

*Concordato preventivo e garanzia mediante cessione  
di beni del terzo*

Corte di cassazione, Sez. I, 16 aprile 1996, n. 3588. Presidente sensale. Estensore Criscuolo.

**Concordato preventivo - approvazione - omologazione - Garanzia del concordato - Cessione dei beni di un terzo - Natura - Norme applicabili.**

*La cessione dei beni di un terzo nell'interesse del debitore, quale mezzo di attuazione e di garanzia del concordato preventivo, ancorché riconducibile in linea di principio allo schema negoziale di cui all'art. 1977 cod. civ., presenta tuttavia caratteristiche peculiari che non consentono di ritenere applicabile, sic et simpliciter, le regole proprie del contratto, andando essa a collocarsi nel quadro di un complesso procedimento che si pare formalmente col decreto di cui all'art. 163 legge fallimentare e si conclude con la fase d esecuzione e di liquidazione.*

**Concordato preventivo - decreto di ammissione - pubblicità - Efficacia costitutiva della pubblicità - Esclusione - Ignoranza da parte dei creditori della presentazione del ricorso per concordato preventivo - Irrilevanza.**

La pubblicità del decreto che dichiara aperta la procedura di concordato preventivo non ha efficacia costitutiva e non condiziona gli effetti preliminari della procedura che, per il testuale tenore dell'art. 168 legge fallimentare, si ricollegano alla proposta del debitore e quindi retroagiscono alla data di presentazione del ricorso. Ne consegue che è irrilevante la circostanza che di tale presentazione i creditori non abbiano avuto conoscenza, poiché la disciplina normativa non prevede tale conoscenza come presupposto per rendere operativo il divieto per i creditori (aventi titolo o causa anteriore al decreto) di iniziare o proseguire azioni esecutive.

*omissis*

FATTO

Con citazione notificata l'8 - 12 gennaio 1988 la s.p.a. "Immobiliare I.", in concordato preventivo con cessione dei beni, nella persona sia del liquidatore nominato dalla società sia dei liquidatori nominati dal tribunale in sede di omologazione, convenne davanti al tribunale di Palermo il Credito Italiano, filiale di Palermo, chiedendo che fosse dichiarata inefficace la vendita (effettuata il 24 aprile 1985 dal detto istituto, che aveva incassato il ricavato in conto del suo maggior credito) di buoni ordinari del tesoro per il valore nominale di lire 100 milioni, in precedenza costituiti in pegno dai signori Giuseppe Si. e Francesco Paolo Ri., i quali avevano inteso così garantire la fideiussione da loro assunta

verso il Credito Italiano a favore della "Immobiliare I." a garanzia di un credito concesso dalla banca a tale società. I titoli erano poi entrati a far parte della cessione dei beni - effettuata (tra gli altri) dal Ri. e dal Si. - nel quadro del concordato preventivo proposto dalla "Immobiliare I." con atto del 15 aprile 1985 e omologato dal tribunale con sentenza del 5 - 16 maggio 1986, previa declaratoria di ammissibilità della proposta adottata con decreto del 20 giugno 1985.

La banca convenuta impugnò la domanda, chiedendone il rigetto. Il tribunale adito, con sentenza del 4 aprile 1991, dichiarò inammissibile la domanda per difetto d'interesse dell'attrice, non emergendo dagli atti l'esistenza di creditori (assistiti da cause di prelazione) aventi titolo posteriore rispetto alla banca, creditrice pignorataria, che aveva dunque diritto di soddisfarsi direttamente ed interamente sul ricavato del pegno.

La società "Immobiliare I." propose appello, deducendo: a) che l'interesse a formulare la domanda risiedeva, sotto il profilo giuridico, nel rispetto delle regole del concorso dei creditori e sul piano economico-pratico quanto meno nel mancato godimento degli interessi sui titoli; b) che, contrariamente a quanto assunto dai primi giudici, non era vero che fosse incontestata la prova del titolo, in quanto nel giudizio si era soltanto dato atto dell'eventuale diritto della banca, ove sorretto da documenti giustificativi, di concorrere alla ripartizione del ricavato della liquidazione giudiziale; c) che, in ogni caso, la vendita dei b.o.t. e l'incameramento del ricavato erano illegittimi, siccome in contrasto con l'art. 168 della legge fallimentare.

La banca appellata, nel costituirsi, contestò l'impugnazione riproponendo le difese svolte in prime cure. Sostenne, in particolare, che i terzi datori di pegno non erano debitori concordatari, di guisa che il loro patrimonio non era assoggettato ad alcun vincolo; che, inoltre, la procedura di concordato preventivo era stata aperta il 20 giugno 1985, e cioè dopo la vendita dei b.o.t.; che questi sarebbero in ogni caso scaduti il 27 aprile 1985, ossia pochi giorni dopo la vendita stessa e alla scadenza il netto ricavo sarebbe stato comunque acquisito a garanzia della esposizione debitoria della società "Immobiliare I."; che, infine, la disposizione di cui all'art. 53 L.F. (in base alla quale, secondo la tesi invocata dall'appellante, il creditore pignoratizio può far valere il suo titolo nel concorso dei creditori) non sarebbe neppure applicabile al concordato preventivo.

La Corte di appello di Palermo, con sentenza dell'8 - 25 maggio 1992, in riforma della sentenza impugnata condannò il Credito Italiano, filiale di Palermo, a restituire alla massa la somma di lire 99.700.000 (ricavata dalla vendita dei titoli) oltre agli interessi legali nella misura del 10%, dichiarando compensate tra le parti le spese del doppio grado.

