto per l'approvazione del concordato e la necessità, per partecipare ad esso, della loro rinuncia alla prelazione (cfr., da ultimo, Cass., 26 novembre 1992, n. 12632, in *Fallimento*, 1993, 707 e *Arch. civ.*, 1993, 422) ».

Anzitutto il richiamo che il Tribunale fa a tale precedente del S.C. non ci sembra pertinente.

Né ci risulta che il giudice di legittimità abbia affermato in altre decisioni quanto sostenuto nella commentata sentenza, come invece lascerebbe presupporre il « da ultimo » usato dal giudice fiorentino.

Con la richiamata pronuncia il S.C. si limita ad osservare che la *proposta* di concordato preventivo (che peraltro nel caso esaminato dalla Suprema Corte era stata formulata *ex art.* 160, secondo comma, n. 1, l. fall.) non può essere formulata con la espressa richiesta di una dilazione per il pagamento dei creditori con diritto di prelazione, non essendo applicabile, né estensivamente, né analogicamente, la previsione di cui all'art. 160, secondo comma, n. 1, l. fall. concernente la possibilità di dilazione del pagamento dei (soli) creditori chirografari.

Cioè non può essere ammessa la proposta di concordato preventivo garantito (ed ancor di più, come vedremo fra poco, la proposta di concordato con cessione dei beni) che espressamente preveda anche per i creditori privilegiati un pagamento dilazionato ^(?).

pretazione di tale decisione (probabilmente favorita dall'analoga lettura offerta dal suo primo commentatore; v. Trib. Genova, 10 gennaio 1991, cit. ed ivi p. 520) appare poco condivisibile atteso che ivi il giudice, chiamato a pronunciarsi sull'omologa di un concordato preventivo con cessione dei beni, si limita ad affermare che solo nella diversa ipotesi del concordato con garanzia non è prevista la fase della liquidazione: « il concordato preventivo, anche quando la proposta preveda la cessione dei beni, deve consentire il soddisfacimento dei creditori nella misura minima indicata nell'art. 160 c.p.c. n. 1 per il concordato con garanzia. In tale caso non è prevista la fase della liquidazione ... ». La fondatezza di tale conclusione si ricava inoltre dal fatto che, omologato il concordato, il Tribunale ha statuito altresì che, « trattandosi di concordato preventivo per cessione dei beni, ai sensi dell'art. 182 l. fall., deve provvedersi alla nomina di un liquidatore ... ».

^(?) Cfr., sullo stesso solco di Cass., 26 novembre 1992, n. 12632, cit., Cass., 6 settembre 1974, n. 2423, I.N.P.S. c. Costruzioni meccaniche Cecchetti s.p.a., in *Dir. fall.*, 1975, II, p. 530; Cass., 15 luglio 1976, n. 2793, Leggieri c. Soc. Philco Italiana, in *Mass. Giust. civ.*, 1976, c. 1188; Cass., 17 novembre 1992, n. 12300, Garraffo Barbaro costruzioni s.n.c. c. fall. Garraffo Barbaro costruzioni s.n.c., in *Fallimento*, 1993, p. 507.

Ma cosa abbia a che fare tale principio ⁽³⁾, con quanto affermato dal Tribunale di Firenze non è dato comprendere.

Infatti è *in re ipsa* che la proposta di concordato preventivo con cessione dei beni non possa (più che non debba) prevedere una dilazione ad una certa data del pagamento dei crediti (chirografari o privilegiati che siano). È immanente alla *cessio bonorum* che i pagamenti avverranno solamente allorché i beni ceduti saranno, dopo l'omologa del concordato, liquidati.

E tale evento, come è ovvio, è del tutto incerto nel momento in cui il debitore presenta la proposta di concordato con cessione dei beni.

