www.fallimentoecrisidimpresa.it

7-8 Luglio/Agosto 2008

Fallimento & crisi d'impresa

Questioni giuridiche e operative

Mensile

Anno II

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. n° 46/04) art. 1, comma 1, CNS Trento. Prezzo: euro 14,00

Apertura della procedura nel nuovo concordato preventivo

- Crisi delle compagnie aeree nella disciplina statunitense
- Relazione del curatore
- Amministrazione straordinaria nel registro delle imprese

ISSN 1972 – 6929

CELT CasaEditriceLaTribuna

Concordato preventivo: la sorte dei creditori privilegiati in caso di incapienza del bene

Nota a Trib. di Piacenza 8 febbraio 2008

di **Ivan Libero Nocera**

Il Tribunale di Piacenza con la sentenza che si annota interviene in materia di soddisfazione integrale del credito garantito da pegno, nell'ambito del concordato preventivo con cessione dei beni, anche laddove si manifesti l'incapienza del bene oggetto di prelazione. La decisione offre un contributo per chiarire uno dei casi in cui è necessario un coordinamento sistematico tra la disciplina in tema di concordato preventivo, la normativa fallimentare in senso stretto ed il diritto comune delle garanzie reali informato al principio generale della *par condicio creditorum*.

Allo scopo di rendere più perspicua la problematica si ritiene opportuno sintetizzare il caso oggetto della decisione *de qua*.

Una società poi ammessa alla procedura di concordato preventivo aveva costituito in pegno a favore di tre suoi creditori un certo numero di azioni proprie il cui valore di mercato si era in seguito annullato. Il commissario giudiziale accoglieva tuttavia i crediti garantiti per il loro intero ammontare e il concordato era successivamente omologato. In sede di esecuzione i creditori pignoratari, a fronte del mancato pagamento, domandavano al giudice delegato la liquidazione integrale del credito privilegiato della quale gli organi della procedura ritenevano mancassero i presupposti. Data l'impossibilità di definire le trattative si iniziava la fase contenziosa.

La pronuncia in oggetto si offre assai articolata per il tema trattato e le argomentazioni, richiamando *ad adiuvandum* anche le riforme di cui al D.L.vo n. 5/2006 e al D.L.vo n. 169/2007 (sebbene non applicabili al caso in esame), senza lesinare considerazioni *extra petita* in merito alle conseguenze del mancato pagamento del creditore privilegiato. Il commento che segue si concentrerà sull'analisi della questione riguardante la necessità o meno che la garanzia del pagamento integrale dei crediti prelatizi copra anche la parte di credito residuo eccedente il valore dei beni su cui si esercita la prelazione, considerando la disciplina del concordato preventivo *ante* riforma come applicabile alla fattispecie in esame per poi esaminare brevemente i rilevanti apporti della riforma del 2006 e soprattutto della più recente novella del 2007, la quale pone esplicitamente fine all'incertezza della problematica.

Rilevanza del paradigma della "cessio bonorum"

La sentenza induce preliminarmente a soffermarsi sulla fattispecie del concordato preventivo mediante cessione dei beni del debitore, la quale, ascrivibile allo schema della *cessio bonorum* di cui agli artt. 1977 ss., c.c.(1), non implica il trasferimento della pro-

(1) Così Cass. civ., sez. I, 1 giugno 1999, n. 5306, in *Fall.*, 2000, 486; Cass. civ., sez. I, 21 gennaio 1993, n. 709, in *Dir. fall.*, 1993, II, 920 nota di V. Di Fusco; Cass. civ., sez. I, 18 dicembre 1991, n. 13626,

prietà dei beni ceduti ai creditori [2], che rimangono in proprietà del debitore, e la conseguente liberazione del debitore, ma, secondo lo schema del mandato *in rem propriam* adottato dalla giurisprudenza [3], la legittimazione degli organi della procedura concordataria a disporre dei beni, sui quali è impresso il vincolo di destinazione diretto a soddisfare i creditori per mezzo della loro liquidazione [4]. Solamente allorché i creditori in concorso abbiano recuperato le somme loro spettanti si produce, ai sensi dell'art. 1984 c.c., la c.d. esdebitazione del debitore eliminando la situazione di insolvenza [5].

Tale rilievo introduttivo assume primaria importanza giacché, come si evince dall'art. 160, comma 2, L.F., applicabile al caso in oggetto, le condizioni per l'ammissione della procedura sono esaminate in relazione alla considerazione dell'entità del credito che si prevede sarà soddisfatto [6]. Il concordato preventivo con cessione dei beni infatti, a differenza della forma per garanzia, non contemplando una predeterminazione percentuale minima di adempimento delle obbligazioni assunte, esige una previsione di normale approssimazione di quello che potrà essere il *quantum* ottenuto dalla liquidazione dei beni ceduti, giacché ai creditori spetta una sorta di dividendo sul ricavato [7]. Corollario di tale difformità è che nel concordato per garanzia l'ammissione dell'imprenditore al concordato preventivo postula l'integrale pagamento dei crediti garantiti immediatamente dopo l'omologazione del concordato [8], mentre nella fattispecie per cessione l'integrale soddisfazione dei creditori muniti di diritto di prelazione non è così perspicua, giacché, ai sensi dell'art. 160, comma 2, n. 2, L.F., il concordato si effettua per mezzo della vendita di tutti i beni inclusi quelli a garanzia dei prelatizi, con l'unica condizione che la valutazione dei beni faccia presumere la soddisfazione dei creditori chirografari almeno nella misura del 40% dei loro crediti.

