

## Il concordato preventivo: il ruolo dei fideiussori e dei coobbligati<sup>1</sup>

PAOLO GIOVANNI DEMARCHI

Sommario: 1. Introduzione e fonte della regolamentazione. - 2. Obbligazioni solidali e fideiussione– 3. La disciplina delle obbligazioni solidali nel fallimento: analisi della normativa di riferimento – 4. Le particolarità dell’obbligazione solidale nel concordato preventivo – 4.1. Il *dies a quo* - 4.2. L’esercizio del diritto di voto e i suoi effetti nei confronti dei coobbligati - 4.3. L’applicabilità dell’art. 63 l. fall. al concordato preventivo - 4.4. Insolvenza e rilievo del fideiussore - 4.5. La conservazione dei diritti contro i terzi coobbligati - 4.5.1. Il ruolo particolare del socio garante - 5. Il ruolo attivo del fideiussore nel concordato preventivo: cenni al mutato quadro normativo in tema di ammissione al concordato. La sopravvivenza, in forma atipica, del concordato con garanzia e del concordato per *cessio bonorum* – 5.1. Il garante del concordato e il procedimento di omologazione: quale valutazione giudiziale della garanzia offerta? - 5.2. Il ruolo del fideiussore nella risoluzione del concordato con garanzia: inadempimento del debitore e sorte della garanzia – 5.2.1. Continua: la legittimazione attiva - 5.2.2. Il recupero del credito: l’azione di regresso - 5.3. Gli effetti degli accordi di ristrutturazione su fideiussori e coobbligati del debitore - 5.3.1. Gli effetti sulle garanzie prestate in occasione della proposta di ristrutturazione.

### 1. Introduzione e fonte della regolamentazione

Le disposizioni sul concordato preventivo, contenute negli articoli da 160 a 186 della legge fallimentare, non contengono alcuna disciplina diretta in relazione alla regolamentazione del fenomeno delle obbligazioni fideiussorie (e solidali in generale); l’art. 169 della legge fallimentare<sup>2</sup> rinvia però al contenuto degli artt. 61, 62 e 63, dettati in tema di fallimento, che pertanto costituiscono le norme di

---

<sup>1</sup> Il testo riproduce la relazione tenuta al forum Synergia Formazione “Le garanzie. Nuovi strumenti, evoluzione legislativa e orientamenti giurisprudenziali”, in Milano, Hotel Excelsior Gallia, 23 febbraio 2006

<sup>2</sup> Art. 169 - Norme applicabili.

Si applicano, con riferimento alla **data di presentazione della domanda** di concordato, le disposizioni degli articoli 55, 56, 57, 58, 59, 60, **61, 62, 63**.

riferimento anche in materia di concordato, pur se le particolarità di questa procedura non ne consentono un'applicazione integrale<sup>3</sup>.

Il rinvio deve dunque intendersi, come sempre avviene, salva l'incompatibilità delle norme richiamate. In caso di carenza normativa (degli articoli di rinvio), si osserva<sup>4</sup>, non si potrà procedere all'applicazione analogica di altre norme, ma sarà indispensabile fare ricorso alle norme generali del codice in materia di obbligazioni solidali; la disciplina ordinaria codicistica va però sempre coordinata con i principi della legge fallimentare e in caso di dissidio è evidente che debba prevalere la norma speciale (cioè quella concorsuale).

Una particolarità che si nota ad un primo raffronto tra la norma "chiamante" e le norme di rinvio, è relativo alla linea di confine tra il "prima" e il "dopo"; il concetto di anteriorità/posteriorità è tipicamente relativo e postula pertanto un dato da prendere come riferimento, in relazione al quale qualificarsi. Mentre per il fallimento l'evento che separa i due momenti (ciò che è successo prima da ciò che succede dopo) è la sentenza del Collegio, per quanto riguarda il concordato la scelta del legislatore è caduta su un momento anteriore scelto discrezionalmente dal debitore, e cioè la data di deposito in cancelleria della domanda di ammissione alla procedura.

Si vedrà, in seguito, quale rilevanza ha il momento di apertura della procedura.

## 2. Obbligazioni solidali e fideiussione

Prima di esaminare i rapporti tra il concordato e le obbligazioni fideiussorie, o solidali, è bene definire, sebbene solo in modo sommario, cosa sia una coobbligazione e come si differenzi dalla fideiussione.

Per la sussistenza di un'obbligazione è necessario che vi sia un vincolo tra almeno due soggetti, di cui uno creditore e l'altro debitore; oltre a questo tipo di obbligazione semplice, che potremmo chiamare "monosoggettiva", si possono presentare casi in cui vi è una pluralità di soggetti attivi (creditori) o passivi (debitori). In questo caso l'obbligazione è di tipo "**plurisoggettivo**", in quanto coinvolge nel vincolo più soggetti. Mi limiterò a trattare dell'obbligazione plurisoggettiva passiva, in cui cioè molteplici sono i debitori obbligati verso un unico creditore, perché all'evidenza sono questi i casi che maggiormente interessano le procedure concorsuali.

Quando vi sono più debitori obbligati verso un creditore, l'obbligazione di costoro può essere **parziaria o solidale**, a seconda che ogni debitore sia tenuto solo

---

<sup>3</sup> Queste modalità di legiferare per rinvio sono state giustamente criticate dal BONSIGNORI (*Concordato preventivo*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna, 1979, 265), il quale osserva che esse esasperano "... i difetti di una regolamentazione già di per se stessa lacunosa, costringendo l'interprete ad operazioni di adattamento assai delicate, e di dubbio esito".

<sup>4</sup> LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, quarta edizione, Milano, 1997, 394

per la sua parte, ovvero sia tenuto, verso il creditore, per l'intero. E' evidente la differenza di tutela del creditore nei due casi: se l'obbligazione è parziaria, il creditore sarà tenuto a rivolgersi a tutti i debitori e da ognuno potrà pretendere solo l'adempimento della sua parte, sopportando l'eventuale insolvenza di uno di essi. Nel caso di solidarietà, invece, il creditore ha la facoltà, secondo la sua libera scelta, di rivolgersi ad uno qualunque dei debitori e da costui pretendere l'intero pagamento; sarà poi il singolo debitore escusso a dover recuperare la parte "anticipata" per gli altri<sup>5</sup> (che si presume, nei rapporti interni, uguale), rivolgendosi a costoro con l'azione di **regresso**; il creditore avrà la possibilità di scegliere, per l'adempimento, il debitore che dia più affidamento e, comunque, sarà libero di rivolgersi ad altri qualora questo, contro le sue previsioni, non paghi. Questo è dunque il fenomeno della coobbligazione solidale passiva; nessuna rilevanza particolare assume nelle procedure concorsuali l'obbligazione plurisoggettiva parziaria, per cui nel prosieguo si tratterà solo della **solidarietà passiva** dell'obbligazione.

La **fideiussione** è un contratto con il quale si costituisce una garanzia personale da parte di un terzo (*idem fide tua esse iubes?*, secondo la formula del diritto romano); essa appartiene al *genus* delle obbligazioni solidali, ma se ne differenzia per alcuni aspetti. Una prima differenza si rileva a livello genetico-causale, in quanto la fideiussione è un'obbligazione **accessoria**, che nasce per garantire un'obbligazione principale (per questo la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale, né può essere prestata a condizioni più onerose od eccedere quanto dovuto dal debitore principale). Si tratta quindi in sostanza dell'intervento volontario di un soggetto inizialmente terzo rispetto al rapporto obbligatorio, che assume un impegno "ausiliario" nei confronti del creditore, per rafforzarne la garanzia di adempimento.

Le differenze nel momento esecutivo attengono invece alle modalità di escussione della fideiussione; mentre, come abbiamo visto, il creditore può sempre rivolgersi verso uno qualunque dei debitori solidali, il contratto fideiussorio può prevedere un beneficio di preventiva escussione del debitore principale, e quindi subordinare l'attivazione della garanzia all'inadempimento di quest'ultimo<sup>6</sup>.

Anche nei **rapporti interni** vi è una notevole differenza, perché il fideiussore – non essendo obbligato in via principale ed originaria nei confronti del creditore – ha diritto di ripetere dal debitore principale tutto quanto abbia versato in adempimento del contratto fideiussorio.

Possiamo dire, in conclusione e semplificando, che la fideiussione è un'**obbligazione solidale accessoria**, che presenta però caratteristiche peculiari: dal

<sup>5</sup> Cfr., in tema di fallimento, Tribunale Ascoli Piceno, 10 ottobre 1984, Dir. fall. 1986, II,163.

<sup>6</sup> E' anche possibile che, in caso di più fideiussori, sia pattuito il beneficio della divisione; in questo caso il debito si divide fra i fideiussori e ognuno di essi è tenuto solo per la sua parte.

lato esterno può essere previsto un **beneficium excussionis** e dal lato interno il fideiussore ha diritto di **ripetere** dal debitore **tutto** quanto pagato per costui.

### 3. La disciplina delle obbligazioni solidali nel fallimento: analisi della normativa di riferimento

#### Articolo 61

##### **(Creditore di più coobbligati solidali)**

Il creditore di più coobbligati in solido concorre nel fallimento di quelli tra essi che sono falliti, per l'intero credito in capitale e accessori, sino al totale pagamento.

Il regresso tra i coobbligati falliti può essere esercitato solo dopo che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito.

#### Articolo 62

##### **(Creditore di più coobbligati solidali parzialmente soddisfatto)**

Il creditore che, prima della dichiarazione di fallimento, ha ricevuto da un coobbligato in solido col fallito o da un fideiussore una parte del proprio credito, ha diritto di concorrere nel fallimento per la parte non riscossa.

Il coobbligato che ha diritto di regresso verso il fallito ha diritto di concorrere nel fallimento di questo per la somma pagata.

Tuttavia il creditore ha diritto di farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato fino a concorrenza di quanto ancora dovutogli.

Resta impregiudicato il diritto verso il coobbligato se il creditore rimane parzialmente insoddisfatto.

#### Articolo 63

##### **(Coobbligato o fideiussore del fallito con diritto di garanzia)**

Il coobbligato o fideiussore del fallito, che ha un diritto di pegno o d'ipoteca sui beni di lui a garanzia della sua azione di regresso, concorre nel fallimento per la somma per la quale ha ipoteca o pegno.

Il ricavato della vendita dei beni ipotecati o delle cose date in pegno spetta al creditore in deduzione della somma dovuta.

Va innanzitutto ricordato che la misura in cui il credito partecipa al concorso è data dal suo importo al momento della dichiarazione di fallimento, in quanto la legge dispone che vi sia una sorta di cristallizzazione della massa passiva<sup>7</sup>; su questo concetto si tornerà in seguito.

Si è visto che la solidarietà passiva (che costituisce la regola generale in materia di obbligazioni plurisoggettive) mira a fornire una tutela particolarmente efficace al creditore, libero di pretendere il tutto da ogni debitore, e meno esposto all'insolvenza di alcuni (o meglio indifferente ad essa<sup>8</sup>).

La legge fallimentare non ha sconfessato tale impostazione codicistica, che ha invece ulteriormente rafforzato.

Come ha evidenziato con assoluta chiarezza un grande fallimentarista ormai scomparso<sup>9</sup>, la disciplina delle obbligazioni solidali nel fallimento è retta da due principi fondamentali: il primo è relativo alla cristallizzazione dei crediti al momento del fallimento, secondo i principi generali<sup>10</sup>, per cui il creditore non può insinuarsi per tutto il credito se prima del fallimento ha già ricevuto un pagamento parziale da qualche coobbligato, ma può mantenere l'insinuazione totale se durante il fallimento il credito si riduce per effetto di pagamenti, e ciò fino all'integrale soddisfazione<sup>11</sup>.

Il secondo principio attiene ad un ulteriore strumento di tutela del credito: i diritti spettanti ai coobbligati in solido per le loro azioni di regresso verso il fallito sono utilizzati dal creditore, per cui gli stessi coobbligati non possono partecipare ad alcun riparto prima del soddisfacimento integrale del creditore medesimo<sup>12</sup>. A tal proposito va fatta una precisazione, tenendo

---

<sup>7</sup> LO CASCIO, op. cit. 395

<sup>8</sup> Solo l'insolvenza di tutti i condebitori solidali può infatti comportare pregiudizio per il creditore.

<sup>9</sup> FRANCESCO FERRARA JUNIOR, *Il Fallimento*, quarta edizione, Milano, 1989, 347 ss.

<sup>10</sup> Vale la pena notare che il principio di cristallizzazione dei crediti al momento del fallimento, che di solito opera a svantaggio del creditore, qui opera a suo vantaggio, perchè gli consente di mantenere ferma l'insinuazione per l'intero anche quando abbia ricevuto – dopo il fallimento - adempimenti parziali dagli altri coobbligati.

<sup>11</sup> Se più o tutti i debitori solidali sono falliti, la regola non muta: il creditore potrà insinuarsi in tutti i fallimenti per il credito residuo alla data di fallimento. Ciò comporta che se tutti i fallimenti sono contestuali l'insinuazione sarà sempre del medesimo importo, ma se i fallimenti sono pronunciati in momenti diversi, il credito concorsuale potrà figurare in misura diversa, per effetto di eventuali pagamenti successivi al primo fallimento (ed anteriori, invece, a quelli successivi).

