

NUMERO 1 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

DANIELE VATTERMOLI

Il fideiussore nel concorso tra i creditori del debitore principale



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	p.2
VINCENZO CERULLI IRELLI	
<i>Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione . . .</i>	p.5
FEDERICO ROSELLI	
<i>Categorie civilistiche e giudizio di legittimità</i>	p.49
FRANCESCO MACARIO	
<i>Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale . . .</i>	p.59
ANTONIO BRIGUGLIO	
<i>L'ordinanza "decisoria" sulla competenza ed il modo per giungervi: un compromesso con le Sezioni Unite affinché l'economia processuale giovi a tutti</i>	p.89
STEFANO DELLE MONACHE	
<i>Profili civilistici della "negoziazione assistita"</i>	p.105
DANIELE VATTERMOLI	
<i>Il fideiussore nel concorso tra i creditori del debitore principale.</i>	p.129
PIETRO ZANELLI	
<i>La pubblicità immobiliare di atti e convenzioni per vincoli di interesse pubblico: una norma di origine giurisprudenziale</i>	p.155
ACHILLE ANTONIO CARRABBA	
<i>Testamento e destinazione patrimoniale (una "lettura" per incrementare l'utilizzazione degli atti di cui all'art. 2645-ter c.c.)</i>	p.177

Il fideiussore nel concorso tra i creditori del debitore principale

Il saggio, che si propone di indagare e di definire lo “statuto” del fideiussore in caso di apertura della procedura di fallimento o di concordato preventivo del debitore principale, prende le mosse da alcune recenti pronunce dei giudici di merito circa la legittimazione al voto del fideiussore non escusso sulla proposta concordataria presentata dal debitore principale. Nel saggio, dopo avere richiamato le regole civilistiche che governano il rapporto tra il fideiussore e il debitore principale e avere illustrato il principio della c.d. “neutralità biunivoca” – ossia, il principio della tendenziale indifferenza della disciplina della solidarietà passiva rispetto all’operare dei principi concorsuali, e viceversa –, vengono affrontate alcune questioni che attengono all’ammissione al passivo ed alla ripartizione dell’attivo del fideiussore nel fallimento del debitore principale e, soprattutto, viene dimostrata l’infondatezza della tesi che attribuisce al fideiussore non escusso il diritto di voto sulla proposta di concordato avanzata dal debitore stesso.

129

The essay, which aims to investigate and define the “status” of the guarantor in case of opening of bankruptcy proceedings or arrangement with creditors of the borrower (co-debtor), starts from some recent decisions of the lower courts relating with the right to vote of the guarantor that did not pay on the proposal of the arrangement with creditors presented by the borrower. In the essay, after invoking the statutory rules that govern the relationship between

the guarantor and the co-debtor and have illustrated the principle of “Biunigue neutrality” – that is, the principle of the indifference of the discipline of passive solidarity with respect to application of the insolvency principles –, are addressed certain issues relating with the verification and admission of guarantor’s claims and with the rules governing the distribution of proceeds from the realization of assets in favor of the guarantor in the bankruptcy of the co-debtor. Finally, the essay aims to demonstrate the incorrectness of the thesis that attaches to the guarantor that did not pay the right to vote on the proposed arrangement presented from the borrower.

Sommario: 1. Premessa. Le (presunte) ragioni a sostegno della tesi che attribuisce al fideiussore il diritto di voto sulla proposta concordataria. – 2. Cenni sul rapporto extraconcorsuale fideiussore/debitore principale. – 3. Solidarietà passiva e concorso tra creditori: il principio della “neutralità biunivoca”. – 4. Il fideiussore nel fallimento del debitore principale. Questioni in tema di ammissione al passivo e di ripartizione dell’attivo. – 5. Il fideiussore nel concordato preventivo del debitore principale. Gli interessi coinvolti e gli strumenti di tutela.

1. - Premessa. Le (presunte) ragioni a sostegno della tesi che attribuisce al fideiussore il diritto di voto sulla proposta concordataria.

A. Le motivazioni che spingono ad occuparsi di un tema piuttosto che di un altro possono ovviamente essere molteplici: la rilevanza sistematica del tema in sé e per sé considerato; l’introduzione di modifiche normative recate da una riforma legislativa; un contrasto di giurisprudenza e/o di dottrina sull’interpretazione e sull’applicazione di una certa disposizione; e così via. In questo caso, la spinta è venuta dalla volontà di reagire ad una certa giurisprudenza di merito, recente e pericolosamente non più così isolata, che – diversamente da quanto sostenuto dalla dottrina praticamente unanime¹, che peraltro non si è mai occupata *ex professo* del tema

¹ E cfr., per tutti, M. SANDULLI, *Commento sub art. 174*, in A. NIGRO-M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006, 1056; S. SATTÀ, *Diritto fallimentare*, 3^a ed., Padova, 1996, 501, nt. 31; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1997, 168; A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*,

– riconosce al *fideiussore (non escusso)* il diritto di *voto* sulla proposta di concordato preventivo presentata dal debitore principale.