Ma sulla tematica in esame il conforto più autorevole è offerto da una decisione del S.C. ⁽⁴⁾ tra le cui motivazioni può anche leggersi che solamente nell'ipotesi di concordato con garanzia la proposta deve prevedere il pagamento « in tempi in parte vincolati per legge (immediatamente dopo l'omologa per i creditori muniti di prelazione, entro sei mesi per i creditori chirografari, ovvero in tempo superiore con l'offerta di ulteriori garanzie per il pagamento degli interessi) ». Quindi deve esistere « la certezza (sia pure sul piano previsionale) del pagamento di percentuali fisse entro termini preordinati. » Invece nel concordato con cessione dei beni tali vincoli temporali non sussistono e « la certezza di adempimento, sul piano previsionale, è data dal valore del patrimonio del debitore (ed in tale senso si potrebbe parlare di patrimonio come « garanzia », con significato atecnico, secondo la terminologia della prassi recepita dal ricorrente). Peraltro, la necessità della liquidazione patrimoniale che non consente esatte previsioni di adempimento e l'ulteriore necessità del rispetto del generale principio di responsabilità, che non consente al debitore di sottrarre valori patrimoniali alla loro destinazione di soddisfazione dei creditori, ha portato, nella figura, alla previsione delle ulteriori caratteristiche essenziali dello schema consistenti: a) nella destinazione, dell'intero patrimonio, e non di parte di esso, alla soddisfazione dei creditori; b) nella determinazione di una percentuale minima di soddisfazione su un piano previsionale, e non di una percentuale fissa non coordinabile con l'esigenza del rispetto del generale principio di responsabilità; c) nella mancata fissazione di un termine di adempimento, non diversamente coordinabile con le situazioni future ed incerte inerenti alle esigenze della liquidazione patrimoniale.

Come correlazione, peraltro, con le necessarie esigenze di chi intenda dare sicurezza di adempimento del concordato con la sola consistenza del proprio patrimonio, a tutela dei creditori la legge prevede la privazione, da parte del debitore, della disponibilità del patrimonio affidandone la liquidazione a particolari organi ».

⁽³⁾ Peraltro neppure condiviso da alcune corti di merito; v. App. Venezia, 18 marzo 1958, Spinetta c. fall. Spinetta, in *Dir. fall.*, 1958, II, p. 75; Trib. Roma, 16 maggio 1959, Fall. Di Carlo s.d.f. c. massa dei creditori, in *Dir. fall.*, 1959, II, p. 498, con nota di L. PAZZAGLIA, *Concordato (fallimentare) e creditori privilegiati*; Trib. Roma, 14 marzo 1961, Monte Ripali s.p.a. c. massa dei creditori, in *Dir. fall.*, 1961, II, p. 371, con nota di I. SCETTINI, *Questioni in tema di concordato preventivo*; Trib. Parma, 25 luglio 1968, Soc. L.I.M.S. c. Soc. Salamini, in questa *Rivista*, 1968, II, p. 1083, con nota di E. ALVINO, *Regolare contabilità nel biennio e dilazione di crediti privilegiati: due questioni da risolvere in materia di concordato preventivo*; Trib. Milano, 20 gennaio 1977, Restelli c. fall. Restelli, in *Dir. fall.*, 1977, II, p. 536; App. Bologna, 16 aprile 1977, Dall'Olio c. Raddi, in questa *Rivista*, 1979, II, p. 174.

⁽⁴⁾ Cfr. Cass., 11 aprile 1989, n. 1737, Falcone c. fall. Falcone, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1700.

Quanto sostenuto con argomenti assolutamente convincenti in tale decisione del S.C. ⁽⁵⁾ trova conferma nelle ulteriori considerazioni di cui in appresso.

Anzitutto nella lettera dell'art. 160, secondo comma, n. 2, l. fall. che non prevede che la proposta di concordato con cessione dei beni debba contenere elementi che diano la certezza assoluta che i creditori privilegiati saranno pagati immediatamente dopo l'omologa del concordato.

Cioè non è previsto da tale norma che per i creditori privilegiati (ma nemmeno per quelli chirografari) debba sussistere un termine immediatamente *post* omologa da rispettare.

Non a caso la citata disposizione parla solo di « misura » e non anche dei « termini indicati al n. 1 ».

Insomma, rispetto al concordato con cessione dei beni, vi deve essere un serio giudizio probabilistico, ma esclusivamente questo, che faccia ritenere fondato, seriamente fondato, che tutti i creditori (pur se in diversa misura) possano essere soddisfatti nell'ordinaria e necessaria fase *post* omologa di liquidazione dei beni e senza alcun preventivo termine ultimo.