<sup>12</sup> Il coobbligato con il fallito può esercitare il regresso nei confronti di questi solo nell'ipotesi in cui abbia pagato prima della dichiarazione di fallimento, essendo stata accordata dal legislatore una maggiore tutela al creditore che, diversamente, ha diritto di farsi assegnare anche la quota di ripartizione spettante al soggetto coobbligato sino all'integrale soddisfacimento del suo credito. Tribunale Palermo, 11 febbraio 1984, Fallimento 1986, 1352

conto del momento in cui il condebitore *in bonis* ha fatto il pagamento: se il pagamento è **anteriore al fallimento**, il debitore che ha pagato più della propria parte potrà insinuarsi al passivo del fallimento per il recupero, in via di regresso, della porzione facente carico al fallito, ma non potrà percepire nulla fino alla soddisfazione integrale del creditore.<sup>13</sup>

In deroga al principio di cui all'art. 1299, secondo cui il debitore che ha pagato può esercitare l'azione di **regresso** solo nei limiti della parte dovuta dal singolo condebitore, nel fallimento l'insinuazione può però essere fatta per l'**intero** importo pagato, fermo restando che il coobbligato non potrà percepire, in sede di distribuzione, più della somma corrispondente al debito del fallito<sup>14</sup>.

Se il pagamento parziale del credito, ad opera di condebitore diverso dal fallito, avviene **dopo il fallimento**, chi ha pagato non può nemmeno insinuarsi al passivo del fallimento per la quota di regresso, perché già vi concorre il creditore principale per l'intero<sup>15</sup>; solo in caso di pagamento integrale del debito da parte del condebitore *in bonis*, quest'ultimo potrà insinuarsi in via tardiva per l'azione di regresso spettantegli<sup>16</sup> ovvero

---

<sup>13</sup> Si supponga che vi siano due debitori solidali (Tizio e Sempronio) di Caio per 100 e che Sempronio sia fallito; se Tizio ha pagato 70 a Caio prima del fallimento di Sempronio, Caio potrà insinuarsi solo per 30 (suo residuo credito) e Tizio potrà insinuarsi per 20 (la parte per cui ha regresso). Le somme eventualmente spettanti a Tizio in sede di distribuzione, però, saranno in realtà corrisposte a Caio fino all'integrale soddisfazione del suo credito e Caio non perde comunque l'azione diretta nei confronti del coobbligato che agisce in regresso nel fallimento, nel senso che oltre a prendere quanto a lui attribuito in sede di distribuzione, potrà anche escuterlo al di fuori della procedura fallimentare, secondo le norme ordinarie.

<sup>14</sup> La norma mi sembra che realizzi un'ingiustificata disparità di trattamento fra i vari creditori, giacché al condebitore solidale è garantita una soddisfazione maggiore nei confronti del fallito; non è escluso poi che il coobbligato, con questo sistema, riesca a percepire l'intero credito vantato verso il fallito, per la sua quota di debito, venendo dunque il suo credito trattato alla stregua di un privilegiato.

<sup>15</sup> Ed è del tutto indifferente che il coobbligato con il pagamento abbia assolto totalmente la sua obbligazione, come avviene ad esempio nel caso di fideiussione parziale: cfr. LO CASCIO, op. cit. 397

<sup>16</sup> Cass. 10.01.1966, Foro It. 1967, I, 1792; conf. Tribunale Roma, 6 dicembre 1999, Dir. e prat. soc. 2000, f. 11.

Si dia il seguente esempio, mantenendo i nomi immaginari di cui alla nota che precede: dopo la dichiarazione di fallimento di Sempronio, Tizio paga al creditore Caio la somma di 80. Poiché Caio ha diritto di mantenere l'insinuazione al passivo del fallimento per l'importo totale di 100 (essendo il pagamento posteriore alla dichiarazione di fallimento), Tizio non potrà effettuare alcuna insinuazione, perché altrimenti lo stesso credito (sebbene solo in parte) concorrerebbe due volte nello stesso fallimento. E' per questo motivo che la Cassazione citata ha ritenuto che lo strumento di Tizio – una volta che Caio sia interamente pagato – non può che essere la insinuazione tardiva.

Mi pare però preferibile una diversa soluzione, quantomeno ove possibile, e cioè la surrogazione del debitore pagante nei diritti del creditore (ex art. 1203 n.3 in via generale; ex art. 1949 per il

surrogarsi al creditore già insinuato per la parte di somma che gli spetta in via di regresso verso il fallito<sup>17</sup>.

Cosa succede se il creditore, per effetto delle diverse insinuazioni nei fallimenti dei condebitori e delle procedure esecutive iniziate contro i debitori *in bonis*, si trovi ad un certo punto a percepire più del dovuto? Si ritiene da parte della dottrina, quantomeno con riferimento al caso di più condebitori falliti, che il creditore debba restituire la maggior somma percepita ai diversi fallimenti, in proporzione di quanto ricevuto<sup>18</sup>; la soluzione non pare condivisibile, posto che caratteristica fondamentale della solidarietà è la possibilità per il creditore di chiedere l'adempimento, anche per l'intero, a chiunque; ciò significa, mi pare, sotto il profilo restitutorio, che il creditore come può chiedere a chi vuole, così può restituire a chi vuole; l'onere interno di redistribuzione dei "pesi" è cioè sempre incombente sui debitori, e non sul creditore<sup>19</sup>.

Per quanto riguarda la particolare situazione del **fideiussore** (coobbligato solidale *sui generis*), il quale non sia ancora stato escusso dal creditore, secondo la prevalente giurisprudenza<sup>20</sup> egli potrà fare domanda di

---

caso di fideiussore). Il condebitore non avrà dunque bisogno di fare un'insinuazione tardiva, ove abbia pagato integralmente il creditore dopo il fallimento, perché sarà automaticamente surrogato nei diritti di quest'ultimo – limitatamente alla quota di regresso – verso il fallito. In parole semplici, il condebitore prenderà il posto del creditore nello stato passivo, limitatamente alla somma derivante dall'azione di regresso.

<sup>17</sup> Cfr. Tribunale Torino, 29 gennaio 1993, Fallimento 1993, 863: "Il fideiussore od il coobbligato che non abbia pagato il creditore non può far valere al passivo del fallimento del debitore principale o del condebitore il credito di regresso, ma potrà far valere il suo credito unicamente in via di surroga, quando avrà provveduto all'adempimento dell'intera obbligazione"; conf. Tribunale Verona, 2 luglio 1986, Giust. civ. 1987, I,966.

C'è anche chi ha sostenuto che il debito del fallito verso il coobbligato che abbia pagato integralmente il creditore dopo l'apertura della procedura concorsuale non è un debito concorsuale, perché successivo alla procedura e nemmeno determinato nel suo ammontare; il credito del coobbligato, cioè, non sarebbe né attuale né condizionato, ma eventuale e futuro; cfr. LO CASCIO, op. cit. 396 e VACCARELLA, *La solidarietà passiva*, Dir. Fall. 1967, I, 46 ss.

<sup>18</sup> Cfr. PAJARDI, *Codice del fallimento*, a cura di, seconda edizione, Milano, 1994, 240.

<sup>19</sup> Il creditore sarà normalmente indotto a restituire *quod superest* a chi lo avrà pagato per ultimo, o meglio a rifiutare una parte del pagamento risultante dal piano di distribuzione che comporti la soddisfazione finale del proprio credito.

<sup>20</sup> Cassazione civile, sez. I, 27 giugno 1998, n. 6355, Fallimento 1999, 525; Cassazione civile, sez. III, 5 luglio 1988, n. 4419, Banca borsa tit. cred. 1990, II,175; Tribunale Padova, 6 maggio 2003, Giur. merito 2004, 72; Corte appello Roma, 13 ottobre 1987, Foro it. 1988, I,603; contra Tribunale Genova, 4 marzo 1992, Fallimento 1992, 955, secondo cui il fideiussore che non abbia soddisfatto il creditore non può far valere nel passivo del fallimento del debitore principale il proprio credito di regresso in via condizionale. Della stessa opinione Cassazione civile, sez. I, 8 agosto 2003, n. 11953, Fall. 2004, 1091 (per un caso di garanzia impropria); Tribunale Udine, 30 aprile 1988, Giur. comm. 1989, II,91 e Tribunale Roma, 29 ottobre 1981, Dir. fall. 1982, II,181, nonché Tribunale Genova, 13 gennaio 1983, Dir. fall. 1984, II,840 e Tribunale Milano, 27

ammissione allo stato passivo, ma dovrà essere ammesso con riserva, tra i crediti condizionali, per l'eventuale azione di regresso, qualora sia obbligato a pagare in costanza di fallimento<sup>21</sup>. E' stata invece negata la possibilità di fare istanza di ammissione tardiva, dopo l'effettivo pagamento<sup>22</sup>.

Quanto alla **fideiussione parziale**, la postergazione della partecipazione al riparto del coobbligato solidale all'integrale soddisfacimento del creditore garantito opera anche nel caso di estinzione dell'obbligo del fideiussore senza contestuale estinzione del credito del soggetto garantito<sup>23</sup>.

Va comunque tenuto presente che il creditore potrebbe non insinuarsi nel fallimento di uno o più condebitori; in questo caso la giurisprudenza ha ritenuto che il condebitore solidale che ha adempiuto in parte al debito comune può insinuarsi con riserva al passivo del condebitore fallito nell'ipotesi in cui il creditore non abbia presentato domanda di ammissione<sup>24</sup>.

Se il coobbligato ha un **diritto di pegno o di ipoteca** sui beni del fallito a garanzia dell'azione di regresso, di tali garanzie potrà giovare il creditore, in quanto a lui spetta per legge il ricavato della vendita di tali beni (naturalmente entro i limiti della somma garantita e del suo credito, ex art. 63 l. fall.). Nell'ipotesi in cui il coobbligato "garantito" rimanesse inerte, non è chiaro in che modo possa tutelarsi il creditore: si è sostenuto che egli possa **surrogarsi** al proprio debitore e dunque fare in sua vece la domanda di insinuazione al passivo, per giovare del ricavato della vendita dei beni che costituiscono la garanzia reale<sup>25</sup>.

Tutte le regole enunciate nel presente paragrafo hanno un'unica funzione, e cioè quella di assicurare la massima soddisfazione del creditore.

---

novembre 1978, Fallimento 1979, 518. In dottrina v. AUTELITANO, L'insinuazione al passivo del fideiussore (nel caso in cui il creditore sia stato soddisfatto posteriormente alla dichiarazione di fallimento), Giur. comm. 1998, 6, 747; DI CORRADO, *Un'occasione mancata per fare chiarezza in tema di insinuazione del coobbligato non escusso*, Fall. 2004, 1094

<sup>21</sup> Ci sembra però più logica la soluzione ipotizzata da Tribunale Verona, 2 luglio 1986, Giust. civ. 1987, I, 966, secondo cui il fideiussore che non ha pagato il creditore prima della dichiarazione di fallimento del debitore principale non ha alcun interesse ad essere ammesso al passivo per il credito di regresso nascente dall'adempimento della garanzia prestata, quale creditore condizionale, in quanto, una volta provveduto a tale adempimento, può utilizzare l'ammissione del credito insinuato dal creditore a seguito della successione che si verifica nel rapporto obbligatorio, senza che da ciò possa derivare alcun pregiudizio rispetto alla posizione che il fideiussore avrebbe assunto se fosse stato ammesso al passivo con riserva.

<sup>22</sup> Non può essere ammessa la domanda di ammissione in via tardiva al passivo del fallimento proposta dal fideiussore del fallito che abbia pagato il creditore successivamente al fallimento.

Tribunale Milano, 28 novembre 1994, Gius 1995, 350

<sup>23</sup> Tribunale Udine, 6 settembre 2002. Fallimento 2003, 326

<sup>24</sup> Tribunale Torino, 3 giugno 1994, Banca borsa tit. cred. 1995, II, 744

<sup>25</sup> FERRARA JR, *Il Fallimento*, quarta edizione, Milano, 1989, 351

Ciò avviene in forza di un principio generale, secondo cui tutto quanto il debitore deve a causa della sua obbligazione solidale deve andare prima di tutto a beneficio del creditore. La particolare disciplina prevista per il caso di fallimento di un coobbligato solidale, che integra la disciplina codicistica ordinaria, serve allora ad accordare una maggiore tutela al creditore, pur nel rispetto della *par condicio creditorum*; il creditore infatti non percepisce percentuali di soddisfo più alte degli altri creditori “non solidali” concorrenti, ma si giova di tutto quanto spetta ai propri debitori per effetto di crediti o garanzie di questi ultimi nei confronti del fallito.

#### **4. Le particolarità dell’obbligazione solidale nel concordato preventivo**

La disciplina dell’obbligazione solidale nel concordato preventivo non dovrebbe divergere da quella propria del fallimento, proprio in virtù dell’espresso richiamo agli artt. 61, 62 e 63 l. fall da parte dell’art. 169; tuttavia, le particolarità di questa procedura concorsuale “minore” creano a volte delle difficoltà applicative di non facile soluzione. I problemi sorgono dal fatto che alcuni aspetti del concordato divergono da quelli del fallimento, o dal fatto che le procedure prevedono incumbenti diversi; può allora accadere che un momento caratteristico e ineludibile del concordato – qual è la votazione dei creditori – non abbia una regolamentazione specifica, perché non previsto negli artt. 61,62 e 63 l. fall.