---

in *Fall.*, 1992, 470. Da sottolineare tuttavia la differenza tra la cessione dei beni di natura privatistica e quella inquadrata in un concordato giudiziale come rilevato da M. Ghidini, *La cessione dei beni ai creditori e il concordato*, in *Dir. fall.*, 1964, 164 e G. Rago, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Cedam, Padova, 1998, 84.

(2) Come vorrebbero invece S. Castana, *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, Milano, 1957 e R. Miccio, *La cessione dei beni nel concordato*, Giuffrè, Milano, 1957, 155.

(3) Si vedano in proposito Cass. civ., sez. I, 18 dicembre 1991, n. 13626 e Cass. civ., sez. I, 1 giugno 1999, n. 5306, in *Fall.*, 2000, 486.

(4) Cfr. in proposito Cass. civ., sez. I, 13 maggio 1998, n. 4801, in *Fall.*, 1999, 383; Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1909, in *Fall.*, 1995, 1021.

(5) Sul punto P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1998 e C. De Martini, *La* cessio bonorum *nel concordato preventivo*, in *Dir. comm.*, 1959, 85.

(6) La medesima considerazione è valevole per l'omologazione della procedura ex art. 181, L.F., e per la risoluzione del concordato ai sensi dell'art. 186, L.F.

(7) In merito cfr. *ex multis* R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1964, 1793; A. Jorio, *Concordato preventivo e impresa*, in *Riv. dir. civ.*; 1972, 232; F. Ferrara, *Il fallimento*, Giuffrè, Milano, 1995, 207 e Trib. Roma, 22 settembre 2000, in *Fall.*, 2001, 38; Trib. Genova, 28 novembre 1980, *Dir. fall.*, 1981, 90 con nota di G. Baraggioli, *Criteri di valutazione dell'impresa in caso di proposta di concordato per cessione*. È interessante richiamare a tal proposito App. Torino, 30 dicembre 1960, in *Dir. fall.*, 1961, 115, laddove si sostiene che nell'ipotesi dell'art. 160, comma 2, n. 2, la legge vuole che il tribunale accerti che i beni ceduti siano sufficienti al soddisfacimento dei creditori secondo un serio criterio di umana approssimazione, in base alla previsione dell'*id quod plerumque accidit*.

(8) Ciò è desumibile sia perchè l'art. 160, L.F., comma 1, n. 1, nel condizionare la proposta di concordato al pagamento, entro 6 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 l'esecuzione di tale tipologia di concordato non pretende la liquidazione dei cespiti aziendali e quindi la realizzazione delle garanzie. Cfr. sul punto R. Provinciali - G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1988, 799 e Cass. civ., sez. I, 26 novembre 1992, n. 12632, in *Fall.*, 1993, 707.

La giurisprudenza (9) e la dottrina (10) tuttavia sono concordi nel ritenere **requisito implicito il pagamento integrale dei crediti garantiti** (11). Questa tesi è suffragata principalmente dall'esclusione dal voto dei creditori con prelazione, salvo rinuncia, di cui all'art. 177, comma 2, L.F., motivata proprio dalla convenienza dell'ammissione del debitore al concordato (12), considerato *res inter alios acta* (13), dal quale essi hanno certezza di essere soddisfatti per intero in forza del diritto di prelazione riconosciuto dal diritto comune (14). Viceversa i creditori garantiti diventerebbero arbitri della decurtazione di credito dei chirografari senza peraltro sopportare alcun effetto negativo (15).

Ulteriore argomento in tal senso può rintracciarsi nel collegamento sistematico del concordato mediante *cessio bonorum* la tipologia con garanzia (alla quale il primo si richiama), laddove, come si è visto si presuppone la certezza del pagamento integrale dei creditori prelatizi, e nell'analogia con l'art. 124, comma 1, L.F., in tema di concordato fallimentare, nel quale non è fatto espresso richiamo alla sorte dei privilegiati che si ritengono dunque interamente soddisfatti (16).

Incapienza dei beni oggetto della prelazione

La legge del 1942 tace però riguardo all'ipotesi, nella prassi non remota, in cui, come nel caso in esame, i beni sui quali insiste la garanzia si rivelino incapienti non rendendo possibile il pieno soddisfacimento del credito, lasciando irrisolta la questione se sia possibile o meno estendere il proprio diritto di prelazione anche a beneficio della parte di credito che esorbita dai limiti della garanzia reale.

La soluzione a tale quesito non è neutrale nelle conseguenze giacché consolidata giurisprudenza ritiene che **qualora, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, le somme ricavate dalla vendita dei beni ceduti si rivelino, in base ad una ragionevole previsione, insufficienti ad appagare per intero i prelazionari, si integrerebbe l'inadempimento del debitore e la perdita della naturale funzione del concordato di eliminare l'insolvenza con la conseguente risoluzione dello stesso ai sensi dell'art. 186, L.F.** (17).

La questione in oggetto non è di nuovo conio giacché già nella vigenza del codice di

---

(9) A tale proposito si vedano Cass. civ., sez. I, 26 novembre 1992, n. 12632, *Fall.*, 1993, 707; Trib. Milano, 29 maggio 1997, *Gius*, 1997, 3042; e meno recentemente Cass. civ., 6 settembre 1974, n. 2423, in *Giust. Civ., Mass.*, 1974, 1095; Cass. civ., 5 gennaio 1972, n. 2, in *Giust. civ.*, 1972, 726; Cass. civ., 13 dicembre 1969, n. 3936, in *Riv. dir. comm.*, 1970, 219.

(10) Su tutti si vedano F. Ferrara - A. Borgioli, *Il fallimento*, Giuffrè, Milano, 1995, 209; D. Mazzocca, *Manuale di diritto fallimentare*, Jovene, Napoli, 1980, 544-545; G. Rago, *L'esecuzione del concordato preventivo*, Cedam, Padova, 1996, 114; B. Inzitari, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Commentario Scialoja e Branca della legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano e G. Santini, Zanichelli, Bologna - Roma, 1988, artt. 51-63, 7; G. Rago, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Cedam, Padova, 1998, 69.