La Corte territoriale osservò: che l'eccezione della banca - secondo cui la "Immobiliare I." sarebbe carente di legittimazione ad agire perché estranea alla controversia, riguardante ormai essa banca creditrice e i creditori concorsuali - non era fondata; che, infatti, la domanda era stata correttamente formulata sia dal liquidatore nominato dalla società, secondo le regole comuni, sia dai liquidatori nominati con la sentenza di omologazione del concordato, ai sensi dell'art. 182 L.F., in armonia con l'indirizzo interpretativo ormai consolidato che ha ritenuto l'esistenza di un litisconsorzio necessario del debitore e del liquidatore nel giudizio di accertamento di un credito destinato al concorso nel concordato preventivo con cessione dei beni; che sussisteva l'interesse della società in concordato preventivo a far valere l'illegittimità della condotta della

banca, essendo esso ravvisabile (prescindendo dal pur pertinente riflesso economico-pratico indicato dall'appellante e consistente nel mancato godimento della fruttificazione dei titoli a vantaggio della massa dei creditori) nella esigenza di realizzare un corretto sistema concorsuale attraverso l'esperimento di ogni pretesa nella sede della procedura (ossia del concorso in senso proprio) nonché attraverso il corrispondente divieto di ogni iniziativa individuale, specialmente se avente la connotazione di autotutela (come l'operazione posta in essere dalla banca il 23 aprile 1985, oggettivamente lesiva delle regole del concorso); che il fondamento giuridico della pretesa fatta valere in questo giudizio era da ravvisare nella regola di cui all'art. 168 L.F., postulante il divieto di azioni esecutive individuali nel periodo tra la domanda di concordato preventivo e l'omologazione; che nell'ambito del concordato preventivo con cessione dei beni - lo stesso regime giuridico operante sul patrimonio del debitore era applicabile anche ai beni offerti dai terzi come oggetto stesso della cessione, che la banca, creditrice concordataria, avrebbe potuto e dovuto proporre opposizione contro la cessione dei beni, nella parte incidente sulla sua posizione (in quanto comprendente anche i titoli sui quali era stata costituita a suo favore una garanzia reale), allo scopo di evitare che su quella cessione si formasse il giudicato; che il Credito Italiano, attraverso l'operazione impugnata dai liquidatori, aveva realizzato una forma di autotutela non conforme a diritto, sia perché in violazione del divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.), sia perché esso non avrebbe dovuto incassare il controvalore dei titoli non ancora scaduti e asseritamente venduti, ma - in base alla scrittura di pegno e al disposto degli artt. 2796 e seg. c.c. - avrebbe dovuto procedere alla vendita del pegno con il rispetto delle forme previste, le quali invece non risultavano osservate; che, quindi, andava ritenuta l'illegittimità della vendita dei titoli eseguita dall'appellata, sicché questa andava condannata a restituire alla massa il ricavato, oltre agli interessi nella misura che sarebbe stata conseguita dalla loro normale fruttificazione, determinabile in ragione del 10%.

Per la cassazione di tale sentenza ricorre il Credito Italiano, filiale di Palermo, deducendo dieci motivi di annullamento. La s.p.a. "Immobiliare I." in liquidazione resiste con controricorso.

Le parti hanno depositato memorie.

#### DIRITTO

Con il primo mezzo di cassazione il Credito Italiano denuncia violazione degli artt. 51 e seg. L.F., segnatamente dell'art. 53, ultimo comma; violazione e mancata applicazione degli artt. 2787 e 2788 c.c.; falsa applicazione dell'art. 2777 c.c.; violazione dell'art. 360 c.p.c., anche per carenza logica ed insufficienza della motivazione. Afferma che il tribunale aveva respinto la domanda della "Immobiliare I." rilevando che, poiché non v'erano alti creditori muniti di privilegio tra i quali assicurare la par condicio, la banca avrebbe comunque avuto diritto a soddisfarsi sull'intera somma di cui si chiedeva il conferimento, onde l'attrice non avrebbe conseguito alcun risultato utile e giuridicamente apprezzabile attraverso la pretesa azionata. Tale pur corretta motivazione sarebbe stata riformata dalla Corte di appello facendo leva su un duplice argomento: attraverso la vendita dei titoli la banca avrebbe impedito lo svolgimento del sistema concorsuale ed avrebbe eluso il divieto di iniziative individuali; inoltre l'interesse della società in concordato

preventivo sarebbe collegabile al mancato godimento dei frutti dei titoli. Il ragionamento della Corte - prosegue il ricorrente - sarebbe però viziato. Infatti: 1) dal momento che il Credito Italiano avrebbe comunque incassato dalla "Immobiliare I." la stessa somma incamerata vendendo i titoli soggetti al pegno, nessun interesse poteva avere la società a ricevere una somma che avrebbe dovuto corrispondere, in misura puntualmente eguale, alla detta banca, sicché l'asserito mancato rispetto del sistema concorsuale sarebbe irrilevante e non idoneo ad escludere la carenza dell'interesse ad agire; 2) non poteva sollevarsi questione circa la mancata disponibilità dei frutti dei buoni, perché, ai sensi dell'art. 2887 c.c. (recte: 2787), il creditore ha diritto di farsi pagare con prelazione sulla cosa ricevuta in pegno, mentre la (esattamente) ritenuta non applicabilità dell'art. 53 L.F. nell'ambito della procedura di concordato preventivo avrebbe dovuto condurre a considerare applicabili alla fattispecie soltanto le norme sul pegno, onde veniva a cadere ogni presupposto dell'azione spiegata dalla "Immobiliare I.", basata sull'applicazione delle norme disciplinanti il fallimento; 3) la prelazione dovuta al Credito Italiano, quale creditore pignoratizio, non avrebbe potuto essere superata dai privilegi spettanti ad altri creditori ai sensi dell'art. 2777 c.c., sia perché la prelazione del creditore pignoratizio è preliminare ad ogni altra e non può essere inserita nell'ordine delle prelazioni elencate nel citato art. 2777 c.c., sia perché comunque non vi erano come dichiarato e ritenuto dal tribunale (e sul punto la Corte non era scesa in contrario avviso) altri creditori titolari di privilegio.