Per quanto riguarda gli aspetti generali della solidarietà passiva, le regole principali trovano anche per il concordato piena attuazione; per il principio di **crystallizzazione dei crediti** al momento di apertura della procedura si avrà allora che il creditore di più coobbligati in solido concorre nel concordato preventivo di quelli tra essi che vi sono stati ammessi per l'intero credito in capitale ed accessori sino al totale pagamento, anche se durante la procedura egli abbia ricevuto un pagamento parziale da un coobbligato solidale<sup>26</sup>. Si noti peraltro che mentre l’art. 169 l. fall. dispone che gli artt. 61-63 si applicano con riferimento alla data di **presentazione della domanda di concordato**, parte della giurisprudenza ritiene che il *dies a quo* sia rappresentato dalla data di **ammissione** alla procedura<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Il coobbligato solidale può esercitare nell'ambito fallimentare il diritto di regresso e pretendere dall'assuntore del concordato il pagamento della percentuale concordataria sul proprio credito solo quando il creditore principale, per effetto del pagamento del coobbligato, è stato soddisfatto per l'intero credito.

Corte appello Firenze, 18 aprile 1979, Giur. comm. 1981, II,193

<sup>27</sup> Corte appello Bologna, 31 gennaio 1980, Giur. comm. 1981, II, 517

Il creditore che abbia ricevuto un pagamento parziale **prima dell'apertura** della procedura non potrà invece che insinuarsi per il suo credito **residuo**.

Anche il secondo principio generale, che costituisce un corollario del primo, trova piena applicazione al concordato: il coobbligato solidale che legittimamente esercita il diritto di regresso (perché ha eseguito un pagamento parziale prima della procedura) può essere ammesso al “passivo” concordatario, ma il relativo “riparto” va a favore del creditore, sino a quando quest'ultimo non sia stato integralmente soddisfatto.

#### 4.1. Il *dies a quo*

Un primo dato rilevante che differenzia le due procedure concorsuali (fallimento e concordato preventivo) attiene proprio al **momento genetico**, dato che il fallimento prende vita con la relativa sentenza pronunciata dal tribunale, mentre per il concordato è sufficiente il deposito in cancelleria della richiesta di ammissione alla procedura. Il motivo di tale “anticipazione” degli effetti concorsuali è stato ravvisato da alcuni nel fatto che in caso di fallimento l'insolvenza deve essere accertata dal tribunale, mentre nel concordato preventivo la denuncia dell'esistenza di tale stato (oggi del più generale stato di crisi<sup>28</sup>) è opera dello stesso debitore, per cui non occorrerebbe alcun accertamento<sup>29</sup>; la tesi non mi pare condivisibile perché lo **stato** dell'imprenditore, costituendo una condizione di ammissibilità alla procedura, è soggetta in entrambi i casi a verifica da parte del tribunale<sup>30</sup>.

Meritano forse più attenzione le tesi di chi sostiene che gli effetti della procedura decorrono dalla data di deposito del ricorso perché è lo stesso debitore che formulando la domanda pone vincoli e limitazioni alle sue facoltà di disposizione del proprio patrimonio<sup>31</sup> e per il fatto che se il blocco delle azioni dei creditori viene fatto risalire alla presentazione della domanda (art. 168), logica vorrebbe che nello stesso momento si verificassero anche gli effetti di delimitazione dei poteri dispositivi del debitore (al fine di assicurare la corrispondenza tra quanto offerto ai creditori e quanto effettivamente esistente nel patrimonio del debitore<sup>32</sup>).

E' comunque da ritenersi che gli **effetti della domanda di concordato**, laddove ciò sia rilevante per qualche motivo, così come per gli

<sup>28</sup> Per la cui analisi mi permetto di rinviare ad AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005

<sup>29</sup> CELORIA-PAJARDI, *Commentario della legge fallimentare*, Milano, 1963, 1173

<sup>30</sup> Come osserva giustamente LO CASCIO, op. cit. 364

<sup>31</sup> QUATRARO, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, IPSOA, 1981, 62

<sup>32</sup> Trib. Genova 18 maggio 1958, Foro It., 1959, I, 1799

artt. 61 e 62 l. fall., retroagiscano alle ore zero del giorno in cui la domanda è stata presentata, così come gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento retroagiscono alle ore zero del giorno in cui la stessa è venuta ad esistenza giuridica mediante il deposito in cancelleria<sup>33</sup>; altra parte della giurisprudenza ha però ritenuto che i debiti per obbligazioni fideiussorie vadano considerati debiti concorsuali e, dunque, inclusi nel passivo chirografario, non solo qualora siano già venuti ad esistenza alla data di presentazione della domanda di concordato, ma - in caso di ammissione alla procedura - anche quelli che vengono a maturazione successivamente alla domanda, purchè anteriormente al decreto di apertura della procedura stessa (ex artt. 168 comma 1 e 184 comma 1 l. fall.)<sup>34</sup>.

In caso di **consecuzione di procedure**, ossia quando al concordato preventivo segue il fallimento, i pagamenti successivi alla data di deposito della domanda di concordato debbono essere equiparati a quelli ricevuti nel corso della procedura (e quindi impediscono al coobbligato l'esercizio verso il fallito dell'azione di regresso) anche se anteriori alla sentenza di fallimento<sup>35</sup>. Diverso è invece il caso in cui la domanda di ammissione al concordato **non venga accolta** e il tribunale dichiara il fallimento; in questo caso mi pare che gli effetti non possano essere retrodatati alla data di deposito della domanda, che non è stata accolta, ma alla concreta apertura della procedura concorsuale "maggiore"<sup>36</sup>.

La giurisprudenza ha precisato che i debiti per obbligazioni fideiussorie, nell'ammontare per il quale i correlati debiti principali sono già venuti ad esistenza alla data di presentazione della domanda di concordato e, in caso di ammissione alla procedura, anche quelli che vengono a maturazione **successivamente alla domanda, ma anteriormente al decreto di apertura della procedura stessa** (art. 168 comma 1 e 184 comma 1 l. fall.) vanno considerati debiti concorsuali e, dunque, inclusi nel passivo chirografario; sicché anche dei corrispondenti crediti va assicurato il soddisfacimento nella misura percentuale minima, prevista dalla legge.

#### **4.2. L'esercizio del diritto di voto e i suoi effetti nei confronti dei coobbligati**

Va detto innanzitutto che il voto favorevole del creditore non comporta effetto remissorio nei confronti dei coobbligati, che pertanto rimangono

<sup>33</sup> Tribunale Padova, 2 agosto 2001, Giur. merito 2002, 755; v. anche in argomento Cassazione civile, sez. I, 2 agosto 2002, n. 11580, Giust. civ. Mass. 2002, 1440

<sup>34</sup> Tribunale Roma, 28 marzo 1996, Giur. merito 1997, 755

<sup>35</sup> LO CASCIO, op. cit. 397

<sup>36</sup> Cfr. BOZZA, *Il concordato preventivo: effetti per i creditori*, Fallimento, 1992, 246 ss.

tenuti al pagamento dell'intero e quindi di quanto residua dopo il pagamento della percentuale concordataria<sup>37</sup>. Non vi è ovviamente eccezione al principio suddetto se i condebitori sono a loro volta assoggettati a procedure concorsuali<sup>38</sup>.

La circostanza che il creditore beneficiario della garanzia fideiussoria abbia espresso **voto favorevole** (e determinante) per l'ammissione del debitore principale al concordato preventivo non integra poi gli estremi del fatto estintivo della obbligazione di garanzia previsto dall'art. 1955 c.c.<sup>39</sup>

Il problema più spinoso concerne però il **diritto di voto**, essendo da molti sostenuto che ciò spetti al creditore principale anche per il credito del coobbligato ammesso in regresso, fino a quando il creditore principale non sia stato pagato per l'intero<sup>40</sup>.

Bisogna però qui distinguere le due ipotesi principali, a seconda cioè che il creditore abbia o meno ricevuto un pagamento prima dell'apertura della procedura concorsuale: nel secondo caso il creditore potrà insinuarsi per l'intero e il diritto di voto sarà interamente nelle sue mani, anche se egli percepisca un pagamento parziale nel corso del concordato. Solo l'intervenuto pagamento integrale del debito prima della votazione comporterà la perdita da parte del creditore di tutti i diritti connessi alla sua posizione creditoria a favore del coobbligato pagante, che potrà surrogarsi nella sua posizione, anche ai fini dell'esercizio del diritto di voto.

Se invece vi è stato un pagamento parziale prima del concordato il coobbligato che ha pagato può esercitare l'azione di regresso nella procedura concorsuale, ma non ha diritto a percepire alcunché in sede di riparto fino a che non sia stato soddisfatto integralmente il creditore.

Poiché la legge dice espressamente che il coobbligato che agisce in regresso **può concorrere** con gli altri creditori concorsuali e che “..il creditore ha diritto di **farsi assegnare** la quota di **riparto** spettante al coobbligato.”; ritengo che in questo caso il diritto di voto spetti a colui che agisce in via di regresso, così come tutti gli altri diritti collegati alla posizione creditoria nel concordato preventivo, ad eccezione solo della percezione della somma assegnata (in quanto deroga espressamente prevista

---

<sup>37</sup> TEDESCHI, a cura di, *Le procedure concorsuali*, parte II, Torino, 1996, 143

<sup>38</sup> Corte appello Bologna, 31 gennaio 1980, *Giur. comm.* 1981, II, 517.

<sup>39</sup> Tribunale Cosenza, 19 novembre 1987, *Banca borsa tit. cred.* 1989, II, 492.

Si riporta il testo dell'art. 1955 c.c.:

**Liberazione del fideiussore per fatto del creditore.**

La fideiussione si estingue quando, per fatto del creditore, non può avere effetto la surrogazione del fideiussore nei diritti, nel pegno, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore.

<sup>40</sup> BONSIGNORI, *op. cit.*, 267; TEDESCHI, *op. cit.*, 144

dal legislatore). La chiara *lettera legis* non consente, a mio parere, interpretazioni alternative, non fondate su alcun dato concreto; in particolare non ritengo condivisibili le affermazioni di qualche pur autorevole commentatore<sup>41</sup>, secondo cui la soluzione più restrittiva trova la sua giustificazione in ragioni di ordine formale (ricollegabili alla surrogasostituzione del coobbligato che agisce in regresso) e di ordine sostanziale (date dal fatto che il creditore già partecipa all'assemblea per far valere il residuo credito verso il condebitore assoggettato a procedura concorsuale, per cui sarebbe **logico** che a lui sia consentito di votare pure per il credito nel quale si surroga)<sup>42</sup>.

### 4.3. L'applicabilità dell'art. 63 l. fall. al concordato preventivo

Sostiene una parte della dottrina che il richiamo all'art. 63 della legge fallimentare, da parte dell'art. 169, non abbia alcun significato pratico, per via della non applicabilità al concordato dell'art. 53<sup>43</sup> o perché nel concordato preventivo manca la vendita di tali beni<sup>44</sup>.

#### Articolo 53

##### Creditori muniti di pegno o privilegio su mobili

I crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio a norma degli articoli 2756 e 2761 del codice civile possono essere realizzati anche durante il fallimento, dopo che sono stati ammessi al passivo con prelazione.

Per essere autorizzato alla vendita il creditore fa istanza al giudice delegato, il quale, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, stabilisce con decreto il tempo della vendita, disponendo se questa debba essere fatta ad offerte private o all'incanto, e determinando le modalità relative.

Il giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, se è stato nominato, può anche autorizzare il curatore a riprendere le cose sottoposte a pegno o a privilegio, pagando il creditore, o ad eseguire la vendita nei modi stabiliti dal comma precedente.

---

<sup>41</sup> BONSIGNORI, op. cit., 267

<sup>42</sup> La prima argomentazione mi sembra che muova da un presupposto sbagliato e non dimostrato, e cioè che il creditore principale ha diritto a surrogarsi e sostituirsi nell'intera posizione "processuale" del coobbligato che agisce in regresso: si prende in sostanza come punto di partenza quella stessa affermazione che in realtà si vorrebbe dimostrare. La seconda argomentazione è invece debole proprio sul piano logico, giacché non si vede perché mai il creditore che partecipa alla votazione per un suo credito proprio dovrebbe anche partecipare per quello di altri, ove ciò – costituendo una eccezione ad una regola generale – non sia espressamente previsto.

<sup>43</sup> TEDESCHI, op. cit., 144

<sup>44</sup> BONSIGNORI, op. cit., 267

Questa opinione merita una precisazione; innanzitutto è irrilevante il mancato richiamo dell'art. 169 all'art. 53, che si occupa di una fattispecie che nulla ha a che vedere con la previsione dell'art. 63; quest'ultima norma, infatti, dice solamente che il ricavato della vendita dei beni ipotecati o dati in pegno spetta al creditore principale, indipendentemente dalle modalità di liquidazione di detti beni, di cui tratta l'art. 53 della legge fallimentare<sup>45</sup>. Ma anche l'affermazione che nel concordato non si perviene alla vendita dei beni oggetto di garanzia non è corretta, perché ciò avviene, per esempio, nel concordato per *cessio bonorum*.