Come si tenterà di dimostrare nel corso dell’analisi, tale soluzione interpretativa si pone in palese contrasto *vuoi* con le regole che, in assenza di un concorso in atto, disciplinano il rapporto tra il debitore principale ed il fideiussore, *vuoi* con i principi generali che governano la solidarietà passiva (e, dunque, anche l’obbligazione fideiussoria) nell’ambito del concorso, la sua adozione altresì generando, potenzialmente, gravi inefficienze sul piano della gestione della procedura concordataria.

L’occasione è sembrata propizia anche per affrontare alcuni nodi irrisolti relativi alla posizione del fideiussore nell’ambito del fallimento del debitore principale: l’analisi dello statuto endofallimentare del fideiussore, del resto, è senz’altro funzionale alla soluzione della questione posta in apertura.

B. Volendo immediatamente rompere gli indugi, possono qui di seguito esporsi le ragioni che, come si diceva, hanno portato parte della giurisprudenza di merito a ritenere il fideiussore non escusso legittimato ad esprimere il voto sulla proposta concordataria.

131

Gli argomenti portati a sostegno di tale orientamento sono essenzialmente di due ordini.

a) Il primo argomento fa leva sulla *natura* della relazione giuridica che legherebbe il fideiussore non escusso al debitore principale. In particolare, il primo sarebbe qualificabile, fin dalla nascita dell’obbligazione fideiussoria, come creditore del secondo, seppure vantante nei confronti di questo un diritto di credito *non esigibile*: caratteristica, quest’ultima, che non sarebbe di ostacolo all’esercizio del diritto di voto, come dimostrerebbero, tra l’altro, sia l’art. 176 l. fall., in tema di partecipazione al voto dei creditori contestati, sia il combinato disposto degli artt. 55, 96, comma 2, n.

Bologna-Roma, 1979, 369 e, più di recente, T.E. CASSANDRO, *La deliberazione del concordato preventivo*, in U. APICE (a cura di), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, III, Torino, 2011, 352 e G. D’ATTORRE, *Commento sub art. 177*, in A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, Torino, 2014, 294-295.

1, e 127, comma 1, l. fall., sui crediti che non possono farsi valere contro il fallito, se non previa escusione di un obbligato principale².

b) Il secondo argomento, invece, muove dagli *interessi* coinvolti dall'accettazione della proposta concordataria. Sotto tale aspetto, il fideiussore avrebbe diritto di voto in virtù del particolare atteggiarsi degli effetti dell'omologazione nei confronti, rispettivamente, del debitore principale e dei coobbligati. È ben noto, infatti, che ai sensi dell'art. 184 l. fall., l'efficacia esdebitatoria del concordato si produce soltanto nei confronti del primo, i creditori "comuni" conservando impregiudicati i loro diritti contro i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati in via di regresso; con la conseguenza, allora, che all'aumentare della falcidia concordataria, aumenta proporzionalmente il peso economico del debito in capo al fideiussore³.

Tali argomenti sono tutt'altro che convincenti, essendo o fondati su premesse errate (il primo), oppure non decisivi ai fini del riconoscimento del diritto di voto in capo al fideiussore non escusso (il secondo).

132

² Trib. Ariano Irpino, 24 aprile 2013, in www.ilcaso.it, I, 8929, secondo cui il fideiussore non escusso avrebbe diritto al voto in quanto, «teso che per effetto della proposta di concordato viene a scadere il debito del garantito e quindi anche il proprio con la conseguenza che, per effetto del richiamo dell'art. 169 all'art. 55 l. fall., così come ha diritto di insinuarsi al passivo fallimentare ha anche diritto di partecipare alla votazione nel concordato». Nello stesso senso Trib. Bergamo, 20 febbraio 2014, *ivi*, I, 10282, secondo cui il fideiussore non escusso sarebbe legittimato al voto in quanto il suo credito nei confronti del debitore principale sorgerebbe contestualmente al negozio di fideiussione, «l'effettivo esborso da parte del garante al terzo di quanto dovuto dal debitore principale determina(ndo) invece, la sola esigibilità del credito».