Le suddette censure non sono fondate.

Globalmente considerate, esse ignorano la circostanza, avente invece valore determinante, che la vendita dei titoli (b.o.t.) ebbe luogo dopo che la "Immobiliare I.", in data 15 aprile 1985 (v. ricorso), aveva presentato proposta di ammissione alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni (tra gli altri, anche di Si. e Ri., che avevano costituito i titoli in pegno), sicché da quella data, ai sensi dell'art. 168 L.F., i creditori per titolo o causa anteriore al decreto di ammissione alla procedura (emesso il 20.6.1985: v. ricorso, pag. 4) non potevano, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore. Si vedranno in prosieguo significato e implicazioni del detto art. 168. Qui basta notare che esso fa risalire alla data di presentazione del ricorso gli effetti di blocco delle azioni esecutive dei creditori, e che il Credito Italiano sicuramente rientrava nel novero dei creditori della società "Immobiliare I.", come emerge sia dalla sentenza impugnata (pag. 12), sia dal ricorso per cassazione della banca (nel quale si deduce che la "Immobiliare I." era debitrice verso il Credito Italiano della somma di lire 287.037.184, oltre a circa 90 milioni di lire per cambiali scontate e non scadute). Orbene, se è vero che (come lo stesso istituto ricorrente riconosce: v. memoria in data 11.10.1995, pag. 1) "interesse e dovere dei liquidatori era quello di garantire il corretto svolgimento di una procedura concorsuale, svolgimento che viene garantito dal fatto che nessun creditore riesca ad ottenere titoli poziori di soddisfacimento delle sue ragioni rispetto ad altri creditori che vantino titoli equivalenti", bisogna poi conseguentemente prendere atto che era appunto interesse dei liquidatori (e, segnatamente, di quelli nominati ai sensi dell'art. 182 L.F.) proporre la domanda introduttiva del presente giudizio, in quanto finalizzata a realizzare la regola del concorso nella procedura di concordato.

**DIRITTO**

Non può esser condiviso l'assunto secondo cui tale profilo, nella fattispecie, sarebbe irrilevante, perché comunque il Credito Italiano avrebbe dovuto incassare quella somma dalla "Immobiliare I.", anche per l'assenza di altri creditori muniti di privilegio. Invero l'inibitoria alle azioni individuali imposta ai creditori dall'art. 168 L.F. (corrispondente a quella imposta in sede di fallimento call'art. 51 L.F.) comporta che i crediti debbano essere realizzati nell'ambito della procedura. Non giova, quindi, addurre l'esistenza del diritto ad incassare comunque la somma, per sottrarsi al principio concorsuale, perché in discussione è proprio l'osservanza di quel principio sul quale riposa l'interesse ad agire della società in concordato preventivo e degli organi della procedura.

Pertanto, se anche fosse esatto che, nel caso in esame, non vi sono altri crediti aventi ragioni prevalenti su quelle della banca, del pari non potrebbe essere negato l'interesse al rispetto della regola del concorso, la quale non è esclusa ne' dall'accertata esistenza del credito ne' - in linea di principio - dalle garanzie che lo assistono.

È vero che una deroga al riguardo si trae dall'art. 53 L.F., alla stregua del quale "i crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio a norma degli articoli 2756 e 2761 c.c. possono essere realizzati anche durante il fallimento, dopo che sono stati ammessi al passivo con prelazione". Ma, a parte il rilievo che la norma impone comunque la verifica in sede fallimentare attraverso il procedimento di ammissione al passivo, è decisivo osservare che il citato art. 53 non si applica in sede di procedura di concordato preventivo (ed infatti non è richiamato dall'art. 169 L.F.). Tale affermazione è condivisa dall'istituto ricorrente (v. il ricorso, pag. 7 - 8), il quale però da essa trae la conclusione che sarebbero applicabili alla fattispecie soltanto le norme sul pegno, onde cadrebbe ogni presupposto dell'azione de qua, fondata sull'applicazione delle norme che disciplinano il fallimento. Ma una simile conclusione non può essere in alcun modo condivisa. Vertendosi nell'ambito di una procedura concorsuale, è evidente che - esclusa l'applicabilità di una deroga ai principi generali di quel genere di procedure - restano applicabili i medesimi principi generali, cui dunque devono soggiacere anche i creditori pignoratizi. I rilievi esposti assorbono anche gli altri profili addotti dal ricorrente. È il caso di aggiungere, peraltro, che è altresì corretto l'ulteriore argomento esposto nella sentenza impugnata, la quale - dopo aver notato che la procedura di concordato preventivo con cessione dei beni si attua attraverso la vendita dei beni ceduti, eseguita dai liquidatori nominati con la sentenza di omologazione, e la distribuzione fra tutti i creditori in base alla graduazione imposta dalle cause legittime di prelazione - ha rilevato che il creditore pignoratizio potrebbe in astratto non trovare capienza nel ricavato della liquidazione, salva l'eventuale (ove possibile) risoluzione del concordato. Tale argomento contraddice l'assunto della banca, secondo cui la Corte territoriale non avrebbe contrastato l'affermazione del tribunale circa l'assenza di altri creditori privilegiati; e, comunque, sta a significare che soltanto all'esito della liquidazione, con la formazione del riparto, è possibile verificare la posizione dei diversi creditori. Non può, infatti, condividersi la tesi del ricorrente, il quale sembra ritenere che la prelazione del creditore pignoratizio sia assoluta. Tale tesi è in contrasto sia col disposto dell'art. 2777, primo comma, c.c., sia col disposto dell'art. 2781 c.c..