Non è vero, dunque, che per dare un qualche significato alla norma se ne deve limitare la portata alla somma che viene consegnata (*rectius*: che viene assegnata) al coobbligato o fideiussore del soggetto sottoposto a procedimento concorsuale in oggetto con diritto di garanzia reale; in realtà questa non è una limitazione, ma è la reale portata normativa dell'art. 63 co. II l. fall., che nulla ha a che vedere con le particolari modalità liquidatorie di cui all'art. 53. D'altronde l'art. 53 ha lo scopo di consentire al creditore che ne è in possesso di autoliquidare l'oggetto della propria garanzia (il bene costituito in pegno), mentre nel caso in esame il pegno è in mano al coobbligato, mentre il beneficio della liquidazione spetta al creditore comune; per tale motivo l'art. 63 dice che al creditore spetta “..il ricavato della vendita dei beni ipotecati o delle cose date in pegno..” ma non la facoltà di procedere alla vendita in proprio di tali beni. Nel concordato che non sia di tipo liquidatorio la presenza della garanzia reale non ha altro significato che quello di riconoscere al creditore la natura privilegiata del suo credito, per cui in questo caso al creditore principale spetterà non la somma derivante dalla vendita dei beni, ma piuttosto la somma assegnata in privilegio al coobbligato.

C'è però un'altra particolarità dell'art. 63 che merita di essere segnalata, e cioè il fatto che la formulazione del primo comma lascia intendere che la partecipazione del coobbligato o fideiussore al concorso sembra in questo caso svincolata dall'avvenuto pagamento di una qualche parte del credito; il coobbligato titolare di un diritto reale di garanzia potrebbe dunque insinuarsi al passivo anche qualora non abbia pagato alcuna somma al creditore, il che comporta una duplicazione di interventi per la stessa somma (da parte del creditore e del fideiussore). La soluzione dell'anomalia potrebbe rinvenirsi nell'ammissione condizionale di uno dei due crediti o meglio nella espressa previsione nello “stato passivo” che

---

<sup>45</sup> A prescindere dalla considerazione che l'art. 53, per esempio, nulla dice dei beni ipotecati, pur indicati invece nell'art. 63.

entrambi i crediti concorrono con il limite massimo cumulativo del credito totale<sup>46</sup>.

#### 4.4. Insolvenza e rilievo del fideiussore

Dispone l'art. 1953 c.c. che *Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore perchè questi gli procuri la liberazione o, in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso, nei casi seguenti: ( ...)*

2) *quando il debitore è divenuto insolvente ( ...)*

La norma, di natura prevalentemente preventiva e cautelare, è evidentemente incompatibile con la procedura di concordato preventivo, cui

---

<sup>46</sup> Si diano i seguenti esempi: **a) fideiussore unico coobbligato per l'intero.** Se il debito è stato pagato, il fideiussore si insinua al passivo e concorre in prima persona quale creditore privilegiato, percependo quanto gli spetta nel piano di concordato. Se il debito non è stato pagato per nulla, vi sarà la doppia insinuazione di creditore e di fideiussore: se il creditore è chirografario, egli percepirà la sua percentuale concordataria e poi avrà la possibilità di integrare tale somma, fino all'integrale soddisfazione, con quanto assegnato al fideiussore in via privilegiata; in questo caso il debitore concordatario avrà adempiuto totalmente al suo debito, per cui verrà meno l'ulteriore assegnazione privilegiata fatta in favore del fideiussore (che infatti non ha dovuto pagare nulla al creditore; si ricordi che il credito del fideiussore è sempre condizionato all'effettiva escussione della fideiussione). Se il creditore è privilegiato, la disposizione del comma II dell'art. 63 è superflua, posto che egli percepirà quanto dovuto in forza della sua posizione, non essendo dunque necessario azionare le garanzie reali del fideiussore.

Se il debito è stato pagato in parte (diciamo 30%), il creditore potrà insinuarsi solo per il residuo (70%): anche in questo caso il creditore percepirà quanto gli spetta in virtù del proprio intervento ed integrerà tale somma con quanto assegnato in via privilegiata al fideiussore, fino all'importo complessivo di 70. Il fideiussore, dal suo canto, non potrà ricevere in via privilegiata più dell'importo effettivamente pagato, e cioè 30.

**b) coobbligato con altri 9 debitori per 100; garanzia per 10** (cioè per quanto gli spetta in regresso). Se non ha pagato nulla, il coobbligato potrà insinuarsi per 10 al privilegio e la somma a lui assegnata andrà al creditore, salvo che altro coobbligato abbia pagato integralmente il creditore comune (in questo caso si pone la questione della surroga del pagante; può il coobbligato che ha pagato l'intero, surrogandosi nella posizione del creditore, pretendere l'applicazione dell'art. 63 e dunque farsi assegnare la porzione privilegiata di spettanza di altro condebitore? Ritengo di sì, anche perché tale diritto non dipende, mi pare, dall'effettiva partecipazione al concorso nella procedura).

Se il coobbligato ha pagato 10 al creditore e dunque non abbia azione di regresso (perché ha pagato solo la sua parte), potrà comunque insinuarsi al passivo per non perdere la sua garanzia e quanto a lui assegnato andrà però a favore del creditore.

Se il coobbligato ha pagato 20 o più al creditore e dunque abbia azione di regresso per 10, potrà insinuarsi al passivo e richiedere 10 in privilegio; quanto a lui assegnato andrà in questo caso a favore del creditore (già insinuato in proprio per 80)? Se la risposta è positiva, come pare, ne consegue che viene in qualche modo frustrata la funzione della garanzia del coobbligato, a tutto vantaggio del creditore.

risulti assoggettato il debitore principale<sup>47</sup>, in quanto in tale ipotesi il medesimo debitore principale non può soddisfare integralmente il creditore, nè può offrire al fideiussore (titolare di un credito sottoposto a condizione) garanzie maggiori di quelle offerte agli altri creditori concorsuali, in ossequio al principio della *par condicio*, ne comunque può ottenere la rinuncia del creditore alla fideiussione, dato che esso, per effetto della riduzione del proprio diritto verso il debitore principale alla percentuale concordataria, perderebbe con detta rinuncia l'unico strumento utile per l'integrale soddisfacimento<sup>48</sup>.

#### 4.5. La conservazione dei diritti contro i terzi coobbligati

##### Articolo 184

##### *Effetti del concordato per i creditori*

Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato. Tuttavia, essi conservano **impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori** del debitore e gli obbligati in via di regresso.

Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

La semplice lettura dell'articolo 184 rende evidente che il concordato non ha alcuna ripercussione sui rapporti tra il creditore e gli altri coobbligati, i quali rimangono tenuti al versamento dell'intero<sup>49</sup>; essi potranno pertanto essere assoggettati all'esecuzione forzata da parte del creditore e non potranno agire in regresso verso l'imprenditore in concordato per la parte eccedente la percentuale concordataria (se, pur non avendo ancora pagato,

---

<sup>47</sup> Corte appello Palermo, 12 maggio 1984, Dir. fall. 1984, II,1033; Tribunale Palermo, 5 aprile 1983, Dir. fall. 1984, II; Tribunale Monza, 31 maggio 1982, Giust. civ. 1982, I, 287; Corte appello Milano, 3 febbraio 1982, Banca borsa tit. cred. 1983, II,439; Corte appello Trieste, 19 luglio 1980, Fallimento 1981, 309.

<sup>48</sup> Cassazione civile, sez. I, 13 giugno 1984, n. 3538, Giust. civ. 1985, I, 99

<sup>49</sup> La ragione di tale disposizione normativa è stata ravvisata di volta in volta nella natura pubblicistica della procedura (che, concessa dal giudice senza che vi sia alcuna remissione volontaria da parte del creditore, non potrebbe pregiudicare il suo diritto verso i coobbligati e i fideiussori), nella autonomia della posizione di ciascun creditore di fronte ai singoli coobbligati dell'imprenditore o nell'applicazione del principio generale in materia di obbligazioni solidali di cui all'art. 1306 c.c., secondo cui la sentenza pronunciata tra uno dei creditori ed il debitore non ha effetto contro gli altri creditori (per le varie tesi v. BONSIGNORI, op. cit. 484).

siano da considerarsi crediti condizionati. In caso contrario – cioè ove si ritenesse che il credito di regresso sorge solo dopo l'avvenuto pagamento e dunque dopo l'apertura della procedura - il concordato non dovrebbe avere alcun effetto per loro)<sup>50</sup>.

Secondo la Cassazione costituisce effetto naturale dell'esistenza di una garanzia personale il fatto che il fideiussore sia tenuto al pagamento dell'intero debito garantito, anche quando dal debitore principale, sottoposto a concordato preventivo, il creditore possa pretendere soltanto una percentuale inferiore. Nè ciò determina dubbi di legittimità costituzionale, in riferimento agli art. 3 e 42 cost., dell'art. 184 l. fall., giacché il fideiussore da un lato paga quanto si era assunto l'obbligo di pagare, e dall'altro subisce, in sede di rivalsa, gli effetti del concordato come qualunque altro creditore<sup>51</sup>.

Parte della dottrina si è chiesta se l'effetto esdebitatorio possa essere esteso ai coobbligati in forza di un accordo specifico contenuto nella proposta concordataria<sup>52</sup>; al quesito è stata data risposta negativa sia in virtù della natura pubblicistica della procedura<sup>53</sup>, sia per l'eccezionalità del patto concordatario rispetto ai principi che governano la responsabilità patrimoniale; ed in effetti non si può imporre al ceto creditorio di rinunciare ai propri diritti al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge<sup>54</sup>.

Si è invece ritenuto che la **ulteriore riduzione** del debito accordata da alcuni creditori chirografari al debitore dopo l'omologazione del concordato produca anche nei confronti del fideiussore un'analoga riduzione del debito garantito<sup>55</sup>. Qui, in effetti, la parziale rinuncia non determina un ulteriore effetto esdebitatorio riconducibile alla disciplina di cui all'art. 184 l. fall. e, pertanto, tale accordo non lascia impregiudicati i diritti dei creditori nei confronti del fideiussore del debitore; si tratta comunque di un accordo "privato" che esprime la volontà diretta di alcuni creditori, i quali consapevolmente rinunciano ad una parte del credito e dunque della garanzia, secondo il principio generale di cui all'art. 1301 c.c.<sup>56</sup>

<sup>50</sup> BONSIGNORI, op. cit. 485; App. Milano 11 maggio 1954, Foro it., 1955, I, 1760.

<sup>51</sup> Cassazione civile, sez. III, 17 luglio 2003, n. 11200, Giust. civ. Mass. 2003, f. 7-8

<sup>52</sup> TEDESCHI, op.cit. 235

<sup>53</sup> Ma oggi la procedura, a seguito della riforma operata con d.l. 35/2005, ha assunto connotati maggiormente privatistici.

<sup>54</sup> TEDESCHI, op.cit. 235

<sup>55</sup> Cassazione civile, sez. I, 3 gennaio 2001, n. 51, Fallimento 2001, 424, con nota di Lo Cascio

<sup>56</sup> Non vi è pertanto un pregiudizio etero-imposto delle ragioni creditorie

#### 4.5.1. Il ruolo particolare del socio garante

Quanto si è detto finora non trova applicazione quando il coobbligato sia il **socio illimitatamente responsabile**, in quanto in questo caso la liberazione dei soci sancita dall'art. 184 co. II prevale sulla disposizione del comma I e quindi opera anche in caso di prestate garanzie fideiussorie<sup>57</sup> (sul presupposto che tali garanzie sono ripetitive della garanzia solidale connessa con la qualità di socio<sup>58</sup>, che altrimenti vi sarebbe violazione della *par condicio creditorum*<sup>59</sup> e che comunque si tratterebbe di responsabilità per debito proprio<sup>60</sup>, venendo meno il requisito dell'alterità del debito garantito<sup>61</sup>). Il comma 1 di detto articolo cioè, nello stabilire che i creditori soggetti alla obbligatorietà del concordato conservano impregiudicati i diritti contro i fideiussori (nonché i coobbligati e gli obbligati in via di regresso), si riferisce ai terzi diversi dai soci, trovando titolo la responsabilità di questi ultimi - nel concordato come nel fallimento - proprio nella loro qualità di soci, in via assorbente rispetto ad eventuali e diverse fonti di responsabilità per i medesimi debiti sociali.<sup>62</sup> Ne consegue che l'effetto esdebitatorio di cui si giova il socio illimitatamente responsabile per effetto del concordato preventivo della società si estende anche al debito derivante dalla fideiussione rilasciata dal socio a beneficio della società<sup>63</sup>.