Ma « fondatamente ritenere » è un mero giudizio probabilistico che non equivale a certezza di ricavare un determinato prezzo ed entro un certo termine. L'unica volta che la normativa in materia imporrà tali certezze — che solo il versamento del denaro permette di conseguire — si avrà per le spese di procedura rispetto alle quali la semplice valutazione positiva del valore dei beni ceduti — da liquidare, come visto, senza l'imposizione di un preventivo termine ultimo — non viene ritenuta sufficiente: infatti la norma (v. art. 163, n. 4, l. fall.) parla espressamente di « somma » da versarsi entro un determinato termine ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Condivide l'assunto che il concordato preventivo con cessione dei beni non può subire l'imposizione di un termine per l'adempimento da parte del Tribunale in sede di omologa, App. Bologna, 31 luglio 1989, Adriabox s.p.a. c. Bonini, in questa *Rivista*, 1980, II, p. 782, con nota critica di S. PACHI PASUCCI, *Il termine per l'adempimento nel concordato preventivo*. Invece nello stesso senso del giudice bolognese si esprime G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1979, p. 204, n. 74, il quale afferma: « La possibilità di monetizzare il patrimonio ceduto, le conclusioni di contestazioni insorte, l'esaurirsi di rapporti fiscali, la riscossione di crediti, la difficoltà di realizzo di determinati cespiti, ecc., costituiscono tutte attività tipiche di ogni liquidazione al cui compimento, se è certamente ricollegabile la diligenza del liquidatore, contribuiscono anche, e spesso in maniera determinante, ulteriori fattori imprevedibili ed indipendenti dalla volontà dell'organo preposto a tale compito (...); ci sembra quindi che se il protrarsi della liquidazione giudiziale dipende dalla esclusiva condotta del liquidatore sussista già nella legge il rimedio cui ricorrere per porre fine all'inconveniente (revoca del liquidatore giudiziale, salvo l'azione di danni) e se invece la durata della liquidazione dipende da fattori estranei all'espletamento dell'incarico, è altrettanto indubbio che la preventiva fissazione di un termine entro il quale si stabilisce che debba esaurirsi la liquidazione appare del tutto inutile perché non potrà costituire rimedio per esaurire la liquidazione in un tempo breve ».

⁽⁶⁾ Circa la natura di tale termine, la giurisprudenza prevalente ritiene sia perentorio e che decorra dalla comunicazione *ex art.* 163 c.p.c. del relativo decreto (cfr. Cass., 10 luglio 1993, n. 7598, Soc. Valco c. fall. Soc. Valco, in *Fallimento*, 1993, p. 1250; Cass., 12 marzo 1973, n. 688, Soc. M.I.P. c. Soc. Nuova M.I.P., in *Dir. fall.*, 1973, I, p. 395; tra le statuizioni di merito si vedano, tra le altre, Trib. Roma, 1 ottobre 1991, Officine Meccaniche Pontine c. fall. Officine Meccaniche Pontine, in *Fallimento*, 1992, p. 432). È degna peraltro di menzione una tesi intermedia secondo cui il termine è sì perentorio, ma caratterizzato da una peculiarità: se la relativa sanzione (la dichiarazione di fallimento) non interviene prima che il deposito, pur se tardivo, sia comunque effettuato, tale sanzione non può più essere comminata (cfr. Trib. Genova, 3 febbraio 1987, Carriers s.p.a. c. massa dei creditori, in *Fallimento*, 1987, p. 1183; Trib. Treviso, 27 marzo 1986, Pradal c. massa creditori, in *Fallimento*, 1987,

Ciò rappresenta un'ulteriore considerazione per far ritenere a *contrariis* che, invece, il giudizio probabilistico è sufficiente, non solo per il pagamento dei creditori chirografari, ma anche per quelli con diritto di prelazione.

E non a caso il richiamato precedente del S.C. parla — ed addirittura anche per il concordato garantito come diremo meglio *infra* — di « certezza sia pure sul piano previsionale ».

Ma vi è di più nella normativa fallimentare a conforto dell'autorevole insegnamento del giudice di legittimità.

Anzitutto nell'art. 177, secondo e terzo comma, l. fall.