Con il secondo motivo di cassazione il Credito Italiano denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 160 e seg. L.F., segnatamente degli artt. 168, 174, 176, 177, 178 di detta legge; ancora violazione e falsa applicazione dell'art. 168 L.F.; violazione e mancata applicazione degli artt. 166 e 88 L.F.; violazione dell'art. 360 c.p.c., anche per falsa impostazione e conseguente difetto totale di motivazione sul problema controverso. Richiamata la sequenza dei fatti, sostiene che esso istituto curò la vendita dei titoli dopo che era stata presentata dalla "Immobiliare I." la proposta di concordato ma prima che questo fosse omologato ed, anzi, prima ancora della pronuncia del decreto che dichiarava aperta la procedura. Premesso che della presentazione della proposta i creditori non vengono informati, deduce che, per un principio fondamentale dell'ordinamento, nessun atto può produrre conseguenze negative a carico di un soggetto che non sia stato posto a conoscenza di esso, sicché l'istanza di concordato non gli sarebbe opponibile e ciò troverebbe conferma nell'art. 166 L.F., dal quale dovrebbe trarsi appunto il principio di non opponibilità ai terzi della predetta istanza fino a quando il decreto di ammissione alla procedura non sia reso pubblico nei modi indicati nella citata norma. Tale principio non troverebbe ostacolo nell'art. 168 L.F., in quanto tale norma consentirebbe al debitore (che ha proposto il concordato) di paralizzare l'azione esecutiva intrapresa dal creditore eccependo la presentazione dell'istanza e rendendo così irrilevante che il creditore non sia informato dell'iniziativa.

Le doglianze così riassunte non sono fondate.

La pubblicità del decreto che dichiara aperta la procedura (disciplinata dall'art. 166 L.F. con richiamo, per il caso del debitore che possieda beni immobili o mobili registrati, alla disposizione del secondo comma dell'art. 88 L.F.) non ha efficacia costitutiva e non condiziona gli effetti preliminari della procedura che, per il testuale tenore dell'art. 168 L.F., si ricollegano alla proposta del debitore e quindi retroagiscono alla data di presentazione del ricorso. È irrilevante che di tale presentazione i creditori non abbiano conoscenza, perché la disciplina normativa non prevede tale conoscenza come presupposto per rendere operativo il divieto per i creditori (aventi titolo o causa anteriore al decreto) di iniziare o proseguire azioni esecutive. Questo divieto è un effetto legale che opera di diritto ed è finalizzato ad assicurare la par condicio evitando alterazioni nel patrimonio del debitore e nella posizione dei creditori. La questione, dunque, non si pone in termini di opponibilità, come assume il ricorrente. Ne può condividersi l'affermazione secondo cui l'art. 168 L.F. si limiterebbe ad attribuire al debitore il potere o la facoltà di eccepire la presentazione dell'istanza di concordato al fine di paralizzare l'azione esecutiva. Una interpretazione siffatta rimette alla disponibilità del debitore (che potrebbe opporre o non opporre l'eccezione) l'operatività di un effetto che invece la legge ricollega ex officio ed immediatamente alla presentazione del ricorso appunto perché intende realizzare gli scopi (d'interesse generale) sopra indicati.

Con il terzo mezzo di cassazione il Credito Italiano denuncia ancora violazione delle norme indicate nei precedenti motivi, nonché violazione degli artt. 1321 e seg., 1325, 1326, 1977, 1978 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., anche per difetto totale di motivazione su punto decisivo della controversia.

Ribadito che la vendita dei titoli ebbe luogo soltanto nove giorni dopo la presentazione della proposta di concordato, sostiene che la cessione dei beni ai creditori, come precisa l'art. 1977 c.c., è un contratto e, in quanto tale, può perfezionarsi soltanto quando interviene un accordo tra due o più parti (art. 1321 c.c.), mentre per la validità è necessario che esso abbia un oggetto, ai sensi dell'art. 1325 c.c.. Nel caso de quo sarebbe certo che, alla data del 24 aprile 1985 (quando, cioè, la banca curò la vendita dei titoli) il contratto di cessione non era concluso, ne' poté concludersi in seguito, relativamente ai titoli in questione, perché questi erano stati venduti e non erano più nella disponibilità di chi la cessione aveva proposto. La Corte palermitana avrebbe omesso di rilevare tale profilo ed avrebbe altresì violato l'art. 1325 c.c., trascurando di considerare che la proposta di concordato non conteneva alcuna menzione dei b.o.t., mentre il requisito della sussistenza dell'oggetto, indispensabile per la validità del contratto, presuppone che l'oggetto medesimo sia indicato e precisato dal proponente in attesa dell'accettazione.

Neppure tali argomenti possono essere condivisi.