---

<sup>57</sup> Cassazione civile, sez. I, 1 marzo 1999, n. 1688, Dir. fall. 2000, II, 966 con nota di Viscosi; va però detto che una giurisprudenza più risalente, che pare oggi del tutto abbandonata, aderiva ad una tesi opposta, secondo cui l'autonomia dell'obbligazione fidejussoria comportava il mantenimento della responsabilità in capo al socio garante (v. per tutte Cassazione civile, sez. I, 8 novembre 1984, n. 5642, Dir. fall. 1986, II, 18. In dottrina si veda LO CASCIO, op. cit., p. 404; BRANCADORO, *Alterità del debito sociale, fideiussione del socio illimitatamente responsabile e concordato preventivo di società di persone*, in Riv. dir. comm. 1984, II, p. 65; CAPALDO, *Fideiussione del socio illimitatamente responsabile e concordato preventivo di società personali*, in Riv. it. leasing, 1985, p. 164; FIERRO, *Fideiussione prestata dal socio illimitatamente responsabile per debiti sociali ed effetti del concordato della società*, in Giur. comm. 1985, II, p. 770; LEMBO, *Socio illimitatamente responsabile come fideiussore del concordato preventivo della società*, in Dir. fall. 1986, II, p. 18; SANTOSUOSSO, *Autonomia patrimoniale e semipersonalità giuridica delle società di persone: vecchi e nuovi problemi*, in Giur. it. 1985, I, 1, p. 426; RICCI-CASTAGNOLA, *Aspetti problematici del concordato preventivo di società di persone*, in Giur. comm. 1988, II, p. 38)

<sup>58</sup> SESTA, *In tema di fideiussione proposta dal socio illimitatamente responsabile*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1983, p. 342

<sup>59</sup> SESTA, op.loc. ult. cit.

<sup>60</sup> TEDESCHI, op. cit. 236

<sup>61</sup> ABRAMO, *Fideiussione bancaria prestata dal socio illimitatamente responsabile nell'interesse della società ammessa al concordato preventivo*, in Dir. fall. 1985, I, p. 140; CIAMPI, *Garanzia del socio illimitatamente responsabile e concordato delle società personali*, in Fallimento 1985, p. 9

<sup>62</sup> Cassazione civile, sez. I, 1 marzo 1999, n. 1688, Giust. civ. Mass. 1999, 454

<sup>63</sup> Tribunale Messina, 30 novembre 1998, Foro it. 2000, I, 1327

Diversa soluzione deve essere accolta per il caso di **società di capitali**, ove il socio non risponde per i debiti sociali e dunque la garanzia eventualmente prestata sia valida ed ulteriore rispetto alle obbligazioni societarie; sostiene infatti la Cassazione che “..al socio di una società di capitali, ammessa al concordato preventivo, il quale abbia prestato fidejussione per i debiti sociali non si applica la percentuale concordataria, senza che da ciò risulti la violazione dell'art. 1941, comma 1 c.c. (secondo cui la fidejussione non può eccedere ciò che è dovuto dal creditore), atteso che l'art. 184, comma 1, l. fall. specificamente prevede, da un lato, che il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato e, dall'altro, che tali creditori conservano impregiudicati i diritti contro i fideiussori del debitore, mentre non è applicabile al socio di una società di capitali il comma 2 del medesimo art. 184, riguardante l'efficacia del concordato nei confronti dei soci illimitatamente responsabili. La suddetta interpretazione manifestamente non si pone in contrasto con gli art. 3 e 24 cost.”<sup>64</sup>

Ad analoga soluzione perviene la giurisprudenza per il socio della **società di capitali** assoggettata alla procedura di concordato preventivo in relazione ai debiti sorti nel periodo in cui egli è rimasto unico socio della società, per i quali il predetto è fideiussore "ex lege"<sup>65</sup>.

##### **5. Il ruolo attivo del fideiussore nel concordato preventivo: cenni al mutato quadro normativo in tema di ammissione al concordato. La sopravvivenza, in forma atipica, del concordato con garanzia e del concordato per *cessio bonorum***

La recente modifica del concordato preventivo ha innovato anche per quanto riguarda le ipotesi tipiche del piano, che prima doveva rispondere a due condizioni (alternative) fondamentali: il debitore poteva proporre il pagamento di una percentuale non inferiore al 40% dell'ammontare dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato (ovvero, se proposta una dilazione maggiore, anche il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre i sei mesi), fornendo idonea garanzia reale o personale, ovvero poteva cedere ai creditori tutti i suoi beni, purchè la valutazione di tali beni facesse fondatamente ritenere che i creditori potessero essere soddisfatti almeno nella misura indicata in

<sup>64</sup> Cassazione civile, sez. I, 21 aprile 1994, n. 3816, Fallimento 1994, 1237

<sup>65</sup> Cassazione civile, sez. I, 8 febbraio 2005, n. 2532, Giust. civ. Mass. 2005, f. 2; si veda anche Cassazione civile, sez. I, 28 aprile 1994, n. 4111, Foro it. 1995, I, 901 con nota di Fagiani, secondo cui “L'effetto remissorio conseguente alla omologazione del concordato preventivo di una società per azioni non si estende al socio unico illimitatamente responsabile”.

precedenza. Era ammessa anche la presentazione di un concordato misto, in cui accanto alla cessione dei beni venissero costituite garanzie reali o personali a garanzia del pagamento di una percentuale minima<sup>66</sup>.

Con la riforma è stato atipizzato il piano di concordato, nel senso che oggi il debitore può sottoporre ai creditori una qualsiasi proposta, con il solo limite della funzionalizzazione alla ristrutturazione dei debiti e alla soddisfazione dei crediti (art. 160 co. I lett. A); ma soprattutto è sparita la previsione di una percentuale minima di pagamento dei creditori chirografari e sta vacillando il baluardo dei creditori privilegiati, di cui un tempo era necessario il pagamento integrale<sup>67</sup>.

La sparizione delle ipotesi tipiche di concordato non significa abolizione delle relative figure e pertanto ancora oggi è ipotizzabile la presentazione di un piano di concordato che comporti la cessione di tutti i beni dell'imprenditore, ovvero che prometta e garantisca il pagamento di una certa percentuale minima, ovvero ancora che ceda i beni e insieme prometta con garanzia personale o reale il pagamento di una percentuale prefissata; il primo e il terzo caso ben si attagliano ai piani di tipo liquidatorio, che hanno come punto di arrivo la cessazione dell'attività imprenditoriale, mentre il secondo viene usato preferibilmente quando l'imprenditore intende risanare la propria impresa e continuare l'attività, ovvero quando un terzo (che di norma funge da assuntore o garante) è interessato all'acquisto dell'azienda per continuare nell'attività d'impresa.

Mentre nel concordato per *cessio bonorum* “puro” non vi è normalmente spazio per il ruolo di un garante, nelle altre due ipotesi è frequente che le obbligazioni assunte dall'imprenditore o dal terzo assuntore siano garantite da un fideiussore.

Prima di procedere oltre nell'esame del potere di controllo del tribunale sulle garanzie offerte, è bene evidenziare una caratteristica fondamentale che distingue il concordato con pagamento percentuale “garantito” e il concordato per cessione dei beni, in relazione proprio all'oggetto dell'obbligazione. Mentre in caso di *cessio bonorum* il debitore **si obbliga** esclusivamente **alla cessione dei beni** – pur nella presunzione che la loro liquidazione permetterà il pagamento delle percentuali offerte (si tratta

---

<sup>66</sup> Tribunale Roma, 14 marzo 1991, Dir. fall. 1991, II,1001

<sup>67</sup> Per la tesi della sacrificabilità delle ragioni dei privilegiati, si veda AMBROSINI-DEMARCHI, Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Milano, 2005, 120 ss. Si tenga inoltre a mente il testo del nuovo art. 182 ter l. fall., il quale sembra avallare tale impostazione.

Contra Trib. Pescara 20.10.2005, Fall. 2006, I, 56 e Trib. Bari 7 novembre 2005, Fall. 2006, I, 53

dunque solo di stima) – nel concordato con garanzia, di qualunque tipo esso sia, il debitore **si obbliga al pagamento** di una determinata percentuale. La differenza, come si può immaginare, è enorme; nel primo caso, infatti, il mancato raggiungimento delle percentuali stimate non comporta risoluzione del concordato, se il debitore ha adempiuto al solo suo obbligo, e cioè alla cessione di tutti i suoi beni ai creditori. Nel secondo caso, invece, poiché l'obbligazione attiene alla promessa di un determinato importo, il mancato raggiungimento di questo comporta inadempimento del debitore e dunque potenziale risoluzione del concordato. Dico "potenziale" perché è in questo momento che deve essere attivata la eventuale garanzia fideiussoria (o reale, o atipica); se la garanzia prestata è sufficiente a consentire l'adempimento del concordato, infatti, questo non si risolve, in quanto viene escussa la garanzia. Se, viceversa, nemmeno l'intervento del fideiussore (o l'escussione della diversa garanzia prestata) è in grado di consentire l'adempimento del piano di concordato, allora non si può fare a meno di pronunciare la risoluzione e il conseguente fallimento dell'imprenditore; si pone, in questo caso, il problema della sorte delle garanzie, per la cui trattazione si rinvia al par. 5.2.

Quanto alla delimitazione quantitativa dell'obbligo del terzo garante del concordato (fideiussore), ci si chiede se egli sia tenuto a garantire il pagamento della percentuale concordataria a favore dei soli crediti ammessi alla procedura (o che comunque abbiano fatto domanda di ammissione, pur se non ancora ammessi), ovvero se tutti i creditori per titolo anteriore alla procedura siano da considerarsi garantiti, anche se legittimamente ignorati dal terzo<sup>68</sup>. Mentre per il concordato fallimentare soccorre il testo dell'art. 135 l. fall.<sup>69</sup> (secondo il quale le garanzie date da terzi non si estendono ai creditori che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo), nulla si dice in caso di concordato preventivo; l'art. 184<sup>70</sup> sancisce l'obbligatorietà

---

<sup>68</sup> Per l'analoga relativa alla posizione dell'assuntore, si veda BOSTICCO, *Clausola di esdebitazione del debitore e limitazione della responsabilità dell'assuntore. Osservazioni a Appello Milano 10 luglio 2002*, Fall. 2003, IV, 441.

<sup>69</sup> **Articolo 135 (Effetti del concordato).**

Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento, compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo. A questi però non si estendono le garanzie date nel concordato da terzi.

I creditori conservano la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso.

<sup>70</sup> **Articolo 184 (Effetti del concordato per i creditori).**

Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.

Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

del concordato omologato per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura, analogamente a quanto l'art. 135 dispone per il concordato fallimentare, ma a differenza di quest'ultima norma non contiene la precisazione che sono compresi anche quelli che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo e che a questi non si estendono le garanzie date nel concordato da terzi. La prima differenza si può spiegare per il fatto che mentre nel fallimento vi è un procedimento apposito per la formazione dello stato passivo, che richiede un'istanza per l'insinuazione e che è destinato ad assumere una certa stabilità, nel concordato non viene svolta alcuna domanda di ammissione al passivo e l'accertamento dei crediti viene effettuato in prima battuta dal debitore stesso con la domanda di ammissione alla procedura (art. 161 co. II lett. b) per poi essere verificato dal commissario giudiziale (nonchè sottoposto al controllo giudiziale nella disciplina dell'esercizio del diritto di voto in assemblea). Tale diverso atteggiarsi dell'accertamento della massa passiva sembrerebbe già legittimare, per il concordato preventivo, una diversa soluzione rispetto a quello fallimentare, non potendo riverberarsi a danno del creditore – sul quale non incombe un onere di insinuazione – un erroneo accertamento del passivo da parte del debitore o degli organi della procedura<sup>71</sup>.

Deve dunque ritenersi che il concordato preventivo omologato sia obbligatorio per tutti i creditori per titolo anteriore, anche se non risultanti negli elenchi predisposti dal debitore e verificati dal commissario giudiziale, e dunque anche se non abbiano partecipato alla votazione<sup>72</sup>.

In quest'ottica la mancata riproduzione, nell'art. 184, dell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 135 (“*A questi però non si estendono le garanzie date nel concordato da terzi*”) non può che significare, a mio parere, che la garanzia prestata dal terzo per l'adempimento del concordato giova a tutti i creditori, anche se “ignoti” al momento dell'apertura della procedura.

---

<sup>71</sup> Non sottacendosi, peraltro, che tale soluzione non tiene conto dell'elemento soggettivo del terzo garante, il quale senza sua colpa potrebbe trovarsi esposto ad una situazione ben più grave di quella pronosticata.

<sup>72</sup> Salva l'invalidazione della votazione stessa, ove la mancata partecipazione di alcuni creditori possa aver falsato il risultato.