(11) La regola del pagamento integrale dei creditori prelazionari è previsto anche nell'ordinamento del Regno Unito anche dopo l'*Enterprise Act* del 2002, in merito alla proposta di concordato dell'amministratore nominato dalla Corte con l'*administration order*.

(12) Sulle valutazioni economiche che possono incentivare i titolari di un diritto reale di garanzia a partecipare al voto si veda M. Macchia, *Alternativa tra fallimento e concordato preventivo: costi, benefici e rischi*, in *Fallimento*, 1996, 866.

(13) Come sostiene R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 1853, riferendosi al creditore privilegiato il concordato «non lo riguarda, non lo tocca, non lo pregiudica».

(14) Si segnala tuttavia per completezza l'orientamento dissenziente basata sul principio generale "*ubi lex voluit, dixit; ubi noluit tacuit*" sostenuta da P. Pajardi, *Sorte delle prelazioni non generali nel concordato preventivo e fallimentare*, in *Mon. trib.*, 1970, 940; G. Terranova, *Il soddisfacimento dei crediti ipotecari nella proposta di concordato preventivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, 219 e G. De Ferra, *Sulla risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, in *Riv. dir. civ.*, 199, 514.

(15) Sul punto si vedano S. Satta, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1974, 383 e R. Provinciali - G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., 829.

(16) Cfr. Cass. civ., 25 marzo 1976, n. 1073, in *Giust. civ.*, 197, 629.

(17) Si vedano, in proposito, *ex multis* lo stesso Trib. di Piacenza, 27 luglio 1987, in *Fall.*, 1988, 466;

commercio era stata fonte di contrasti dottrinari, in particolare tra *Bonelli* e *Bolaffio*, laddove si proponeva l'analogo problema di applicabilità dell'art. 775 cod. comm. (antecedente storico dell'attuale art. 54, L.F.) al concordato preventivo, non rinvenendosi soluzione, nell'ambito della L. 24 maggio 1903, n. 197, che aveva introdotto tale istituto, al problema dell'incapienza del bene vincolato (18).

La medesima problematica con pressoché le medesime argomentazioni si è riproposta vigente la legge fallimentare del 1942 laddove, come riportato dalla sentenza in commento, la dottrina si è divisa in merito al destino della parte scoperta dalla garanzia sui beni del debitore e alle conseguenze derivanti.

Soddisfazione dei prelatizi limitata al prezzo ricavato

La tesi che, in caso di incapienza del bene su cui insiste il privilegio, suffraga la soddisfazione con prelazione solo entro i limiti del valore dello stesso fonda le proprie argomentazioni sviluppandole principalmente lungo tre direttrici: il richiamo alla disciplina generale segnatamente ai principi di diritto comune, l'applicabilità all'istituto del concordato preventivo dell'art. 54, L.F., l'interpretazione delle norme di cui agli artt. 160, 177 e 186, comma 2, L.F. (19).

Si osserva infatti come il pagamento integrale del credito privilegiato su un bene specifico anche oltre la capienza esorbiterebbe i confini previsti per i tre diritti reali di garanzia dagli artt. 2808, 2787, 2798 e 2756 c.c. dai quali si evince che la soddisfazione con prelazione è permessa solo in relazione al prezzo ricavato dalla espropriazione del bene ed entro tale limite (20). La parte rimanente del credito sarà dunque tutelata al pari dei crediti chirografari secondo le norme che regolano il concorso tra creditori, *in primis* il principio generale dell'art. 2741 c.c., le quali si applicano anche al concordato preventivo con cessione dei beni, non essendo esplicitamente derogate (21).

Nell'ipotesi in cui, in violazione della *par condicio creditorum*, si accogliesse la possibilità per i creditori garantiti di soddisfarsi integralmente oltre i confini oggettivi dati dal

---

Cass. civ., sez. I, 21 gennaio 1993, n. 709, in *Fall.*, 1993, 807 e *Dir. fall.* 1993, II, 920, con nota di V. Di Fusco; Trib. di Milano, 26 settembre 1985, in *Fallimento*,1986, 778; Cass. civ., 3 novembre 1981, n. 5790, *Foro it.*, 1983, I, 1092; Cass. civ., 5 giugno 1967, n. 1223, in *Dir. fall.*, 1967, 964 con nota di I. Scalera, *Panorama di opinioni sulla risoluzione del concordato preventivo*; in dottrina si vedano su tutti S. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964, 417; F. Mariani, *Risoluzione del concordato preventivo e incapienza dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 138 e P. Pajardi, *Casi clinici di diritto fallimentare*, I, Giuffrè, Milano, 1960, 454; G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 146; *contra* G. De Ferra, *Sulla risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, cit., 515.

(18) Lo scontro appariva alquanto radicale giacché all'opinione di Bonelli il quale affermava che «il creditore garantito non cessa di essere anche chirografario; e soprattutto, la garanzia non vulnera punto i suoi diritti di creditore concorrente» (così G. Bonelli, *Del fallimento*, a cura di V. Andrioli, Milano, 1939, III, cap. 633) si opponeva quella di Bolaffio che sviluppava il proprio orientamento contrario ad una conversione *de iure* in credito chirografo della parte rimasta insoddisfatta in base alla considerazione per cui «il creditore privilegiato per far cadere la barriera legalmente esistente fra lui e i creditori chirografari (...) deve rinunciare alla propria garanzia reale sul patrimonio del debitore all'effetto di fondere la sua sorte coi creditori chirografari nell'integrale eguaglianza del trattamento concordatario» (cfr. L. Bolaffio, *Il concordato preventivo*, Utet, Torino, 1932, 133).