Essi muovono da una prospettiva esclusivamente contrattualistica ed ignorano del tutto gli aspetti procedurali che invece assumono nella fattispecie rilievo preminente e fatti la cessione dei beni di un terzo nell'interesse del debitore, quale mezzo di attuazione e di garanzia del concordato preventivo, ancorché riconducibile in linea di principio allo schema negoziale di cui all'art. 1977 c.c., presenta tuttavia caratteristiche peculiari che non consentono di ritenere applicabili, sic et simpliciter, le regole proprie del contratto. Quella cessione va a collocarsi nel quadro di un complesso procedimento, che prende le mosse dalla proposta di concordato, si apre formalmente col decreto di cui all'art. 163 L.F., passa attraverso la fase deliberativa di cui agli artt. 174 e seg. L.F., trova il suo momento decisivo nella sentenza di omologazione (o, in mancanza, nella dichiarazione di fallimento del debitore: cfr. art. 181 L.F.) e si conclude con la fase di esecuzione e di liquidazione (quest'ultima quando vi sia stata cessione di beni). In tale contesto non può parlarsi di conclusione del contratto, come afferma il ricorrente, perché bisogna invece avere riguardo alla sequenza di atti che scandiscono il procedimento, nel cui ambito il consenso del cedente è necessario per formulare e mantenere la proposta di cessione (con i riflessi che ne discendono sull'esito della procedura concordataria), ma è destinato a diventare soltanto un elemento del complesso modulo procedimentale ora accennato. Quanto, poi, all'assunto che la proposta di concordato non conteneva alcun cenno dei titoli in questione, deve in primo luogo osservarsi che esso riguarda un accertamento di fatto non desumibile dalla sentenza impugnata e non suscettibile d'indagini in questa sede di legittimità. Ma, a parte tale rilievo, si deve anche notare che, nell'ambito della proposta di cessione, non era neppure necessaria una specifica indicazione dei titoli come condizione di validità della proposta medesima, essendo sufficiente che essi siano stati considerati nelle successive operazioni di inventario prodromiche alla fase deliberativa: il che non è controverso, come non è controverso che dei titoli si sia tenuto conto in sede di omologazione.

Con il quarto motivo l'istituto ricorrente, nel reiterare la denuncia di violazione delle norme già indicate, lamenta altresì violazione dei principi dell'ordinamento regolatori del concetto di retroattività, quale si ricava dalle norme (artt. 459, 646, 1360, 1361, 1399, 1458, 1457 c.c.) che prevedono, nei casi ammessi dalla legge, tale fenomeno, nonché

violazione e falsa applicazione dell'art. 2909 c.c. e violazione dell'art. 360 c.p.c., anche per carenza totale di motivazione. Afferma che la Corte di merito avrebbe errato nel ritenere che il Credito Italiano - essendo creditore della "Immobiliare I." e, come tale, destinatario della proposta di concordato - per opporsi alla cessione avrebbe dovuto spiegare opposizione nel giudizio di omologazione, allo scopo di evitare che sulla proposta medesima si formasse il giudicato. Infatti l'istituto non avrebbe avuto ragione di opporsi al concordato, dato che i titoli non erano più nella disponibilità del proponente, sicché l'efficacia retroattiva conseguente alla omologazione del concordato non poteva condurre a perfezionare la cessione dei titoli, essendo principio fondamentale in tema di retroattività che questa si arresta di fronte alla impossibile consecuzione dell'effetto. Erronea, inoltre, sarebbe la ritenuta formazione di un giudicato, in quanto questo può vincolare oggetti presenti nel procedimento in cui esso interviene e non beni che più non erano nella proprietà e nella disponibilità del cedente. D'altro canto, non si sarebbe potuta ritenere perfezionata la cessione sul prezzo dei titoli stessi, il cui importo era stato accreditato alla "Immobiliare I." nel conto dalla stessa intrattenuto presso la banca. Il motivo non è fondato.

La sentenza impugnata ha posto bene in evidenza che "il fondamento giuridico della pretesa fatta valere in questo giudizio risiede nella regola di cui all'art. 168 legge fall., la quale postula il divieto di azioni esecutive individuali nel periodo fra la domanda di concordato preventivo e l'omologazione" (v. pag. 9). Orbene, tale divieto non può essere evidentemente caducato (o eluso) a seguito di iniziative del creditore concordatario che vengano a porsi in contrasto con esso. Se queste iniziative sono illegittime, non può che discenderne l'obbligo, per il soggetto che le ha poste in essere, di restituire alla procedura il ricavato.

È quindi irrilevante la circostanza che, nella specie, i b.o.t. non fossero più nella disponibilità dei cedenti (o, meglio, della banca che li aveva ricevuti in pegno). Oggetto della domanda di restituzione azionata nel presente giudizio non sono i titoli in se, bensì il valore degli stessi incamerato dalla banca con una iniziativa che l'ha condotta a realizzare (almeno in parte) il proprio credito in un momento in cui era operante, per disposto di legge, il divieto di azioni esecutive individuali.

Nè ha pregio il richiamo del ricorrente (v. memoria ex art. 378 c.p.c., pag. 3) alla sentenza di questa Corte in data 11 aprile 1991, n. 3822. È vero, infatti, che - come ritenuto da quella sentenza - in materia di concordato preventivo l'offerta di cessione dei beni costituisce inizialmente un presupposto della proposta di concordato, non ancora attuativo della dismissione dei beni stessi né di un vincolo di indisponibilità su di essi in favore della massa dei creditori. Ma questo è aspetto che riguarda il cedente e il terzo che con lui abbia eventualmente a negoziare. Se un bene oggetto della proposta di cessione viene alienato prima che si sia espressa la maggioranza dei creditori e sia intervenuta omologazione da parte del tribunale, si tratterà di valutare l'incidenza di tale evento ai fini dell'esito della procedura. Ben diversa è invece la posizione del creditore concordatario (e destinatario del divieto di cui all'art. 168 L.F.), quale nel caso in esame era il Credito Italiano. Egli non può invocare la mancanza di un vincolo di indisponibilità per sottrarsi al divieto impostogli dal citato art. 168 legge fallimentare.