### **Il garante del concordato e il procedimento di omologazione: quale valutazione giudiziale della garanzia offerta?**

Posto che oramai il ruolo del tribunale nell'ammissione alla procedura di concordato si è ridotto ad un mero controllo formale, o poco più<sup>73</sup>, vien da chiedersi quali siano i poteri del tribunale in relazione alla verifica delle garanzie offerte nel concordato con pagamento in percentuale. Mentre nel concordato per *cessio bonorum*, essendo eliminata la percentuale minima di pagamento, il tribunale non può che prendere atto della volontà espressa dalla maggioranza dei creditori, senza operare il benché minimo controllo di merito (salva la verifica della sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'ammissione alla procedura)<sup>74</sup>, nel concordato in cui il debitore offre il pagamento di una determinata percentuale (oggi liberamente determinabile, forse con il solo limite del ragionevole sacrificio dei creditori) ci si chiede se il tribunale possa sindacare e la fattibilità del piano (di risanamento) e l'idoneità delle garanzie prestate dal debitore<sup>75</sup>. Ritengo tuttavia che, non diversamente da quanto avviene nel concordato con cessione dei beni - ove questi sono sottoposti alla stima del professionista incaricato, nonché alla verifica del commissario giudiziale, mentre viene lasciata ai creditori in sede di adunanza ogni valutazione in merito - anche per l'ipotesi in esame la congruità del piano di risanamento e la credibilità dei pagamenti offerti sono lasciati all'insindacabile giudizio dei creditori (salvo, forse, la palese non fattibilità del piano). A soluzione diversa può forse giungersi, però, in relazione alla valutazione delle garanzie offerte; qui il discorso è più delicato perché l'esame non attiene all'offerta del debitore e cioè all'oggetto del concordato (cessione dei beni o pagamento di una determinata percentuale), bensì alla valutazione di congruità delle garanzie proposte. Anche in questo caso, naturalmente, la valutazione del commissario giudiziale sarà di concreto ausilio ai creditori al fine di orientarli verso un consapevole esercizio del voto, ma si deve anche tener conto del fatto che la valutazione di una garanzia, specie se di natura personale, non è di facile esercizio, per cui i creditori potrebbero votare senza aver correttamente compreso i termini della questione<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> V. BONFATTI, *Profili problematici della nuova disciplina del concordato preventivo*, Fall. 2006, I, 64

<sup>74</sup> Contra Trib. Monza, 16 ottobre 2005, Fall. 2006, I, 62

<sup>75</sup> Di certo non è più ipotizzabile un controllo sulla convenienza del piano per i creditori e sulla meritevolezza dell'imprenditore; cfr. BONFATTI, op.loc.ult.cit.

<sup>76</sup> Senza contare, ma questo è un altro discorso, che molto spesso i creditori (specie i più "piccoli") non prendono nemmeno visione della relazione commissariale, depositata pochi giorni prima dell'adunanza.

Vi è quindi uno spiraglio, forse, per un recupero di poteri di controllo del tribunale, che potrebbe negare l'omologa qualora le garanzie offerte siano palesemente insufficienti; tale tesi, peraltro, oggi è difficilmente sostenibile in un'ottica interpretativa delle norme vigenti, posto che l'art. 181<sup>77</sup> è stato integralmente riscritto ed è dunque stata eliminata l'espressa previsione del controllo del tribunale in sede di omologazione “..se le garanzie offerte danno la sicurezza dell'adempimento del concordato..” .

### **Il ruolo del fideiussore nella risoluzione del concordato con garanzia: inadempimento del debitore e sorte della garanzia**

Non è chiara la sorte della garanzia fidejussoria prestata dal terzo per il concordato, qualora questo sia risolto e ne consegua il fallimento. Sul problema relativo alla conservazione delle garanzie prestate dai terzi per l'adempimento del concordato preventivo nell'ipotesi di risoluzione dello stesso, si fronteggiano, da tempo, e cioè fin dalla vigenza del precedente codice di commercio<sup>78</sup>, due opposte soluzioni interpretative; secondo alcuni

---

<sup>77</sup> **Articolo 181 vecchio testo**  
(**Sentenza di omologazione**).

**Il tribunale**, accertata la sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato e la regolarità della procedura, **deve valutare**:

- 1) la convenienza economica del concordato per i creditori, in relazione alle attività esistenti e all'efficienza dell'impresa;
- 2) se sono state raggiunte le maggioranze prescritte dalla legge, anche in relazione agli eventuali creditori esclusi che abbiano fatto opposizione all'esclusione;
- 3) **se le garanzie offerte danno la sicurezza dell'adempimento del concordato e, nel caso previsto dall'art. 160, comma 2, n. 2, se i beni offerti sono sufficienti per il pagamento dei crediti nella misura indicata nell'articolo stesso;**
- 4) se il debitore, in relazione alle cause che hanno provocato il dissesto e alla sua condotta, è meritevole del concordato.

Concorrendo tali condizioni, il tribunale pronunzia sentenza di omologazione del concordato; in mancanza dichiara il fallimento del debitore.

Nella sentenza di omologazione il tribunale determina l'ammontare delle somme che il debitore deve depositare secondo il concordato per i crediti contestati. Determina altresì le modalità per il versamento delle somme dovute alle singole scadenze in esecuzione del concordato o rimette al giudice delegato di stabilirle con decreto successivo.

Si applicano gli ultimi due commi dell'art. 130.

**Articolo 181 nuovo testo** (introdotto dall'articolo 2 del D.L. 14 marzo 2005, n. 35)  
(**Chiusura della procedura**)

La procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'articolo 180. L'omologazione deve intervenire nel termine di sei mesi dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'articolo 161; il termine può essere prorogato per una sola volta dal tribunale di sessanta giorni.

<sup>78</sup> Il problema interpretativo è dato dal mancato richiamo, nella disciplina del concordato preventivo, dell'art. 140 l. fall. che, per il concordato fallimentare, dispone espressamente che “I creditori anteriori conservano le garanzie per le somme tuttora ad essi dovute in base al concordato

la funzione della garanzia viene meno con la risoluzione del concordato, essendo la garanzia prestata non a favore di singole obbligazioni del debitore concordatario, ma del solo risultato positivo della procedura concordataria mediante il soddisfacimento del ceto creditorio nella percentuale prevista<sup>79</sup>. Per la tesi più rigorosa la garanzia personale prestata al debitore che chiede di essere ammesso al concordato preventivo costituisce invece un'ulteriore fideiussione nei confronti dei creditori per le obbligazioni assunte dall'imprenditore che si trova in difficoltà, per cui essa non viene meno in caso di risoluzione: l'inadempimento del debitore principale non può cioè comportare la liberazione del fideiussore, dovendosi altrimenti concepire una garanzia ibrida che nasce per il concordato preventivo e muore con l'annullamento o con la risoluzione dello stesso<sup>80</sup>.

Il fulcro della **prima tesi** consiste nel ritenere che le garanzie prestate nel concordato preventivo siano finalizzate unicamente all'adempimento dello stesso concordato e non possano, quindi, sopravvivere dopo la risoluzione dello stesso. L'assunto si basa principalmente sul fatto che queste garanzie non sono prestate per i singoli debiti dell'imprenditore in difficoltà, ma sono richieste dall'ordinamento, perché l'art. 160, comma secondo, n. 1, l. fall. impone all'imprenditore (che voglia conservare l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa) "serie garanzie reali o personali di pagare almeno il quaranta per cento..." Vi sarebbe cioè uno stretto collegamento funzionale tra la prestazione della garanzia e il concordato preventivo<sup>81</sup>, per cui, venuto meno il secondo, la garanzia perde la sua funzione, essendo

---

risolto...". Va ricordato che già l'art. 24 della legge 995/'30 che introduceva nell'ordinamento la possibilità di risolvere il concordato preventivo, pur facendo riferimento alla disciplina del concordato fallimentare, quanto a presupposti e disciplina processuale, ometteva però ogni riferimento all'art. 843 del codice di commercio, che all'ultimo comma prevedeva la conservazione delle garanzie ("La risoluzione del concordato non libera i fideiussori in esso intervenuti, né fa cessare le ipoteche e le altre garanzie con esse costituite"). Allora dottrina e giurisprudenza prevalenti ritenevano che le garanzie permanessero anche in caso di risoluzione (cfr. NAPOLEONI, *La sopravvivenza delle garanzie nella risoluzione del concordato preventivo*, Fall. 1993, XII, 1255).

Il problema si è riproposto con la legge fallimentare del '42, dato che l'art. 186, nel disciplinare la risoluzione del concordato richiama gli artt. 137 e 138, ma non l'art. 140, sulla conservazione delle garanzie.

<sup>79</sup> App. Bologna 21 febbraio 1976; Cass. 17 ottobre 1977 n. 4438; Cass. 10 novembre 1978 n. 5261; Cass. 18 luglio 1979 n. 4169. In dottrina v. SANTULLI, *Ancora sugli effetti della risoluzione del concordato preventivo*, Giust. Civ., 1978, 2091 e, per una panoramica sugli orientamenti di dottrina e giurisprudenza, BRUSCHETTA, *Efficacia delle garanzie in caso di risoluzione*, Fall. 2004, I, 33 ss.

<sup>80</sup> Cass. 3 aprile 1978, n. 1500; Cass. 22 febbraio 1993, n. 2174; App. L'Aquila 1 agosto 1988. In dottrina v. BONSIGNORI, op.cit. 517 ss.; CECCHERINI, *Effetti nel fallimento consecutivo*, Fall. 1992, III, 317

<sup>81</sup> Cass. 30.10.1984, n. 5539

teologicamente condizionata al concordato stesso e al suo adempimento. Da questi rilievi emergerebbe in modo inconfutabile che la garanzia costituita in forza della sentenza di omologazione si ricolleghi essenzialmente allo scopo di mantenere in vita l'impresa e non a quella di adempiere le singole, preesistenti, obbligazioni dell'imprenditore, sia che si voglia seguire la tesi prevalente della **natura pubblicistica** del concordato (nel qual caso la sentenza che omologa il concordato rappresenta l'unica fonte di tutti gli effetti ed anche del sorgere della garanzia, in quanto la volontà del garante non è diretta al creditore, ma costituisce un mero presupposto dell'omologazione del concordato preventivo, in quanto diventa efficace solo in conseguenza della sentenza stessa), sia che si preferisca seguire la tesi della **natura privatistica** (nel qual caso la volontà del garante è comunque condizionata, quanto all'efficacia, dall'omologazione). Giocherebbe poi a favore di questa tesi l'inesistenza, nella disciplina del concordato preventivo, di una norma analoga a quella dell'art. 140 l. fall.<sup>82</sup> (che espressamente prevede il mantenimento delle garanzie in caso di risoluzione del concordato fallimentare), il che costituirebbe il riconoscimento legislativo della diversa funzione che assumono le garanzie nel concordato preventivo ed in quello fallimentare<sup>83</sup>.

Per la **seconda tesi**, detta “**fallimentarista**”, non v'è alcuna differenza tra le garanzie prestate in occasione della domanda di concordato e quelle originarie concesse per le altre obbligazioni dell'imprenditore, con la conseguenza che anche le prime, sebbene costituite per l'adempimento del concordato preventivo, hanno natura e spessore di comuni garanzie fideiussorie (con l'ulteriore conseguenza che l'inadempimento del debitore principale non può che rendere responsabile il garante); pur volendo costituire la prestazione della garanzia personale come fideiussione

---

<sup>82</sup> Articolo 140

(Gli effetti della riapertura)

Gli effetti della riapertura sono regolati dagli artt. 122 e 123.

Possono essere riproposte le azioni revocatorie già iniziate e interrotte per effetto del concordato.

I creditori anteriori conservano le garanzie per le somme tuttora ad essi dovute in base al concordato risolto o annullato e non sono tenuti a restituire quanto hanno già riscosso.

Essi concorrono per l'importo del primitivo credito, detratta la parte riscossa in parziale esecuzione del concordato.

<sup>83</sup> Osserva PANZANI (*Risoluzione del concordato e sorte delle garanzie prestate per l'esecuzione*, Fall. 2003, Speciale 25 anni, 53) che per affermare che in caso di risoluzione vengono meno le garanzie concordatarie occorre sostenere che l'omologazione ha efficacia novativa delle obbligazioni dell'imprenditore, con la conseguenza che in caso di risoluzione verrebbero meno anche le garanzie concesse per l'esecuzione. Lo stesso autore esclude però l'efficacia novativa dell'omologa in quanto l'art. 184 l. fall. prevede che i creditori conservano impregiudicati i loro diritti nei confronti dei cobbligati in via di regresso.

condizionata all'omologazione, la garanzia mantiene comunque la sua efficacia nell'ipotesi di concordato preventivo omologato e poi risolto.

La tesi in esame dà una diversa lettura del silenzio del legislatore, che nell'art. 186 l. fall. non richiama la disposizione del terzo comma dell'art. 140 l. fall.: mentre la disposizione dell'art. 140 sulla conservazione delle garanzie è indispensabile per eliminare le incertezze in sede di concordato fallimentare, regolando espressamente il concorso tra vecchi e nuovi creditori, una specifica disposizione non sarebbe invece necessaria nel caso di passaggio dal concordato preventivo al fallimento, ove non dovrebbero sorgere dubbi sulla *par condicio creditorum*, non essendosi ancora aperto il fallimento<sup>84</sup>.

Per risolvere questo contrasto giurisprudenziale si sono scomodate le **sezioni unite** della Cassazione<sup>85</sup>, le quali hanno mediato tra le due opposte soluzioni prospettate, cercando di mutuare i lati positivi di ognuna; così si è considerato positivamente il richiamo alla **funzione**, evidenziandosi che si tratta di una garanzia che il terzo non dà al creditore in un momento iniziale o successivo di uno specifico rapporto obbligatorio, che non è collegata ad una consueta vicenda di autonomia contrattuale e quindi non è garanzia di un singolo o di più crediti, ma ha la funzione oggettiva di consentire, nel prevalente interesse pubblico, l'ammissione dell'imprenditore in crisi alla procedura di "concordato preventivo per garanzia" (in questa logica si comprende come la garanzia prestata per la riuscita del procedimento di concordato preventivo sia cosa ben diversa dalla fideiussione comune che può essere concessa ai singoli creditori).