Come è noto dette disposizioni prevedono che anche i creditori muniti di una causa di prelazione possano votare purché rinuncino alla prelazione ma con salvezza di riacquistarla nel caso in cui il concordato non venga omologato ovvero, una volta omologato, venga poi annullato.

Quale potrebbe essere la *ratio* di una normativa di tal genere se si dovesse condividere l'opinione del Tribunale di Firenze secondo cui i creditori privilegiati devono avere la certezza, addirittura *ante* ammissione concordato, di essere integralmente pagati subito dopo l'omologa e senza quindi che rispetto a questi creditori possa sussistere una fase liquidatoria, dovendo pertanto sussistere già tra i « beni ceduti » le somme sufficienti perché siano immediatamente pagati?

Nessuna, poiché i creditori con diritto di prelazione non avrebbero certo alcuna ragione per votare; cioè non avrebbero a tal fine alcun interesse giuridicamente rilevante (quello della meritevolezza è un aspetto che rileva solamente su un piano pubblicistico ed è quindi demandato alla valutazione d'ufficio del giudice).

Allora è evidente che la norma in questione intende consentire anche al creditore con diritto di prelazione di poter esprimere la propria valutazione di carattere patrimoniale sulla proposta di concordato: tale procedura concorsuale minore permetterà effettivamente l'integrale pagamento? Valutazione, non solo rispetto al concordato con cessione dei beni, ma — come *supra* accennavamo — anche con riguardo al concordato garantito.

Cioè anche in tale ipotesi vi sarà da effettuare una valutazione di carattere patrimoniale, non richiedendosi che al momento della proposta vi sia la certezza assoluta di pagamento.

Difatti la legge si limita ad affermare che « il debitore offra serie garanzie reali o personali di pagare ... ».

Questo significa che il creditore con diritto di prelazione potrebbe, ad esempio, ritenere garanzie non « serie » la fidejussione di una banca di minor importanza e/o un bene immobile di un terzo e pertanto si determini a votare reputando con il suo voto negativo di poter incidere in modo decisivo sulle maggioranze (ed essendo quindi certo di non perdere la causa di privilegio nel successivo fallimento).

Evidentemente tutto ciò vale a maggior ragione nel caso di concordato con cessione dei beni in cui il giudizio di verosimiglianza, ontologicamente *quo ante*, sarà ef-

p. 330; Trib. Catania, 9 gennaio 1984, Barbaglio c. massa dei creditori, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 338 e in questa *Rivista*, 1984, II, p. 797; in dottrina v. P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1976, p. 720; A. BONSIGNORI, *Del Concordato*, in *Commentario Scialoia-Branca*, Bologna-Roma, 1977, *sub* art. 163 l. fall., p. 152 ss.). Va infine segnalato che il decreto *ex* art. 163, n. 4, l. fall. non è ricorribile per Cassazione *ex* art. 111 Cost. essendo privo dei requisiti della decisorietà e definitività (v. sull'argomento la recente statuizione di Cass., 4 dicembre 1996, n. 10821, Poggio sul lago s.r.l. c. Amiconi (P.M. presso il Tribunale di Roma), in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 230, la quale in un *obiter dictum* tra l'altro afferma che il termine di deposito, prima della scadenza, può essere prorogato dallo stesso Tribunale).

fettuato dal creditore privilegiato con più rigore allo scopo di valutare se fondatamente tale procedura possa portare al soddisfacimento integrale del proprio credito.

Ecco quindi l'interesse del creditore con diritto di prelazione (certo con il suo voto di impedire il conseguimento della richiesta maggioranza favorevole dei 2/3 di cui all'art. 178, quarto comma, l. fall.) a partecipare alla votazione per non consentire appunto che i creditori chirografari possano dar via libera ad un concordato ritenuto meno conveniente di un fallimento in cui le ipotizzate azioni revocatorie potrebbero portare quel *quid* in più proprio a vantaggio dei primi creditori ad essere pagati.

Oppure la scelta di votare negativamente di un istituto di credito fondiario per non permettere che la procedura di concordato preventivo blocchi, a differenza del fallimento⁽⁷⁾, un'esecuzione immobiliare individuale considerata più vantaggiosa dal creditore fondiario⁽⁸⁾.