Viene perciò a cadere l'argomento secondo cui la vendita dei titoli avrebbe fatto venir meno l'oggetto del rapporto, appunto perché tale

oggetto è da identificare nel ricavato di detta vendita, conseguito in violazione della menzionata norma, la quale ben può essere azionata attraverso la condanna a restituire la somma incamerata (onde non sussiste l'asserita "impossibile consecuzione dell'effetto").

Con il quinto mezzo di cassazione il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2910, 2911 e seg. c.c., violazione degli artt. 474 e seg. c.p.c., violazione dei principi dell'ordinamento in base ai quali va delineato e identificato il concetto di atto esecutivo, violazione e falsa applicazione degli artt. 51 L.F. e 2744 c.c. nonché del concetto di autotutela, violazione dell'art. 360 c.p.c., anche per illogicità e carenza di motivazione. Sarebbe, in primo luogo, erroneo il richiamo - operato dalla Corte territoriale - al concetto di autotutela, trattandosi di nozione propria del diritto amministrativo ed estranea alla fattispecie. Sarebbe altresì errato ricondurre l'iniziativa della banca nell'ambito di una azione esecutiva, in quanto essa si sarebbe limitata a dar corso ad una clausola dell'atto costitutivo del pegno, che la autorizzava a procedere alla vendita dei titoli, in qualsiasi tempo e a suo insindacabile giudizio per ottenere il rimborso del suo avere. La sentenza impugnata non avrebbe spiegato perché l'attuazione di tale clausola concreterebbe un'azione esecutiva vietata dalla legge. Sarebbe, infine, del tutto errato il richiamo della Corte palermitana al divieto del patto commissorio. Con il sesto motivo - che può essere esaminato congiuntamente al DIRITTO

precedente perché ad esso connesso - si denuncia poi violazione degli artt. 168 L.F., 1978 c.c., 360 c.p.c., anche per motivazione imperfetta e carente su punto decisivo. Il ricorrente afferma che la Corte territoriale avrebbe errato nel considerare applicabile alla fattispecie il citato art. 168 L.F. Detta norma si applicherebbe soltanto nei confronti dei soggetti che propongono il concordato e non nei confronti di soggetti diversi, quali nel caso in esame erano i signori Si. e Ri., che erano in bonis e non avevano avanzato alcuna proposta. Nè la norma sarebbe applicabile al terzo cedente dei beni, trattandosi di disposizione particolare ed insuscettibile di interpretazione estensiva o analogica. Per il medesimo carattere di eccezionalità, poi, l'art. 168 L.F., nel momento in cui vieta il compimento di determinati atti, non potrebbe essere applicato a casi non menzionati e, segnatamente, al caso di realizzazione del pegno, che non costituisce procedimento esecutivo e per il quale non è prevista la possibilità di un concorso. Nè sarebbe applicabile alla fattispecie l'art. 53 L.F. Da tale quadro normativo dovrebbe discendere che, se un soggetto si è offerto di cedere beni ai creditori di altro soggetto, finché la cessione non sia perfezionata resta libero di alienare i beni offerti e di consentire su di essi l'accensione di diritti reali e tali beni dovrebbero restare assoggettabili ad ogni azione esecutiva. Le complesse censure così articolate sono destituite di fondamento.

La Corte territoriale ha (tra l'altro) affermato che l'operazione posta in essere dalla banca, e impugnata dai liquidatori, realizza una forma di autotutela che, per la sua portata eccezionale nel sistema, può essere compiuta soltanto nelle forme consentite e con il rispetto rigoroso di esse, vertendosi altrimenti in una sostanziale elusione delle regole dell'ordinamento e, nel caso di specie, in una violazione del divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.). Nel caso in esame - prosegue la Corte di merito - il Credito Italiano, intendendo esercitare la propria garanzia pignorizia, non poteva incassare il controvalore dei titoli non ancora scaduti e asseritamente venduti, ma, sia in base alla scrittura di pegno sia

in base alla legge (artt. 2796 e seg. c.c.), avrebbe dovuto procedere alla vendita del pegno con il rispetto delle forme previste (in particolare seguendo la procedura ex art. 2797 c.c.), le quali, invece, non sarebbero state osservate, ancorché prescritte (a suo avviso) a pena di nullità.

Le suddette proposizioni sono svolte dalla Corte palermitana per identificare un autonomo profilo di illegittimità della condotta della banca. E, mentre il richiamo al concetto di autotutela deve considerarsi pertinente (trattandosi di nozione non certo ignota al diritto privato, ancorché mutui le sue radici dal diritto amministrativo), deve convenirsi che l'affermata violazione del divieto di patto commissorio e l'asserito mancato rispetto delle forme legali nella vendita del pegno avrebbero richiesto una motivazione più adeguata, che avrebbe dovuto farsi carico (in modo non meramente assertivo) della derogabilità pattizia della normativa in materia di realizzazione del pegno, con specifico riferimento alle clausole dell'atto costitutivo della garanzia.

Senonché una ulteriore indagine al riguardo si palesa irrilevante, nel momento in cui è acquisita la violazione di una norma giuridica sicuramente imperativa, qual è il precetto recato dall'art. 168 L.F., idoneo da solo a sorreggere la decisione impugnata (come la medesima Corte territoriale ha posto in luce, ravvisando in esso il fondamento della pretesa fatta valere nel presente giudizio).