In relazione al momento patologico della risoluzione del concordato si è preferita invece l'analisi condotta dalla tesi "fallimentarista", poiché tiene conto della mancata esecuzione del concordato e del richiamo operato dall'art. 186 l. fall. agli artt. 137 e 138 della stessa legge. Dal combinato disposto dei richiamati articoli si evincerebbe, secondo le sezioni unite, che uno dei profili della risoluzione del concordato è proprio l'inadempimento dell'imprenditore insolvente, che non può non coinvolgere anche la posizione del garante, facendo scattare la garanzia che è data per il concordato e quindi

---

<sup>84</sup> Si è anche sostenuto che la funzione dell'art. 140 nell'ambito del concordato fallimentare è quella di evitare che l'inefficacia ex art. 44 degli accordi stipulati in costanza di fallimento dal fallito con i terzi per procurarsi le garanzie necessarie ai fini della proposizione del concordato potesse – una volta risolto quest'ultimo – riverberarsi negativamente sui creditori concordatari, inficiando la stabilità delle garanzie medesime; preoccupazione che non aveva invece ragione d'essere rispetto al concordato preventivo (cfr. DIDONE, *Procedure concorsuali: problematiche e questioni*, Milano, 1992, 99)

<sup>85</sup> Cassazione civile, sez. un., 18 febbraio 1997, n. 1482, Foro it. 1997, I, 727

ne segue le sorti (sicché il garante non potrebbe sottrarsi per il solo fatto che quest'ultimo venga risolto).

In conclusione si può dire, seguendo il ragionamento delle sezioni unite, che:

- Le garanzie che l'imprenditore in stato di insolvenza deve offrire per proporre un concordato preventivo, in alternativa alla cessione dei beni (art. 160 comma secondo l. fall.), concorrono con gli altri presupposti a rendere ammissibile la domanda proposta dall'imprenditore in crisi;

- Le garanzie offerte per l'adempimento del concordato preventivo, che in nessun caso possono equipararsi alle fideiussioni di diritto comune, sono costituite in funzione del concordato e non diventano efficaci senza la sentenza di omologazione;

- Se nel corso della procedura, prima della sentenza di omologazione del concordato preventivo, interviene il fallimento, la garanzia non è ancora acquisita al procedimento, in quanto diventa efficace soltanto a seguito sia dell'approvazione fornita dai creditori chirografari ammessi al voto (art. 177 l. fall.) sia del controllo esercitato dal tribunale tramite l'omologazione;

- la garanzia prevista dall'art. 160 l. fall. per il procedimento è, comunque, strettamente limitata alla stabilita **percentuale concordataria** e non tendenzialmente diretta a soddisfare l'intero ammontare dei crediti chirografi (diversamente da quanto prevede l'art. 184 per la fidejussione comune<sup>86</sup>);

- va affermato il **principio** di diritto della **conservazione delle garanzie procedurali** prestate dai terzi per l'adempimento del concordato preventivo (pur negli stretti limiti della percentuale concordataria per cui sono state offerte). La garanzia prestata per l'ammissione (e quindi per l'adempimento) del concordato preventivo, pur essendo funzionale al successo dell'operazione non si sottrae al rischio dell'insuccesso, che anzi è ontologicamente implicito nell'assunzione stessa della garanzia come evento speculare, ma ugualmente prevedibile, rispetto al successo del programma (in altri termini, non è ipotizzabile il venir meno della garanzia proprio nel momento patologico della risoluzione dovuta all'inadempimento dell'imprenditore o del garante<sup>87</sup>).

---

<sup>86</sup> I fideiussori dell'imprenditore che ha ottenuto il concordato preventivo sono infatti tenuti per l'intero, mentre il garante del concordato preventivo gode del beneficio della esdebitazione, cioè è tenuto nei limiti della percentuale concordataria (cfr. Cass. sez. un. 24 agosto 1989 n. 3749; Cass. 28 aprile 1994 n. 4111).

Cfr BONSIGNORI, op.cit. 519

<sup>87</sup> Se così non fosse, del resto, il concordato preventivo, da istituto concepito per prevenire il fallimento dell'impresa in crisi con un parziale, ma garantito, soddisfacimento delle ragioni

La tesi delle sezioni unite della Cassazione<sup>88</sup> merita senz'altro adesione: la garanzia richiesta dalla legge fallimentare per la presentazione del piano di concordato è strettamente connessa alla procedura concorsuale proposta ed ha la funzione di garantire l'adempimento dei pagamenti promessi da parte del debitore<sup>89</sup>; da quanto detto consegue pertanto che la garanzia sorge solo se ed in quanto sorga anche la procedura che deve garantire (dunque se vi è ammissione ed omologazione del concordato) e che una volta ottenuto il *placet* del tribunale il garante non può più sottrarsi al suo impegno, che è quello di garantire il pagamento promesso dal debitore. Non è pertanto pensabile che proprio in caso di inadempimento del debitore, situazione per la quale appunto è prevista la dazione di garanzia, quest'ultima possa venire meno<sup>90</sup>.

Una precisazione ulteriore, peraltro, deve essere fatta; si sa che la risoluzione del concordato preventivo è regolata dall'art. 137, dettato in materia di concordato fallimentare. Tale norma dispone che *se le garanzie promesse non vengono costituite in conformità del concordato o se il fallito non adempie regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato e dalla sentenza di omologazione, il curatore deve riferirne al tribunale. Questo ordina la comparizione del fallito e dei fideiussori, se ve ne sono, e con sentenza emessa in camera di consiglio e non soggetta a gravame pronunzia la risoluzione del concordato. Se ne deduce che due sono le cause di risoluzione del concordato, e cioè la mancata costituzione delle garanzie promesse o il mancato regolare adempimento agli obblighi derivanti dal*

---

creditorie, finirebbe per trasformarsi in un espediente per prorogare artificiosamente il dissesto in danno degli incolpevoli creditori: sui quali, infatti, se privati della garanzia prestata per l'attuazione del concordato, verrebbe spostato il rischio relativo all'inadempimento del debitore e alla conseguente risoluzione del concordato medesimo. Cfr. BONSIGNORI, op.cit. 519

Osserva poi NAPOLEONI, op.cit. 1259, che la tesi della sopravvivenza delle garanzie merita senz'altro di essere preferita in quanto non è credibile che il legislatore abbia voluto modellare un istituto radicalmente distonico, da un lato elevando a condizione di ammissibilità del concordato preventivo la prestazione di adeguate garanzie e dall'altro privando le garanzie medesime di ogni concreta valenza, col votarle a rimanere senza effetto di fronte all'inadempienza del debitore garantito.

<sup>88</sup> Che è stata confermata dalle successive pronunce della Cassazione: v. Cassazione civile, sez. I, 14 marzo 2001, n. 3670, Fallimento 2002, 33; Cassazione civile, sez. I, 2 agosto 2002, n. 11580, Fallimento 2003, 603; Cassazione civile, sez. I, 27 febbraio 2003, n. 2961, Fallimento 2004, 31.

<sup>89</sup> BONSIGNORI, op.cit. 519

<sup>90</sup> D'altronde sarebbe assurda la previsione dell'art. 137, secondo il quale il tribunale ordina la comparizione del fallito e dei **fideiussori** prima di pronunciare la risoluzione del concordato; che significato avrebbe infatti la convocazione del terzo garante se la risoluzione si traducesse in un evento non solo indifferente ma addirittura vantaggioso per il fideiussore, a causa della liberazione dal vincolo della prestata garanzia?

V. Cassazione civile, sez. I, 3 aprile 1978, n. 1500, Foro it. 1979, 1241, I e, in dottrina, FRAGALI, *Delle obbligazioni*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna, 132 s.

concordato. Il primo caso non crea problemi, perché si verifica quando la garanzia non è stata costituita, per cui non si pone nemmeno un problema di ultrattività della garanzia stessa, che non è stata validamente ed efficacemente prestata<sup>91</sup>.

Il secondo caso non è molto chiaro perché parla di inadempimento del debitore, omettendo di considerare che vi è un garante proprio per scongiurare gli effetti negativi di tale eventualità. Si vuole dire, cioè, che l'inadempimento del debitore non è ancora e sempre inadempimento del concordato, perché in questa eventualità soccorre la garanzia reale o il garante personale (fideiussore); se la garanzia reale o i beni personali del fideiussore sono sufficienti a colmare la lacuna lasciata dal debitore, il concordato può essere utilmente adempiuto attraverso l'escussione delle garanzie, per cui non si ha risoluzione.

Deve ritenersi, invece, che l'inadempimento del debitore comporti la risoluzione del concordato quando l'apporto della garanzia, divenuta operativa proprio a seguito dell'inadempimento dell'imprenditore ammesso al concordato, non sia sufficiente a consentire il pagamento nella percentuale promessa.

Tale considerazione rende ancora più evidente la correttezza del ragionamento operato dalle sezioni unite, giacché il fideiussore non può essere costretto a pagare od essere liberato solo in funzione della rilevanza dell'inadempimento del debitore (e tra l'altro egli sarebbe liberato proprio nel caso di inadempimento più grave).

Deve allora ritenersi che la garanzia, una volta sorta e perfezionatasi con l'omologazione del concordato, conservi la sua piena efficacia nei confronti dei soggetti garantiti anche in caso di risoluzione della procedura (o di inadempimento del debitore non determinante); la responsabilità del terzo garante non potrà peraltro superare i limiti dell'obbligazione garantita, che era quella di pagare ai creditori la percentuale promessa.

### **5.2.1. Continua: la legittimazione attiva**

Sostiene la citata Cassazione civile, sezioni unite, 18 febbraio 1997, n. 1482, che la garanzia tipica apprestata dall'ordinamento per il procedimento

---

<sup>91</sup> In questo caso nei confronti del terzo che ha promesso la garanzia senza poi costituirla regolarmente si può configurare una azione per danni (cfr. NAPOLEONI, op.cit. 1261).

La fattispecie in esame è possibile unicamente ove il tribunale omologhi il concordato preventivo solo sulla base delle garanzie offerte, e non ancora prestate; ciò si ritiene normalmente ammissibile – anche se la tesi è contrastata – ma ritengo che i tribunali dovrebbero essere più prudenti nell'omologazione dei concordati, non accontentandosi di sole promesse da parte dei terzi.

di concordato preventivo non è una comune fideiussione, stante la palese carenza dei presupposti di cui all'art. 1936 c.c. Ritene poi che a seguito della risoluzione del predetto concordato preventivo, per lo più dovuto all'inadempimento dell'imprenditore insolvente, **legittimato** a richiedere il coinvolgimento del garante sia il **curatore** succeduto al commissario e non i singoli creditori.

La tesi non è pacifica, essendo stato anzi sostenuto che il garante del concordato si obbliga personalmente verso i creditori per garantire l'adempimento delle obbligazioni del debitore (nei limiti, tuttavia, della percentuale concordataria promessa), in modo non diverso da quanto avviene per la fideiussione ordinaria, regolata dall'art. 1936 c.c.<sup>92</sup>; ciò comporterebbe che anche nel concordato preventivo, come in quello fallimentare, la legittimazione attiva a pretendere l'adempimento "sostitutivo" dal garante spetti ai singoli creditori<sup>93</sup>, non esistendo un'organizzazione comune degli stessi.

Ritengo sia preferibile l'impostazione seguita dalla Cassazione; vanno comunque tenute distinte le varie ipotesi che possono ricorrere nel caso concreto:

#### CONCORDATO MISTO CON CESSIONE DEI BENI E GARANZIA

Se il risultato della liquidazione è insufficiente, sarà il liquidatore a promuovere l'azione contro il fideiussore per escuterne la garanzia. Qualora le risorse del terzo garante non siano sufficienti a salvare il concordato, questo verrà risolto e la successiva azione verso il fideiussore sarà intentata dal curatore del fallimento (ma di essa beneficeranno solo i creditori anteriori alla proposta di concordato e nei limiti della percentuale garantita).

#### CONCORDATO CON GARANZIA

---

<sup>92</sup> V. PANZANI, op.cit. 55 ed autori ivi citati

<sup>93</sup> E ciò, per la dottrina citata (v. nota precedente) sia nel caso che i creditori intendano agire per l'adempimento senza che si faccia luogo alla risoluzione, sia nel caso che sia intervenuto il fallimento, in quanto se il curatore fosse legittimato ad agire nei confronti del garante, dell'azione si avvantaggerebbero anche i creditori successivi (cfr. PANZANI, op.cit. 54; MARELLI, *Risoluzione del concordato preventivo, conservazione delle garanzie e conseguenze applicative nel successivo fallimento*, Fall., 2003, VI, 606; MASSARO, *Risoluzione del concordato: sorte delle garanzie e poteri del creditore nel fallimento*, Fall. 1994, II, 202.