(19) Si veda in proposito G. De Ferra, *Sulla risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, cit., 515, B. Inzitari, *Il soddisfacimento dei creditori forniti di prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 383, B. Quatraro, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, Milano, 1981.

(20) Sul punto cfr. P. Pajardi, *Sorte delle prelazioni non generali nel concordato preventivo e fallimentare*, cit., 940.

(21) Tale argomentazione è sostenuta da G. De Ferra, *Sulla risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, cit., 515; G. Terranova, *Il soddisfacimento dei crediti ipotecari nella proposta di concordato preventivo*, cit., 219; P. Pajardi, *Sorte delle prelazioni non generali nel concordato preventivo e fallimentare*, cit., 940 e, sotto la vigenza del codice di commercio, G. Bonelli, *Del fallimento*, cit., 446.

valore del bene si realizzerebbe di fatto una prelazione generale su tutti i beni del debitore a beneficio dei prelatizi, la quale avrebbe come conseguenza la novazione dei diritti di garanzia sussistenti al momento della proposta di concordato (22) con la comparsa di vere e proprie aporie. Come si evidenzia nella decisione in esame infatti, il creditore dotato di privilegio generale sul ricavato della vendita dei mobili urterebbe inevitabilmente contro le ragioni dei titolari di un pegno, ipoteca o privilegio speciale rimasti insoddisfatti dalla vendita del bene sui quali insisteva la loro prelazione, da cui due possibili soluzioni entrambe dubbie: se si considerassero in una posizione poziore i primi sui secondi si avallerebbe un criterio di preferenza che non trova riscontro normativo, viceversa favorendo i privilegiati speciali si arretrerebbero al livello dei creditori chirografari i titolari di un privilegio generale (23).

La tesi per cui il creditore prelazionario deve essere preferito rispetto al creditore chirografario solo nella distribuzione del prezzo, mentre è parificato a quest'ultimo riguardo alla differenza tra il credito e il prezzo ricavato, è supportata anche dall'argomento secondo cui l'art. 54, L.F., il quale stabilisce che il credito assistito da prelazione degrada in chirografo per la parte incapiente, può applicarsi anche al concordato preventivo sebbene non richiamato dall'art. 169, L.F., in quanto è da considerarsi di portata generale e non strettamente peculiare della procedura fallimentare (24). Si è rilevato inoltre che il mancato rinvio all'art. 54, L.F., si giustificherebbe non come una omissione volontaria dalla quale far discendere l'integrale pagamento del credito indipendentemente dalla capienza del bene vincolato, bensì alla luce della funzione del richiamo di cui all'art. 169, L.F., il quale consentendo di riferire alla data di presentazione della domanda di concordato la produzione degli effetti regolati dagli artt. 55-63, L.F., è finalizzato a preservare il patrimonio del debitore e non a disciplinare le modalità di realizzazione del credito (25).

Ulteriore argomento è costituito dal complesso delle norme di cui agli artt. 160, 177 e 186, comma 2, L.F., dalle quali è possibile risalire all'impossibilità per il privilegio di coprire il credito oltre il limite del realizzo del prezzo della cosa garantita.

Già *Bolaffio*, vigente il codice di commercio, considerava decisivo al fine di sostenere la soddisfazione per intero del credito vincolato che il creditore privilegiato sia tutelato dalla possibilità di rinunciare, integralmente o parzialmente, alle garanzie, e partecipare quindi al voto e alla formazione del concordato, al pari dei chirografari (26).

Si potrebbe tuttavia opporre a tale argomentazione che se si ammettesse la realizzazione integrale dei prelazionari si assisterebbe inevitabilmente allo svuotamento dell'art. 177, comma 2, L.F., il quale, come detto, offre al creditore garantito in cambio della rinuncia al proprio privilegio, l'opportunità di entrare a far parte della massa concordataria e votare, potendo meramente aspirare ad una parziale soddisfazione del proprio credito. Di conseguenza **unica possibilità per leggere sensatamente la norma suddetta sarebbe quella di attribuire ai creditori prelatizi un diritto ad un soddisfacimento limitato al valore del bene vincolato, potendo**

(22) In proposito si veda C. E. Balbi, *I creditori con diritto di prelazione nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 418.

(23) Sul punto si veda la lucida analisi richiamata nel testo della sentenza in oggetto di B. Inzitari, *Il soddisfacimento dei creditori forniti di prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 383.

(24) Cfr. P. Pajardi, *Sorte delle prelazioni non generali nel concordato preventivo e fallimentare*, cit., 940; B. Quatraro, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, cit., 27; G. De Ferra, *Sulla risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, cit., 515 e ancora B. Inzitari, *Il soddisfacimento dei creditori forniti di prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, cit.; tra le varie voci contrarie si veda A. Bonsignori, *Del concordato*, in *Commentario Scialoja e Branca della legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano e G. Santini, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, 57.

(25) Cfr. S. Satta, *Diritto fallimentare*, cit. 377; F. Ferrara, *Il fallimento*, cit., 190 e G. De Semo, *Diritto fallimentare*, Milano, Cedam, 1968, 542.

(26) Si veda L. Bolaffio, *Il concordato preventivo*, cit., 135.

rinunciare al diritto di prelazione allorché giudichino tale valore insufficiente al fine di un ricavo per essi appagante (27).

La tesi testé esposta non ha avuto largo seguito rintracciandosi isolate decisioni di merito (28) che avvalorano l'interpretazione che configura in caso di incapienza dei beni garantiti, una conversione endoconcorsuale del credito privilegiato in chirografo per la parte residua.