Come si è già notato, e come qui va ribadito, il citato art. 168 rende operativo per i creditori, sotto pena di nullità, il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore a far tempo "dalla data della presentazione del ricorso e fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato". Posto dall'art. 148 L.F. (Ratio della norma è quella di assicurare la natura concorsuale della procedura e il rispetto della par condicio, anche in vista del possibile sbocco nel fallimento del debitore, ove non si ravvisino le condizioni per omologare il concordato (arg. ex art. 181, comma 2, L.F.), oppure si creino gli estremi per la risoluzione o l'annullamento di questo (art. 186 L.F.). In tale contesto va a collocarsi il cennato divieto, la cui effettività il legislatore ha inteso particolarmente porre in evidenza attraverso la previsione di una forma di nullità. È chiaro, allora, che nel concetto di azione esecutiva (contemplata dalla norma) rientrano non soltanto le azioni proprie del processo di esecuzione (artt. 474 e seg. c.p.c.), ma qualsiasi iniziativa del creditore volta a realizzare unilateralmente e al di fuori della procedura concorsuale il contenuto dell'obbligazione del debitore concordatario, e dunque anche il procedimento disciplinato dagli artt. 2796 e 2797 (richiamato anche sull'art. 2804) c.c. che conduce appunto a quel risultato.

Nè varrebbe opporre che, nella specie, la vendita era avvenuta in base ad una clausola autorizzatoria convenuta tra le parti in sede di costituzione del pegno, dovendosi replicare che l'autonomia privata può derogare (in ipotesi) ai termini e alle modalità di cui all'art. 2797 c.c. (salvo a verificare i limiti di tale facoltà di deroga), ma non certo al divieto posto dall'art. 168 L.F. (sanzionato, come si è detto, a pena di nullità).

Correttamente, pertanto, la sentenza impugnata ha ricondotto nell'ambito di un'azione esecutiva (secondo la previsione dell'art. 168 cit.) l'iniziativa della banca.

Nè può condividersi la tesi di questa, secondo cui la detta norma si applicherebbe soltanto al debitore richiedente il concordato e non ai

diversi soggetti che abbiano offerto di cedere i propri beni, o alcuni di essi, ai creditori del medesimo.

Invero, come questa Corte ha già posto in luce, nel concordato preventivo è valida ed efficace, ed equivale a tutti gli effetti alla cessione dei beni del debitore, la cessione di beni da parte di un terzo, come mezzo di attuazione e strumento di garanzia del concordato stesso (Cass., 11 maggio 1978, n. 2295). Da tale equivalenza discende che anche la cessione dei beni da parte del terzo rimane vincolata e soggetta alle regole della procedura concordataria, dal momento che il terzo viene ad inserirsi in detta procedura con una posizione e legittimazione pari a quella del debitore e diventa parte nel processo di omologazione (v. la citata sentenza, in motivazione). D'altro canto, se così non fosse, verrebbe ad essere snaturata la stessa causa o funzione della cessione, in quanto questa non potrebbe utilmente concorrere ad assicurare i mezzi necessari per l'esecuzione del concordato, sminuendo quindi le garanzie per i creditori.

Si deve perciò concludere che anche per la cessione dei beni da parte del terzo vige il divieto di cui all'art. 168 L.F. a decorrere dalla data di presentazione del ricorso. Nè vale addurre che, trattandosi di disposizione a carattere eccezionale, essa non sarebbe suscettibile d'interpretazione estensiva o analogica. Infatti la disposizione de qua - nel sistema della legge fallimentare - non può definirsi eccezionale, ma è conforme ai principi della concorsualità e della par condicio che dominano il detto sistema. Con il settimo motivo il ricorrente reitera la denuncia di violazione delle norme menzionate nel primo e nel secondo motivo, sostenendo che l'imprenditore, nel periodo che va dall'apertura del procedimento di concordato alla omologazione, resta in bonis, e le eventuali alienazioni da lui consentite non sono assoggettate a sanzioni di nullità o di inefficacia, ma possono comportare la dichiarazione di fallimento e, in seguito a questa, la proposizione di azione revocatoria. Tanto meno, dunque, sanzioni di nullità o inefficacia potrebbero incidere sui beni che un terzo abbia offerto per una cessione ancora non perfezionata.

Il mezzo non ha fondamento perché, ancora una volta, ignora del tutto il disposto dell'art. 168 L.F. e il divieto ivi contemplato, che vede come destinatari (non già l'imprenditore proponente il concordato o i terzi bensì) "i creditori per titolo o causa anteriore al decreto". In proposito vanno richiamate le considerazioni svolte trattando dei precedenti motivi. Con l'ottavo motivo il Credito Italiano denuncia violazione (per mancata applicazione) dell'art. 2003 c.c., nonché violazione dell'art. 360 c.p.c. anche per difetto totale di motivazione su un punto decisivo della controversia. Sostiene che, ai sensi del citato art. 2003 c.c., il trasferimento dei titoli al portatore si opera con la consegna degli stessi. Nel caso de quo i titoli dati in pegno alla banca sarebbero sempre rimasti nel possesso della medesima, onde non potrebbero essere stati trasferiti e la cessione, relativamente a questo presunto oggetto, non potrebbe essersi perfezionata. Nè le disposizioni concernenti la cessione dei beni potrebbero superare quella disciplinante il trasferimento dei titoli al portatore, essendo questa perentoria ed assorbente.

Neppure tale doglianza ha fondamento.