In giurisprudenza si vedano: Tribunale Perugia, 20 luglio 1993, Fallimento 1994, 197; Corte appello L'Aquila, 1 agosto 1988, Giur. merito 1990, 56; Appello Bologna 21.02.1976, Giur.it. 1976, I, 2, 417; Tribunale Parma, 18.07.1973, Dir. Fall. 1973, II, 1115.

Sul punto v. anche QUATRARO, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, IPSOA, 1981, 175 ss.

Non va peraltro dimenticato che il curatore può formare una massa separata, destinata alla soddisfazione solo di una parte dei creditori, né che sono vietate azioni individuali dopo il fallimento, sui beni compresi nello stesso.

In questo caso sarà il debitore stesso a sollecitare l'intervento del garante, qualora sia in difficoltà nell'esecuzione del piano di concordato; in sua inerzia non penso che si possa legittimare il singolo creditore all'azione contro il fideiussore, perché il concordato andrà risolto, con successiva dichiarazione di fallimento (l'insolvenza, a questo punto, è manifesta). Nel fallimento sarà il curatore a rappresentare gli interessi collettivi dei creditori, nonché a chiedere il risarcimento del danno patito dal fallito a causa dell'inadempimento di esso garante<sup>94</sup>.

### 5.2.2. Il recupero del credito: l'azione di regresso

Come può il fideiussore del concordato recuperare, nei confronti del debitore garantito, le somme pagate a causa della sua obbligazione accessoria?

Anche in questo caso vanno tenute distinte le due ipotesi prima evidenziate, a seconda che l'intervento del garante serva a tamponare l'inadempimento del debitore ed a scongiurare la risoluzione del concordato, ovvero che l'insufficienza dell'attivo totale, compresa la garanzia, produca la risoluzione del concordato, con l'obbligo conseguente per il fideiussore di continuare a garantire in sede fallimentare il pagamento della percentuale concordataria.

Se la garanzia personale del terzo è sufficiente a "coprire" l'inadempimento del debitore, il concordato non si risolve, per cui il fideiussore avrà la possibilità di aggredire il patrimonio del debitore tornato *in bonis*, per conseguire in regresso quanto pagato in adempimento della garanzia<sup>95</sup>.

Se la garanzia è insufficiente a tamponare l'inadempimento del debitore, allora il concordato non può essere mantenuto e va risolto, con la conseguente dichiarazione di fallimento dell'imprenditore; in questo caso, se il fideiussore non ha ancora pagato, egli dovrà garantire nell'ambito del fallimento il pagamento della percentuale concordataria e pertanto potrà esercitare il regresso solo dopo aver pagato i creditori (integralmente o nella percentuale concordataria?) ai sensi dell'art. 61. La soluzione non dovrebbe cambiare se il fideiussore è già stato escusso nel corso del concordato, pur senza raggiungere la percentuale promessa; anche in questo caso, infatti, per

---

<sup>94</sup> QUATRARO, *Op. cit.*, 177

<sup>95</sup> Dato l'inadempimento del debitore, del tutto inutile si paleserebbe un eventuale ammissione del credito di regresso del fideiussore, posto che sarebbe lui stesso a doverlo soddisfare (val la pena però di rilevare che può ipotizzarsi non solo un inadempimento dovuto ad impossibilità oggettiva di adempiere nella misura offerta, per carenza di risorse, ma anche un inadempimento colpevole del debitore, il quale non fa fronte volontariamente agli impegni assunti).

il principio di consecuzione delle procedure, egli potrà esercitare il regresso solo dopo aver pagato ex art. 61 l. fall.<sup>96</sup>

Diversa soluzione sembra comportare invece il pagamento di debiti assunti dall'imprenditore dopo l'ammissione al concordato, al fine della continuazione dell'impresa, per i quali deve ammettersi la prededucibilità, in quanto debiti della massa<sup>97</sup>.

### 5.3. Gli effetti degli accordi di ristrutturazione su fideiussori e coobbligati del debitore

L'articolo 182 bis della legge fallimentare<sup>98</sup> (aggiunto dall'articolo 2 del D.L. 14 marzo 2005, n. 35) ha introdotto nel sistema concorsuale un nuovo istituto, gli accordi di ristrutturazione dei debiti; è nota la questione che si dibatte sulla natura di tali accordi, essendo dai più ritenuta la loro estraneità rispetto al concordato, di cui costituirebbero piuttosto un'alternativa<sup>99</sup>, mentre secondo altri si tratterebbe di uno strumento rafforzativo della domanda per l'ammissione al concordato preventivo<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> Cfr. MARELLI, op.cit. 605 e 607

Vale la pena comunque di notare che con la riforma del concordato preventivo è venuta meno l'identità di presupposti (l'insolvenza) con il fallimento, essendo sufficiente per la prima procedura il solo "stato di crisi"; ciò mette in discussione la "consecutio" (cfr. BONFATTI, op.cit. 74), con la conseguenza che ove le due procedure fossero da considerarsi autonome, allora il fideiussore che abbia già pagato nel corso del concordato potrebbe esercitare nel fallimento un regresso parziale, limitatamente alla somma escussa.

<sup>97</sup> Cassazione civile, sez. I, 2 agosto 2002, n. 11580, Giust. civ. Mass. 2002, 1440

<sup>98</sup> **Art. 182-bis. (Accordi di ristrutturazione dei debiti).**

Il debitore può depositare, con la dichiarazione e la documentazione di cui all'articolo 161, un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese; i creditori ed ogni altro interessato possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla pubblicazione.

Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

Il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello ai sensi dell'articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

L'accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione nel registro delle imprese.

<sup>99</sup> AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, 183 ss.; FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Quaderni Giur. Comm. n. 282, p.227ss.

<sup>100</sup> FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, Fall. 2005, V, 595 ss. V. anche GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Giuffrè, 2005, 333.

La catalogazione dell'istituto non è priva di importanza, per via dell'individuazione della normativa applicabile; qualora si optasse per considerare gli accordi di ristrutturazione quale tipologia di concordato preventivo, ne risulterebbe infatti applicabile la relativa disciplina, tra cui l'art. 184 l. fall, che (analogamente all'art. 135 per il concordato fallimentare) prevede la conservazione delle garanzie. Nel caso contrario, cioè ove si ritenesse che gli accordi di ristrutturazione configurano un istituto autonomo e caratterizzato, per di più, da una natura maggiormente privatistica, si dovrebbe invece valutare se applicare analogicamente le norme sul concordato ovvero se fare riferimento alle più severe (per i creditori) disposizioni ordinarie del codice civile.

Ragioni di natura sistematico-interpretativa, la cui trattazione esula da questo contesto, mi inducono a preferire la tesi dell'autonomia degli accordi di ristrutturazione, caratterizzati sia da maggior negozialità (in quanto l'accordo viene raggiunto tra il debitore ed alcuni creditori prima e al di fuori di ogni intervento giudiziale), sia da effetti non generalizzati (nel senso che la decurtazione dei crediti non tocca coloro i quali non hanno partecipato all'accordo).

Tale conclusione sembra assimilare gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis agli accordi privatistici che caratterizzano il concordato stragiudiziale non omologato, per il quale si era ritenuta non applicabile in via analogica la disciplina degli artt. 135 e 184 sulla conservazione delle garanzie<sup>101</sup>.

A differenza del concordato stragiudiziale non omologato, però, gli accordi di ristrutturazione sono sottoposti al controllo ed all'omologa del tribunale, e sono espressamente disciplinati con rinvio ad alcune norme del concordato (modalità di presentazione del ricorso e procedura di omologazione, in quanto compatibile), per cui alcuni autori suggeriscono l'inclusione di tali accordi nel novero dei concordati giudiziali<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> FRASCAROLI SANTI, op.cit., 229, secondo cui al concordato stragiudiziale si applicherebbero le norme ordinarie del codice civile, le quali differenziano la posizione di coobbligati e fideiussori (principalmente quanto ad accessarietà della seconda ed alla possibilità di prevedere un beneficio di preventiva escussione del debitore principale, che peraltro perde ogni rilevanza in caso di insolvenza di quest'ultimo).

<sup>102</sup> FRASCAROLI SANTI, op. cit., 236, la quale pur propendendo per l'autonomia dell'istituto degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis rispetto al concordato preventivo, ritiene l'estensibilità analogica al primo istituto del disposto dell'art. 184, che regola la sorte dei coobbligati e dei fideiussori del debitore. Elemento determinante sarebbe proprio il provvedimento di omologazione, il quale costituisce condizione di efficacia degli accordi; il profilo procedurale e l'omologazione, dunque, attribuirebbero agli accordi di ristrutturazione un carattere giudiziale alla

Poiché gli accordi stragiudiziali vincolano solo coloro che li hanno sottoscritti<sup>103</sup>, per quanto riguarda i creditori rimasti estranei all'accordo (per i quali la volontà della maggioranza non produce in tal caso alcun effetto vincolante) non sembra che vi possano essere dei dubbi in merito alla conservazione delle garanzie. Ed invero, se si mantiene immutato il debito principale, nessun effetto remissorio o novativo può esservi verso i coobbligati o per le obbligazioni accessorie, quali sono quelle dei fideiussori.

La soluzione non mi pare altrettanto scontata, invece, per quanto riguarda i creditori che hanno aderito al piano di ristrutturazione proposto dal debitore; in questo caso, infatti, pur essendo previsto un controllo del tribunale, che assume però natura squisitamente formale<sup>104</sup>, la decurtazione dei crediti avviene per effetto di un accordo negoziale “puro” fra il debitore ed ogni singolo creditore, e non per effetto di un provvedimento eterodeterminato e vincolante; il decreto del tribunale si pone in questo caso come mero visto di esecutività, tanto che sarebbe privo di alcun potere di pregiudicare i diritti dei creditori che non hanno partecipato all'accordo.

La struttura negoziale dell'accordo rende lo stesso maggiormente compatibile, dunque, con le norme ordinarie in materia obbligazioni solidali, ma non va dimenticato, sotto un profilo “promozionale” dell'istituto, che quest'ultimo sarà tanto più appetibile per i creditori in quanto essi conservino immutati i diritti verso i coobbligati, potendo tutt'al più essere conveniente (*rectius*: indifferente) – in caso contrario – solo ove gli altri coobbligati del debitore siano a loro volta insolventi o nullatenenti.

### **5.3.1. Gli effetti sulle garanzie prestate in occasione della proposta di ristrutturazione.**

Poiché il piano di ristrutturazione deve garantire l'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei (art. 182 bis), ne consegue che il debitore, onde avere maggiori possibilità di omologazione da parte del tribunale (in relazione anche alla mancata presentazione di opposizioni), potrebbe garantire il piano mediante offerta di garanzie personali o reali da parte di terzi.

---

stregua dei concordati fallimentare e preventivo, con la conseguente applicabilità delle norme proprie di questi istituti.

<sup>103</sup> BONFATTI, *Le “esenzioni” dalla revocatoria. Le operazioni strumentali all'accesso alle procedure concorsuali minori o alla esecuzione delle stesse* in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Quaderni Giur. Comm. n. 282, p. 100

<sup>104</sup> Ciò si può desumere dal nuovo assetto complessivo del titolo terzo della legge fallimentare, anche se la laconicità della norma non consente un'interpretazione maggiormente approfondita.

Sorge dunque anche in questo caso la questione relativa alla sorte delle garanzie prestate per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione. La soluzione, per il caso di mancata omologazione da parte del tribunale, non pare dissimile da quella adottata per il caso di mancata omologa del concordato preventivo; essendo la garanzia legata all'efficacia dell'accordo e venendo meno questa per effetto del provvedimento negativo del tribunale, anche le garanzie prestate dai terzi non sorgono, ossia non diventano efficaci<sup>105</sup>.

Diversa soluzione potrebbe prospettarsi, invece, per il caso che gli accordi di ristrutturazione, una volta omologati, vengano risolti con provvedimento giudiziale (ad esempio perché, nonostante il vaglio iniziale del tribunale sulla attuabilità del piano, il debitore non sia in grado di far fronte agli impegni assunti), ma la questione presuppone l'indagine sulla risolubilità di tali accordi e sull'applicabilità analogica delle norme previste in materia di concordato preventivo (con rinvio alle norme del concordato giudiziale). Tali questioni esulano dall'oggetto del presente lavoro, per cui ci si limita a rilevare che ove fosse ammissibile la risoluzione di tali accordi, la garanzia prestata dal terzo dovrebbe mantenere efficacia, non diversamente da quanto accade per il caso di risoluzione del concordato preventivo (par. 5.2.)

La questione, piuttosto, attiene all'individuazione dei creditori garantiti da tale fideiussione; sono essi tutti i creditori anteriori agli accordi omologati o solo i creditori che hanno partecipato attivamente a tali accordi, acconsentendo alla decurtazione del loro credito?

La formulazione letterale dell'art. 182 bis primo comma, che parla di idoneità del piano a garantire il pagamento dei creditori "non partecipanti", sembra propendere per la tesi estensiva, mentre ragioni di ordine logico inducono a ritenere che la garanzia "copra" solo i creditori "rinunciati", non avendo il piano omologato alcun riflesso negativo nei confronti degli altri.

---

<sup>105</sup> Le stesse devono infatti ritenersi condizionate all'omologazione degli accordi che mirano a garantire; se non diviene efficace l'accordo, anche le relative garanzie restano prive di efficacia.