Quindi, al contrario di quanto ritenuto dal tribunale di Firenze, è proprio l'esistenza dell'art. 177 l. fall. che spiega ancor di più, diremmo quasi in modo decisivo, che non deve sussistere *ante* omologa (ed a maggior ragione *ante* ammissione, pena tra l'altro l'impossibilità di conoscere *ex art.* 177 proprio il pensiero delle parti più interessate!) la certezza che tutti i creditori privilegiati saranno pagati immediatamente dopo l'omologa stessa.

È sufficiente invece una fondata, seria valutazione che ciò possa accadere dopo la fase di liquidazione dei beni ceduti a creditori.

Valutazione che il Tribunale effettuerà due volte.

A) Una prima volta all'atto dell'ammissione che, rappresentando sul punto una fase meramente deliberativa, tale deve restare e certamente pro debitore se il debitore ha assolto le altre condizioni previste dall'art. 160, primo comma, l. fall.

E ciò perché,

— solo così anche tutti i creditori potranno esprimere la propria opinione al riguardo (*ex art.* 177 l. fall.);

— solo così il debitore e gli organi della procedura potranno meglio approfondire vantaggi e svantaggi del concordato rispetto al fallimento, senza peraltro che i creditori subiscano alcun danno perché tutto resterà cristallizzato alla data di presentazione della domanda di concordato (interessi — salvo le eccezioni vevoli comunque per ambedue le procedure — prescrizioni e decadenze, eventuali esecuzioni degli istituti di credito fondiario) ovvero alla data del decreto di ammissione *ex art.* 163 l. fall. (azioni revocatorie fallimentari)⁽⁹⁾.

(7) Sull'argomento cfr., da ultimo, Cass., 3 giugno 1996, n. 5081, Soc. Europa Park Hotel c. B.N.L. Credito Fondiario s.p.a., in *Fallimento*, 1997, p. 49 e negli stessi termini Cass., 7 novembre 1991, n. 11879, Messineo c. Istituto di Credito Fondiario della Toscana, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1279.

(8) Sulle ulteriori ragioni evidenziate dalla prassi giurisprudenziale perché un creditore con diritto di prelazione possa decidere di votare, si vedano le interessanti osservazioni di M. MACCHIA, *Alternativa tra fallimento e concordato preventivo: costi, benefici e rischi*, in *Fallimento*, 1996, p. 866 ss., ivi alla p. 867.

(9) In caso di consecuzione tra procedure è oramai del tutto pacifico che decorra da tale data il computo a ritroso del periodo sospetto concernente le azioni revocatorie fallimentari (cfr. fra le tante, Cass., 21 febbraio 1997, n. 1612, Cassa di Risparmio di Pistoia e Pescia c. fall. Fabbrica Imballaggi s.p.a. e Cass., 18 febbraio 1997, n. 1493, Banca Provinciale Lombarda s.p.a. c. fall. Fratelli Gnali, ambedue in *Fallimento*, 1997, p. 1001; Cass., 23 gennaio 1997, n. 699, Arcovito c. Fall. Codelfa s.p.a., in *Fallimento*, 1997, p. 825; Cass., 2 settembre 1996, n. 7994, Curatela fall. Edil Randazzo s.a.s. c. Falci, in *Fallimento*, 1997, p. 74; Cass., 2 giugno 1988, n. 3741, Interinvest s.p.a. c. fall. Edilrandazzo s.a.s., in *Fallimento*, 1988, p. 972). Decorre invece dalla data di dichiarazione del fallimento il relativo

Né potrà obiettarsi che l'ammissione comporterà comunque il maggior onere delle spese di giustizia, perché non si può per tale marginale aspetto (ed a maggior ragione ove i compensi del commissario, per legge nei massimi così lauti, fossero liquidati, specialmente in caso di mancata omologa, ai minimi) ⁽¹⁰⁾ rischiare di stravolgere il sistema legislativo.