Pagamento integrale dei prelazionari senza alcuna degradazione

La prevalente giurisprudenza, alla quale non fa eccezione la sentenza in commento, sostiene infatti la **possibilità di ampliamento in sede concordataria del diritto di soddisfazione preferenziale indipendentemente dalla capienza del bene vincolato** (29)**, anzi anche in caso di sua sopravvenuta mancanza** (30).

Le argomentazioni addotte individuano un minimo comune denominatore nella sottolineatura della particolarità della disciplina del concordato preventivo rispetto ai principi generali e alla normativa fallimentare.

Oltre al già ricordato art. 177, comma 2, L.F., il quale, escludendo i creditori privilegiati dal voto salvo rinuncia alla prelazione, dimostrerebbe la dovuta intera soddisfazione dei crediti garantiti (31), alcune pronunce tendono a considerare il concordato mediante *cessio bonorum* come sistematicamente coordinato con la tipologia del concordato garantito nel quale si presuppone la certezza dell'integrale pagamento dei creditori prelatizi (32), mentre altre argomentano in base all'art. 186, comma 2, L.F., il quale derogando all'art. 137, L.F., sugli effetti del mancato adempimento degli obblighi del concordato, non ha alcuna incidenza sulla soddisfazione dei crediti privilegiati i quali devono essere interamente soddisfatti giacché i loro titolari non possono essere obbligati da patti tra terzi (33).

Inoltre se, come detto sopra, si inquadra il concordato preventivo con cessione di beni nello schema civilistico di cui agli artt. 1977 ss. c.c. (34), inteso come contratto autorizzativo di autotutela, allora si rendono applicabili compatibilmente le norme che regolano tale figura, incluso l'art. 1984 c.c. che fa dipendere la liberazione del debitore dal pagamento dei creditori di quanto spetta loro sul ricavato

---

(27) Sul punto cfr. G. Terranova, *Il soddisfacimento dei crediti ipotecari nella proposta di concordato preventivo*, cit., 219; I. Scalera, *Panorama di opinioni sulla risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Dir. fall.*, 1967, 867.

(28) Trib. Pavia, 11 gennaio 1963, in *Dir. fall.*, 1963, 366 con nota di F. Mariani, *Creditori privilegiati e risoluzione del oncordato preventivo per "cessio bonorum"*; Trib. di Milano, 10 giugno 1976, in *Dir. fall.*, 1977, 86.

(29) Si segnala tuttavia una sentenza dalla motivazione assai originale in cui convivono la posizione per cui nel concordato preventivo con cessione dei beni deve essere certo il pagamento integrale dei creditori prelazionari, con l'affermazione secondo la quale la soddisfazione per intero di questi ultimi può assicurarsi soltanto con il ricavato dei beni garantiti dal privilegio e non con il ricavato della vendita di altri beni. Così App. Trento, 7 aprile 1970, in *Giur. it.*, 1970, I, 2.

(30) Così, Trib. Torino, 19 marzo 1990, *Dir. fall.* 1990, II, 1189.

(31) A questo proposito si segnalano: Cass. civ., 13 dicembre 1969, n. 3936, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 219 e Cass. civ., 5 gennaio 1972, n. 2, in *Giust. civ.*, 1972, I, 726; Trib. di Monza 21 aprile 1978, in *Giur. comm.*, 1980, II, 143; Trib. Pordenone 18 ottobre 1984, in *Fall.*, 1985, 1057, nota di L. Panzani; Trib. Roma 26 ottobre 1991, in *Fall.*, 1992, 619, con nota di M. Naldini; in dottrina cfr. *ex pluribus* A. Bonsignori, *Del concordato*, in *Commentario Scialoja e Branca della legge fallimentare*, cit., 252; R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, cit.; G. Bozza, *La proposta di concordato fallimentare*, in *Fallimento*, 1989, 130; Lo Cascio, *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, 1991, 493; M. Fabiani, *Concordato preventivo; ammissione al procedimento*, in *Fallimento*, 1992, 240.

(32) Così Cass. civ., 25 marzo 1976, n. 1073, in *Giust. civ.*, 1976, I, 629.

(33) In questi termini App. Milano, 10 maggio 1963, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 138 con nota di F. Mariani, *Risoluzione del concordato preventivo e incapienza dei creditori.*

(34) Cfr. *ex multis* F. Ferrara, *Il fallimento*, cit., 153; S. Sotgia, *Considerazioni sulla cessione dei beni ai creditori nel concordato* , in *Nuova riv. dir. comm.*, 1954, 214; M. Casanova, *Risoluzione di concordato*

della liquidazione, e nei limiti di quanto hanno ricevuto, senza alcun cenno di deroga in senso riduttivo per i creditori prelatizi (35).

Il contratto della cessione dei beni impiegato nell'ambito del concordato preventivo è da considerarsi come un mezzo tecnico di carattere negoziale che l'imprenditore può offrire ai creditori per una celere definizione dei loro rapporti. Tale accordo può giustificare una deroga, *in melius* per i creditori privilegiati, alle norme generali di diritto comune di cui all'art. 2741 e agli artt. 2808, 2787, 2798 e 2756 c.c. ma non già al principio della *par condicio creditorum*, il quale, adattato alle particolarità del concordato preventivo, sarà ugualmente tutelato dalla norma speciale dell'art. 160 (36) e quindi, riguardo la disciplina della *cessio bonorum*, dall'art. 1982 c.c. che comanda la ripartizione tra i creditori delle somme ricavate in proporzione dei rispettivi crediti, facendo salve le cause di prelazione, e dunque a prescindere dalla capienza dei beni vincolati (37).