A parte il rilievo che, nella specie, si verte in tema di titoli del debito pubblico (b.o.t.), i quali sono regolati da leggi speciali ai sensi dell'art. 2001, comma 2, c.c. (v., in particolare, D.P.R. 14 febbraio 1963, n. 1343 e

successive modifiche e integrazioni), si deve osservare che, ove pur volesse ritenersi applicabile l'art. 2003 c.c., esso non gioverebbe alla tesi dell'istituto ricorrente. Infatti, come emerge dalla sentenza impugnata e dallo stesso ricorso per cassazione, i titoli de quibus erano in possesso della banca perché costituiti in pegno e furono dalla medesima alienati per escutere la garanzia e realizzare il credito, contro il disposto dell'art. 168 L.F. Pertanto la mancata consegna dei titoli sarebbe dipesa dalla illegittima iniziativa dell'istituto di credito, il quale comunque sarebbe tenuto a restituire alla procedura il ricavato.

Con il nono motivo il Credito Italiano solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 168 L.F. per (asserito) contrasto con gli artt. 3, 24, 42 e 54 della Costituzione. L'art. 3 sarebbe violato perché la norma impugnata porrebbe alla libertà di agire di alcuni soggetti limiti dagli stessi non conoscibili; la violazione dell'art. 24 discenderebbe dalla limitazione del diritto alla difesa; l'art. 42 sarebbe violato perché la norma impugnata disporrebbe senza indennizzo dei diritti patrimoniali spettanti ad alcuni soggetti; infine, l'art. 54 sarebbe violato perché il citato art. 168 L.F. "sarebbe di ostacolo alla certezza del diritto" (v. ricorso per cassazione, pag. 25).

La questione è manifestamente infondata nei quattro profili in cui è articolata.

Infatti: non è violato il parametro costituzionale dell'eguaglianza (art. 3), perché la norma impugnata non discrimina irragionevolmente tra soggetti in analoga posizione, ma pone a tutti i creditori per titolo o causa anteriore al decreto un divieto (temporaneo) di azioni esecutive, per fini d'interesse generale e cioè per assicurare la regola del concorso e la parità di condizione; non è violato il diritto di difesa, perché è assicurata al creditore (che, tra l'altro, se assistito da causa di prelazione, avrebbe diritto al pagamento integrale) la possibilità di partecipare alla procedura concordataria e di farvi valere le proprie ragioni; non sussiste una disposizione senza indennizzo dei diritti patrimoniali spettanti ai creditori, perché questi trovano nella procedura la sede per realizzare i loro diritti, ed anche la (eventuale) riduzione quantitativa dei crediti passa attraverso una fase deliberativa (cui partecipano i creditori: art. 174 e seg. L.F.) ed un momento decisivo, che si esprime in una sentenza con la quale si omologa o si respinge il concordato e che è impugnabile ex art. 183 L.F.; infine l'ultimo profilo è prospettato in termini tanto generici da non consentire d'identificare il parametro costituzionale invocato (l'art. 54 cost. non eleva a tale rango la certezza del diritto), sicché non può avere ingresso.

Con il decimo, e ultimo, motivo il ricorrente denuncia violazione dell'art. 1284 c.c. (e successive modificazioni) nonché violazione degli artt. 1219 e 360 c.p.c.. Premesso che la Corte di merito ha condannato la banca a restituire alla massa la somma di lire 99.700.000 oltre interessi legali nella misura del 10%, osserva che gli interessi, in adempimento della pronuncia della Corte, sarebbero dovuti dal 24 aprile 1985. Però a quella data - prosegue il ricorrente - e per tutto il tempo successivo fino al 15 dicembre 1990, il saggio degli interessi legali era del cinque per cento in ragione di anno, sicché la decisione della Corte territoriale sarebbe in violazione di legge. Inoltre, a tutto concedere, gli interessi si sarebbero potuti attribuire a far tempo dalla data della domanda, a norma dell'art. 1219 c.c..

La censura deve essere respinta, con le precisazioni che seguono. La sentenza impugnata, nella parte terminale della motivazione (in relazione alla quale va interpretato il dispositivo), dopo aver ritenuto l'illegittimità della vendita dei titoli ed aver disposto la restituzione del ricavato, aggiunge che sono altresì dovuti gli interessi, "nella misura che sarebbe stata conseguita (secondo la domanda) dalla loro normale fruttificazione netta, determinabile in ragione del 10% (e non come richiesto - come interessi composti, posto che anche negli anni precedenti, come risulta dagli atti, il ricavato non risultava investito in ulteriori acquisti di titoli)". Da tale motivazione si evince con chiarezza che, nell'iter argomentativo della Corte di merito, la percentuale del 10% non è riferita al saggio degli interessi legali (art. 1284 c.c.). Quella percentuale costituisce, invece, un parametro di determinazione degli interessi moratori (art. 1224, I comma, c.c.), ritenuto adeguato (e quindi determinabile) in quella misura perché rispondente alla misura che sarebbe derivata "dalla loro normale fruttificazione netta". Se così è (e il tenore della motivazione non autorizza una interpretazione differente), il riferimento agli "interessi legali nella misura del 10%", contenuto nel dispositivo, si risolve, per la parte relativa all'aggettivo, in una semplice improprietà terminologica e va inteso nel senso suddetto.

Quanto alla decorrenza degli interessi in questione, in effetti manca nella sentenza impugnata un'esplicita pronuncia al riguardo, onde la decorrenza medesima resta fissata ex lege (art. 1224, I comma, in relazione all'art. 1219 c.c.) dal giorno della mora. Conclusivamente, alla stregua delle esposte considerazioni, il ricorso deve essere respinto.

Nella natura delle questioni trattate si ravvisano tuttavia giusti motivi per dichiarare compensate interamente tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e dichiara compensate tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 31 ottobre 1995, nella camera di consiglio della prima sezione civile della Corte suprema di cassazione.

DEPOSITATA IN CANCELLERIA IL 16 APRILE 1996