B) Una seconda volta (in cui il Tribunale esaminerà nuovamente sul piano economico la proposta di concordato) si verificherà all'atto dell'omologa e cioè quando il giudice potrà fruire di ogni maggiore elemento di valutazione acquisito *post* ammissione (e quindi non più in via delibativa ma a *cognizione piena*), compreso quello offerto dai (ed ai) creditori *ex art. 177 l. fall.*

Art. 177 che peraltro nelle previsioni di cui al terzo comma non viene, e significativamente, richiamato dall'art. 189 l. fall. in materia di amministrazione controllata. Infatti, in tale ipotesi, visto il modestissimo sacrificio richiesto ai creditori con diritto di prelazione (nel concordato con cessione dei beni o con garanzia va stabilito se i beni o le garanzie offerte siano in grado di far conseguire il pagamento al 100%, mentre nel caso di amministrazione controllata c'è solo da sopportare una moratoria di massimo due anni), agli stessi non è permesso votare (v. art. 189, primo e terzo comma, l. fall.).

termine prescrizione (v., *ex multis*, Cass., 2 settembre 1996, n. 7994, cit.; Cass., 12 maggio 1994, n. 4639, Fall. Edil Randazzo s.a.s. c. Airò Farulla, in *Fallimento*, 1995, p. 23, con nota di M. NALDINI; Cass., 6 novembre 1993, n. 11013, S.L.C. s.r.l. c. fall. I.C.O. s.p.a. in *Fallimento*, 1994, p. 367. *Contra* si segnala la isolata Cass., 3 luglio 1987, n. 5821, Fall. Faema s.p.a. c. Banca Popolare di Bergamo, in *Fallimento*, 1987, p. 1164).

⁽¹⁰⁾ Anzi anche al di sotto dei minimi « qualora il commissario cessi dalle funzioni prima della chiusura delle operazioni ... perché non venga completata la procedura ». (Così Cass., 16 marzo 1997, n. 2443, Battino c. Soc. Soleia, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 422).

Certamente senza disporre il raddoppio di tale compenso previsto dall'art. 5, d.m. 28 luglio 1992, n. 570 da disapplicarsi *ex artt.* 4 e 5, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E « nella parte in cui prevede a favore del commissario giudiziale il raddoppio del compenso rispetto a quello fissato per il curatore, distinguendo la fase anteriore alla omologazione da quella successiva, dal momento che la disposizione regolamentare confligge con il principio generale di eguaglianza ». (Così Cass., Sez. un., 26 maggio 1997, n. 4670, Lelli c. C.F. s.p.a. in conc. prev., in *Foro it.*, 1997, I, c. 2081). Le Sezioni unite hanno così messo fine alla *querelle* sviluppatasi immediatamente dopo la pubblicazione di detto decreto e che aveva visto la pronta rimessione degli atti alla Corte costituzionale (a cura di Trib. Vicenza, 22 marzo 1993 (ord.), Parise c. Inteltrade s.a.s. in conc. prev., in *Fallimento*, 1993, p. 1057, con nota di M. FABIANI, *Liquidazione dei compensi: le perplessità dei giudici di merito sul d.m. n. 570/92*) la quale se ne è spogliata osservando, come in altri casi analoghi, che, trattandosi di disciplina priva di « forza di legge, non è suscettibile di essere oggetto di giudizio incidentale di costituzionalità ... mentre l'assunta violazione del parametro costituzionale evocato può essere sempre accertata incidentalmente dal giudice ordinario al fine della disapplicazione della norma regolamentare ». (Così Corte cost., 30 dicembre 1993, n. 484 (ord.) Parise c. Inteltrade s.a.s. in conc. prev., in *Fallimento*, 1994, n. 242). A tale invito del giudice delle leggi avevano subito aderito, disapplicando quindi l'art. 5 del decreto ministeriale in esame: Trib. Vercelli, 21 aprile 1994 (decr.), Baratti c. Trafilerie Boccione s.r.l. in conc. prev.; Trib. Piacenza, 2 maggio 1994 (decr.), Lelli c. Saguransa International s.p.a. in conc. prev. e Trib. Velletri, 18 giugno 1994 (decr.), Gioia c. Rolling s.p.a. in conc. prev.; tutte in *Fallimento*, 1994, p. 1082, con nota di S. MARCHETTI; v. l'ultima decisione anche in *Dir. fall.*, 1995, II, 483, con nota di D. DI GRAVIO, *Contestato il decreto sui compensi dei commissari nel concordato preventivo*.