È opportuno inoltre evidenziare che sia nel concordato preventivo con garanzia, sia nel tipo con cessione dei beni oggetto della sentenza in esame, l'apparente concorso sul patrimonio dell'imprenditore celi in realtà un accordo forfetario complessivo, per il quale la liquidazione rappresenta un momento successivo e finalizzato a definire ogni rapporto tra creditori e debitori, dando soddisfazione ai crediti non come originariamente sussistenti, ma come novati dal procedimento concordatario.

Più concretamente si osserva che nella disciplina fallimentare l'incapienza di un credito sui beni oggetto di prelazione può essere valutata unicamente in seguito alla vendita effettiva del bene in questione, ai sensi nell'art. 54, L.F.; al contrario nell'ambito del concordato preventivo la valutazione sulla sussistenza di un diritto reale di garanzia deve essere inevitabilmente precedente giacché, come si è detto, solo i creditori chirografari hanno diritto di voto sulla proposta di concordato, e dunque l'eventuale incapienza sopravvenuta del bene, qualora rendesse inammissibile *ex post* la procedura, pregiudicherebbe l'affidamento del creditore prelatizio (38). Anche a fronte del limitato potere ricognitorio del tribunale (39) **si rivela dunque strutturalmente incompatibile al concordato preventivo l'applicazione dell'art. 54, L.F.** (cui si accompagna anche il mancato richiamo dell'art. 111, comma 1, n. 2, L.F., sull'ordine di distribuzione delle somme) che, regolamentando le modalità di concorso tra creditori, prevede la retrocessione a chirografo del credito privilegiato per la parte incapiente sul bene assistito da garanzia.

Di conseguenza, considerato il carattere rigido del sistema delle cause di prelazione, costituente una situazione affine all'"ottimo paretiano", l'integrale soddisfazione dei prelatizi non può realizzarsi che a scapito dei chirografari, pregiudicando nella fase esecutiva la condizione della convenienza economica del concordato per i creditori ex art. 181, n. 1, L.F., necessaria per l'omologa del concordato (40). Come si legge in un *obiter dictum* nella parte finale della decisione in analisi, **l'ipotesi in cui la somma ricavata dalla**

---

preventivo con cessione dei beni ai creditori, in *Riv. dir. comm.*, 1963, 106. In giurisprudenza si segnalano in tal senso Cass. civ., 25 marzo 1976, n. 1073, in *Giust. civ.*, 197, 629; Cass. civ., 22 gennaio 1970, n. 140, in *Dir. fall.*, 1970, 784; Cass. civ., 1 giugno 1999, n. 5306, *Fallimento*, 2000, 486.

(35) In proposito cfr. Cass. civ., sez. I, 21 gennaio 1993, n. 709, in *Dir. fall.*, 1993, II, 920 nota di V. Di Fusco.

(36) Sul punto si veda G. Rago, *L'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 123.

(37) Sul punto giova richiamare Cass. civ., sez. I, 11 aprile 1989, n. 1737, in *Giust. civ.*, 1989, II, 1831, la quale ha affermato che «accrescimento di sicurezza, peraltro, diminuzione di rischio, sono concetti relativi, che, in tanto possono trovare definizione, in quanto si individui una condizione base alla quale ragguagliarli». E ancora «la funzione di garanzia delle obbligazioni, quindi, si realizza con i mezzi volti ad accrescere la possibilità di soddisfazione del creditore ed a diminuire la correlativa situazione di rischio, rispetto alla fondamentale situazione di responsabilità del debitore ed alla normale situazione di aspettativa del creditore».

(38) In proposito cfr. A. Bonsignori, *Del concordato*, in *Commentario Scialoja e Branca della legge fallimentare*, cit., 58.

(39) Si veda al proposito V. Venturoli, *Valutazione dei crediti privilegiati nel giudizio di ammissibilità della proposta di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1996, II, 365.

(40) Sul punto la stessa sentenza in commento richiama G. Rago, *L'esecuzione del concordato preventivo*, cit., 127.

vendita del bene vincolato non consenta di pagare il credito privilegiato in misura integrale comporterà dunque la risoluzione dello stesso concordato preventivo.

Del resto vi sarebbe altrimenti un trattamento manifestatamente iniquo, anzi punitivo per il creditore prelazionario il quale, senza essere chiamato a dare il suo consenso, vedrebbe falcidiato il proprio credito garantito, retrocesso a chirografo «per mero riscontro esecutivo della procedura» (41). Ecco spiegato l'inevitabile *favor* per i creditori privilegiati, esclusi dalla liquidazione dei beni e protetti da ogni rischio di declassamento, il quale rappresenta il prezzo imposto al debitore per giovarsi dei benefici della procedura concordataria (42).

L'indubbio vantaggio che il concordato preventivo consentirebbe ai creditori prelatizi può tuttavia produrre nella prassi manifeste disparità di trattamento nella massa creditoria, essendo bastevole una seppur minima garanzia sul patrimonio del debitore per ottenere l'integrale pagamento del proprio credito.

Dopo la riforma: maggiore autonomia sull'articolazione del piano

La disciplina del concordato preventivo come novellata dalla riforma contenuta nella L. n. 80 del 2005 e ancora successivamente dai D.L.vo n. 5/2006 e D.L.vo n. 169/2007 si sottrae ai presumibili abusi suddetti modificando radicalmente le disposizioni che precedentemente erano a fondamento della tesi appena descritta.

La sentenza in commento dedica un ampia digressione sulla nuova normativa traendone spunto per sostenere *a contrario* l'integrale pagamento dei creditori chirografari anche in caso di incapienza del bene, con riguardo alla legge del 1942 applicabile al caso in oggetto.

In una cornice di larga autonomia del proponente, abrogato il riferimento alla percentuale minima del 40% dei crediti chirografari (alla base della considerata soddisfazione integrale dei prelazionari) (43), si dispone all'art. 160, L.F., la possibilità di suddividere i creditori in classi, prevedendo trattamenti diversificati anche in relazione ai creditori prelatizi, con il limite del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione (44).

Dalla stessa norma, paradigma dello spirito liberista della riforma, emerge infatti in maniera patente come il legislatore abbia inteso preferire l'esercizio dell'autonomia privata e la contrattazione tra debitore e creditori, ad un intervento autoritativo giudiziale perseguendo il duplice obbiettivo di evitare la liquidazione e conservare l'impresa (45).

Al comma 2 si afferma quindi *apertis verbis* **l'ammissibilità di una proposta di concordato preventivo che contempli una soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati** (46) ponendo fine ad una questio-

(41) Così Trib. Bologna, 21 giugno 1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, 365.

(42) Così Cass. civ., 13 dicembre 1969, n. 3936, in *Riv. dir. comm.*, 1970, 219; Cass. civ., sez. I, 12 luglio 1991, n. 7790, in *Giust. civ.*, 1991, 2925, con nota di G. Lo Cascio; M. Macchia, *Alternativa tra fallimento e concordato preventivo: costi, benefici e rischi*, cit., 873; C. E. Balbi, *I creditori con diritto di prelazione nel concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., 420; M. Casanova, *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, cit., 94; R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 2229; E. F. Santi, *Il concordato preventivo*, Cedam, Padova, 1990, 124.

(43) Si veda sul punto M. Mastrogiacomo, *Il trattamento dei creditori privilegiati nel nuovo concordato preventivo*, in *Dir. e prat. del fallimento*, I, 15.

(44) Come rileva D. Galletti, *Sub art. 160*, in *Il nuovo diritto fallimentare* (diretto da) A. Jorio e (coordinato da) M. Fabiani, II, Zanichelli, Bologna, 2007, 2284, nell'ordinamento degli Stati Uniti la suddivisione in classi è funzionale a sconfiggere l'ostacolo costituito dai creditori, i quali viceversa eserciterebbero il proprio potere di veto, tenendo sotto scacco l'approvazione del concordato preventivo allo scopo di perseguire i propri vantaggi privati.

(45) In proposito forte è l'influenza dei paesi di *common law*, in particolare gli Stati Uniti. Sul punto cfr. D. Galletti, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2006 e L. Stanghellini, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, 2004, 1055.

(46) L'art. 160, comma 2, L.F., pone tuttavia, con riferimento sempre ai privilegiati, il vincolo della sicurezza di una soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile tramite la liquidazione del bene oggetto della prelazione.

ne rimasta insoluta anche in seguito alla riforma del 2006, laddove i novellati artt. 182 ter, 124, comma 3, L.F., erano accomunati nel segno del possibile pagamento in percentuale o dilazionato e quindi non integrale anche dei crediti prelatizi.

La tesi che mirava maggiormente a favorire l'autonomia del proponente si fondava principalmente su due pilastri rappresentati appunto dall'art. 182 ter in materia di transazione fiscale e dagli artt. 124, comma 3, e 127, comma 4, L.F., riguardanti il concordato fallimentare (47).

La prima norma (rimasta sostanzialmente invariata in seguito alla riforma del 2007) ammette un pagamento in percentuale e/o dilazionato dei crediti per i "tributi amministrati dalle agenzie fiscali" e per i relativi accessori, benché prelazionari, senza alcuna diversificazione fra privilegi generali e speciali, parificando dunque i crediti tributari privilegiati ai crediti che godono di un grado inferiore, da cui la conseguenza logica la possibilità di prevedere classi di creditori prelazionari, differenti dall'Erario, per le quali la proposta di concordato dispone il pagamento non integrale (48).

Il secondo argomento a favore della tesi "dell'autonomia" era rappresentato dalla possibile applicazione in via analogica della disciplina del concordato fallimentare in cui l'art. 124, comma 3, sancisce, nel rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione, la facoltà di attribuire ai creditori prelatizi pagamenti non integrali e, quindi, di suddividerli a tal fine in classi, e l'art. 127, comma 4, che prevede il declassamento a chirografari (e la conseguente ammissione al voto) dei creditori privilegiati per i quali la proposta di concordato dispone il pagamento non integrale, con riferimento alla parte residua (49). Dal combinato disposto di queste due norme relative al concordato fallimentare emerge la stretta relazione tra legittimazione al voto e capienza del bene sul quale insiste il diritto di prelazione, espressione del principio di cui all'art. 54, comma 1, L.F. e che sarebbe incongruo non riconoscere anche nel concordato preventivo (50).

La posizione contrapposta, più rigorosa in merito al necessario soddisfacimento integrale dei privilegiati, era dedotta maggiormente considerando la conferma da parte della riforma del 2005 dell'ormai logoro art. 177, L.F. (51), la quale

(47) In merito si veda P. F. Censoni, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione* (a cura di S. Bonfatti e P. F. Censoni), Cedam, Padova, 2006, 232; id., *Manuale di diritto fallimentare* (a cura di S. Bonfatti e P. F. Censoni), Cedam, Padova, 2007, 448; A. Caiafa, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 2006, 545 s.; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2006, 326; G. B. Nardecchia, *Sub art. 177*, in *Il nuovo diritto fallimentare* (diretto da) A. Jorio e (coordinato da) M. Fabiani, II, Bologna, 2007, 2489. *Contra* cfr. A. Patti, *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare* (a cura di M. Fabiani e A. Patti), Milano, 2006, 275 e 284.