Successivamente Cass., 27 novembre 1996, n. 10552 (Cavezzale c. fall. Cantone Ima s.p.a., in *Fallimento*, 1997, p. 306) aveva invece optato per l'applicabilità di detto art. 5.

Dopo la decisione delle Sezioni unite e conformemente alle stesse, si è pronunciata Cass., 1 agosto 1997, n. 7147, Gioia c. Rolling s.p.a. in conc. prev., in *Mass. Giur. it.*, 1997, c. 690. In dottrina, nello stesso senso, F. ABATE, *Organi*, in AA.VV., *Diritto fallimentare*, Milano, 1996, p. 446.

Salvo che non rinuncino (per il principio generale che ciascuna parte può rinunciare ad un proprio diritto disponibile) alla prelazione, che però, vista l'eccezionalità delle previsioni di cui agli artt. 127, secondo comma e 177, terzo comma, l. fall., non sarà più riacquistabile.

Alla luce di quanto fin qui argomentato *sub art.* 177 l. fall. riteniamo risulti ancor più evidente che la tesi sostenuta dal giudice fiorentino non possa condividersi e pertanto al quesito iniziale debba darsi risposta positiva.

Quindi nel concordato di cui all'art. 160, secondo comma, n. 2, l. fall. non è necessario che sussista all'atto dell'ammissione, e tantomeno a quello dell'omologa, la certezza che i creditori muniti di prelazione siano integralmente pagati ⁽¹⁾ subito dopo la sentenza *ex art.* 181 l. fall.

Anche tali creditori, infatti, dovranno attendere l'esito delle — per usare le stesse parole del giudice di legittimità — « situazioni future ed incerte inerenti alle esigenze della liquidazione patrimoniale ».

D'altra parte non a caso esiste l'art. 186, secondo comma, l. fall. che prevede la risoluzione del concordato nel caso in cui i creditori privilegiati non siano tutti integralmente soddisfatti o appaia ragionevolmente certo tale risultato ⁽²⁾, una volta, però, ini-

⁽¹⁾ La prevalente giurisprudenza, tanto di legittimità che di merito, ritiene che tale pagamento, sia in caso di concordato preventivo con garanzia che con cessione dei beni (e a differenza di quanto accade nell'ipotesi di fallimento), debba essere comunque soddisfacitivo al 100%, a prescindere, quindi, se il bene, rispetto al quale la prelazione deve esplicarsi, sia o meno capiente o addirittura esistente. Cfr., quanto alla giurisprudenza di legittimità, Cass., 6 settembre 1974 n. 2423, cit.; Cass., 13 dicembre 1969, n. 3936, Immobiliare Sottocorno s.p.a. c. conc. prev. Immobiliare Sottocorno s.p.a. e a., in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 393 e in *Mon. trib.*, 1970, p. 939; v., tra i giudici di merito, Trib. Roma, 26 ottobre 1991, Giugni Enrico c. fall.to Giugni Enrico, in *Fallimento*, 1992, p. 432; Trib. Genova, 10 gennaio 1991, cit.; Trib. Monza, 21 aprile 1978, Rosier s.p.a. c. Imi, Consonni Rosella e altri, in questa *Rivista*, 1980, II, p. 143; Trib. Milano, 30 giugno 1977, Faema s.p.a. c. fall.to Faema s.p.a., in *Fallimento*, 1979, p. 202. In dottrina si segnalano gli scritti di M. CASANOVA, *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 106; G. FORTE, *Sulla risoluzione del concordato preventivo*, in *Mon. trib.*, 1964, p. 193; E. FRASCAROLI-SANTI, *La convenienza del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1989, p. 168; M. MACCHIA, *Alternativa tra fallimento e concordato preventivo: costi, benefici e rischi*, cit., p. 872.

Contra S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964, p. 383; P. PAJARDI, *Sorte delle prelazioni non generali nel concordato preventivo e fallimento*, in *Mon. trib.*, 1970, p. 940; G. DE FERRA, *Risoluzione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 514; G. TERRANOVA, *Il soddisfacimento dei crediti ipotecari nella proposta di concordato preventivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 221; C. BALBI, *I creditori con diritto di prelazione nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 431.