(48) In merito si veda tra le pronunce giurisprudenziali Trib. Verona, 13 ottobre 2006, in *Fall.*, 2007, 665; Trib. di Torino, 20 dicembre 2006, 2007, 431 con nota di P. F. Censoni, *Concordato preventivo e coinvolgimento dei creditori con diritti di prelazione*; per la dottrina cfr. L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare, La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Giappichelli, Torino, 2006, 326; G. Ferri, *I creditori privilegiati nella disciplina del nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, 695; G. U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2006, 545.

(49) L'argomento è sottolineato da V. Zanichelli, *Il trattamento dei creditori nel concordato delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 73; F. Marelli, *Transazione fiscale, principi generali del concorso e soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2007, 669; P. F. Censoni, *Concordato preventivo e coinvolgimento dei creditori con diritti di prelazione*, cit., 435; G. U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 545; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare, La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, cit., 326.

(50) Sul punto in particolare cfr. G. Ferri, *La suddivisione dei creditori in classi*, in *Fallimento*, 2006, 1026; P. F. Censoni, *Concordato preventivo e coinvolgimento dei creditori con diritti di prelazione*, cit., 435; F. Marelli, *Transazione fiscale, principi generali del concorso e soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2007, 669.

(51) Si veda in proposito *ex multis* Trib. Torino, 17 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 691, con nota di C. Ferri, *I creditori privilegiati nella disciplina del nuovo concordato preventivo*; Trib. di Messina, 29 dicembre 2006,

in modo garantistico verso i prelatizi, afferma che l'esclusione vale anche se la garanzia è contestata, da cui si deduce l'indifferenza rispetto al concordato dei prelazionari (52).

Ulteriori argomenti erano rintracciabili nella lettera dell'inciso dell'art. 182 ter, L.F. (53), che contempla il pagamento parziale dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali, specificando che ciò è ammissibile «limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria» (54); e nell'eccezionalità dello stesso art. 182 ter, L.F. (55).

Come anticipato, la riforma del 2007, nel solco contrattualistico della precedente (56), chiarisce definitivamente la questione con l'introduzione del comma 2 dell'art. 160, L.F., che riproponendo i termini di cui all'art. 124, comma 3, L.F., **fuga ogni dubbio in merito al ricorso all'analogia e si allinea al sistema nella configurazione della soddisfazione non integrale del creditore privilegiato come regola generale comune a tutte le ipotesi di liquidazione concorsuale dei beni.**

Si afferma infatti esplicitamente che nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, il proponente possa prevedere che i crediti assistiti da un diritto di prelazione, non vengano soddisfatti integralmente, a condizione che il piano assicuri comunque la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, considerando il valore di mercato riferibile ai beni o diritti sui quali insiste la garanzia attestato da una relazione giurata di un professionista qualificato ex art. 67, comma 3, lett. d), L.F.

Coerentemente, a conferma dello stretto nesso sistematico tra le due norme, anche la disposizione sul voto dei creditori privilegiati di cui all'art. 177, L.F., è mutata, ripetendo la previsione dell'art. 127, comma 2, in tema di concordato fallimentare, per cui i creditori privilegiati di cui la proposta di concordato prevede la soddisfazione non integrale sono considerati chirografari per la parte residua del credito e sono quindi ammessi al voto per tale porzione del credito.

Proprio la necessaria modifica dell'art. 177 spiega *a contrario* come in assenza della previsione nella vecchia legge, il tribunale piacentino disponga l'integrale soddisfazione dei crediti pignoratizi, quantunque il valore delle azioni costituite in pegno si sia azzerato, stante l'inapplicabilità dell'art. 54, L.F., con la conseguente falcidia dei privilegiati. ■

---

in *Fallimento*, 2007, 663 (la quale tuttavia non pone nessuna preclusione al pagamento parziale, qualora la prelazione non possa essere fatta concretamente valere sul ricavato dei beni vincolati e dunque nel caso di privilegio speciale incapiente ovvero di crediti assistiti da privilegio speciale mobiliare nel caso di totale mancanza del patrimonio del debitore); Trib. di Torino, 17 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 6, 691 nota di G. Ferri; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2007, 270; G. Schiavon, *La riforma del concordato preventivo*, in *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova disciplina del fallimento* (a cura di G. Fauceglia), Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, 25; D. Galletti, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, II, Zanichelli, Bologna, 2007, 2288; G. Pacchi, in E. Bertacchini - L. Gualandi - G. Pacchi - G. Scarselli, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2007, 434 ss.; S. Ambrosini, in S. Ambrosini - G. De Marchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giuffrè, Milano, 2005, 34.

(52) Tale estromissione dal voto viene nuovamente ricondotta secondo certa dottrina (P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 540; e A. Bonsignori, *Del concordato*, in *Commentario Scialoja e Branca della legge fallimentare*, cit., 282) alla necessità che il procedimento rimanga immune dall'influenza dei creditori prelatizi, secondo altra (G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1994, 514) dalla mancanza di interesse della classe privilegiata la quale non dovendo subire alcuna retrocessione non ha alcuna convenienza a interloquire in merito.

(53) Sulla transazione fiscale introdotta dalla riforma del 2006 si veda G. Lo Cascio, *La disciplina della transazione fiscale: orientamenti interpretativi innovativi*, in *Fallimento*, 2008, 338; L. Del Federico, *La nuova transazione fiscale secondo il Tribunale di Milano: dal particolarismo tributario alla collocazione endoconcorsuale*, in *Fall.*, 2008, 342.

(54) V. Zanichelli, *Transazione fiscale e pagamento percentuale dei crediti privilegiati nel concordato preventivo: più dubbi che certezze*, in *Fallimento*, 2007, 580.

(55) G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 271; G. Pacchi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 434.

(56) Si veda a tal proposito S. Ambrosini, in S. Ambrosini - G. De Marchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., *sub* art. 160.