Si schierano su una posizione intermedia (si all'integrale pagamento comunque dei creditori muniti di privilegio generale, no a quello comunque dei creditori con privilegio speciale) F. FERRARA jr., *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 481; B. INZITARI, *Il soddisfacimento dei creditori muniti di prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in questa *Rivista*, 1990, I, p. 391; E. FRANCARDO, *Concordato preventivo con cessione dei beni e creditori privilegiati*, in nota a Trib. Genova, 10 gennaio 1991, cit.

⁽²⁾ Cfr. sull'argomento Cass., 3 novembre 1981, n. 5790, Faema s.p.a. c. Fall. Faema s.p.a., in *Foro it.*, 1983, I, c. 1092; Cass., 25 marzo 1976, n. 1073, Piccinelli c. fall. Ceramiche Piccinelli s.p.a., in *Giur. it.*, 1976, I, c. 1266; tra i giudici di merito si segnalano, tra le altre, Trib. Piacenza, 27 luglio 1987, I.M.I. c. Auricchio, in *Fallimento*, 1988, p. 466; Trib. Milano, 26 settembre 1985, Soc. Commissionaria Europea c. fall. Soc. Commissionaria Europea, in *Fallimento*, 1986, p. 778; Trib. Bologna, 29 novembre 1983, Odorici (ditta individuale O.P.B.) c. massa dei creditori, in *Fallimento*, 1984, p. 786; App. Bologna, 3 ottobre

ziata e diligentemente sperimentata in concreto, la fase di liquidazione⁽¹³⁾. Quindi con una tutela *ex post* che ci conforta ulteriormente nel ritenere che *ante* ammissione non deve sussistere alcuna certezza di pagamento integrale, ed immediatamente *post* omologa, dei creditori privilegiati.

Opinare diversamente — e per concludere — equivarrebbe ad eliminare, almeno di fatto, la figura del concordato preventivo con cessione dei beni, privando così di una tutela sancita per legge il debitore insolvente meritevole di accedersi (oltre che rischiare di danneggiare quei creditori che ritenessero più vantaggiosa tale procedura rispetto al fallimento).

Ci auguriamo, però, che le considerazioni sopra svolte mettano al riparo da tale paventato rischio⁽¹⁴⁾.

ANTONIO PEZZANO

1980, Slakterinforbundet-scen c. Salumificio Montorsi s.p.a., in *Dir. fall.*, 1980, II, p. 594. *Contra* Trib. Parma, 21 aprile 1972, Impresa Medioli s.p.a. c. Bacchini, in *Dir. fall.*, 1972, II, p. 669; App. Milano, 12 febbraio 1968, I.M.I., ric., in *Dir. fall.*, 1968, II, p. 293. In dottrina v. F. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, p. 1576; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 2360).

⁽¹³⁾ Spesso — soprattutto in passato — dalla durata effettivamente abnorme, facendo così registrare più « concordati preventivi mantenuti in vita per anni, in attesa degli eventi, prima di dichiarare un fallimento privo normalmente, a quel punto, di qualsiasi prospettiva per i creditori » (sull'argomento così P.G. JAEGER, *Crisi delle imprese e poteri del giudice*, in questa *Rivista*, 1978, I, p. 869 ss., ivi alla p. 873).

⁽¹⁴⁾ Ed un primo conforto ci giunge proprio dallo stesso Tribunale di Firenze (pur se con altro estensore) che con un recentissimo decreto *ex art.* 163 l. fall. (28 gennaio 1998, Ammissione conc. prev. Società Dunhill Industries Italy s.p.a. in liquidazione, inedito, depositato nelle more della stesura definitiva del presente commento) sembra aver fatto propria la tesi qui sostenuta allorché afferma, relativamente ad un concordato preventivo con cessione dei beni, che « la presente fase è di ammissibilità e tale deve rimanere essendo al giudizio di omologa demandata la cognizione piena potendosi ivi usufruire anche delle espressioni di voto dei maggiori interessati e cioè dei creditori e tenuto comunque conto delle « situazioni future ed incerte inerenti » la necessaria fase ultima del concordato quale è quella di liquidazione (v. in parte motiva S.C., 11 aprile 1989, n. 1737 in *Giur. it.*, 1989, c. 1700 ed ivi c. 1707) ».