³ Trib. Teramo, 24 giugno 2014, in www.ilcaso.it, I, 11478, secondo cui il voto dei fideiussori si fonderebbe sul fatto che gli stessi «possono risentire un pregiudizio dalla proposta concordataria, e tanto li legittima a proporre opposizione, avendovi interesse, rispetto alla omologazione del concordato: sicché non si vede, *a fortiori*, per quale ragione essi non dovrebbero essere ammessi al voto». L'argomento è richiamato anche da Trib. Ariano Irpino, 24 aprile 2013, cit. [«il fideiussore (...), così come ha diritto di insinuarsi al passivo fallimentare ha anche diritto di partecipare alla votazione nel concordato, avendone altresì egli interesse, atteso che sarà costretto a pagare per l'intero quanto dovuto al creditore anche se il debitore principale provveda ad un pagamento parziale»]; da Trib. Bergamo, 20 febbraio 2014, cit. («se l'interesse alla valutazione della convenienza del concordato per ciascun soggetto che si qualifichi creditore è l'elemento che giustifica il diritto di voto, non può legittimamente escludersi il relativo esercizio da parte del fideiussore; non vi è dubbio infatti che in forza del disposto di cui all'art. 184 l. fall. i creditori che si vincolano al concordato conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso») e da App. Napoli, 15 luglio 2011, *ivi*, I, 8715 («La facoltà di intervenire all'adunanza dei creditori riconosciuta dall'articolo 174, comma 4, l.fall. ai fideiussori risponde all'esigenza di tutelare questi soggetti dall'effetto del concordato, il quale produce l'esdebitazione del debitore senza liberare i garanti. A questi deve essere pertanto riconosciuto il diritto di voto anche nell'ipotesi in cui non siamo stati ancora escusati dal creditore garantito»).

2. - Cenni sul rapporto extraconcorsuale fideiussore/debitore principale.

Si può iniziare con il primo degli argomenti di cui si è dato conto, richiamando sinteticamente i principi che governano il rapporto, che in questa sede può definirsi extraconcorsuale, tra il fideiussore non escusso ed il debitore principale⁴.

Sul punto, va in primo luogo rilevato come il debitore principale *non sia parte* del rapporto fideiussorio, che invece intercorre tra il garante ed il creditore garantito. Certo, ben può esservi – e normalmente vi sarà – un rapporto di *provvista* tra i debitori in solido, ma nella sezione III del capo dedicato alla fideiussione (artt. 1949 ss., c.c.), il legislatore prescinde totalmente da un siffatto rapporto che potrebbe mancare e che, in ogni caso, anche qualora sussistente, non incide(rebbe) né sulla fattispecie, né sulla disciplina della garanzia personale in sé e per sé considerata. Il debitore principale potrebbe dunque essere addirittura all'oscuro dell'esistenza della fideiussione.

Tornando al rapporto fideiussore/debitore principale, non v'è il minimo dubbio che la legge ricolleghi il diritto di *surrogazione* (art. 1949) o di *regresso* (art. 1950) del primo all'avvenuto pagamento del debito. Come è stato efficacemente affermato, «il diritto al recupero nasce (come effetto naturale o legale) per effetto del pagamento. Il pagamento è l'atto costitutivo *ex lege* del diritto»⁵.

Prima di quel momento (ossia, prima dell'escussione), quale relazione lega il fideiussore al debitore principale?

Se si dovesse ragionare applicando i principi generali dell'ordinamento, considerata anche la già evidenziata estraneità del secondo al rapporto fideiussorio, si dovrebbe rispondere: *nessuna*. Secondo il noto principio dell'intangibilità della sfera giuridica del soggetto che è terzo rispetto al rapporto negoziale dal quale promanano gli effetti indesiderati, infatti, il per-

⁴ La letteratura sulla fideiussione è, ovviamente, sterminata. In questa sede è sufficiente ricordare, per tutti, M. FRAGALI, *Fideiussione. Mandato di credito*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968; Id., voce *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, 370 ss.; A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957; più di recente, A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVIII, Milano, 1998; G.B. PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, 2^a ed., Padova, 2006; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, I, Milano, 2010.

⁵ G.B. PETTI, *La fideiussione*, cit., 197.

fezionamento del contratto fideiussorio non sarebbe idoneo a generare alcuna obbligazione in capo al soggetto che ne è estraneo (il debitore principale).

Quel che sembra certo è che il fideiussore non escusso non possa comunque essere considerato alla stregua di un creditore il cui credito sia sottoposto a *condizione (sospensiva)*, ex art. 1353 c.c. In primo luogo, perché la “condizione”, al verificarsi della quale diverrebbe efficace il credito nei confronti del debitore principale, trarrebbe origine, in definitiva e come già rilevato, da un negozio diverso (quello fideiussorio, appunto) e, per di più, intercorrente tra soggetti diversi (il fideiussore ed il creditore garantito), in palese contrasto con la lettera (e lo spirito) della disposizione testé richiamata, là dove viene rimessa alle “parti” di un contratto la facoltà di condizionare l’efficacia dello stesso (o di un singolo patto) ad un avvenimento futuro e incerto; in secondo luogo, perché il pagamento non si atteggia a «speciale meccanismo di regolazione del negozio, in funzione della operatività o meno dell’effetto di questo»⁶, ma – come anticipato – “entra” direttamente nella struttura del diritto di credito, divenendone elemento *costitutivo*.

Neppure potrebbe parlarsi, genericamente, di credito “*inesigibile*”: per essere tale (in quanto sottoposto, appunto, ad una condizione sospensiva oppure ad un termine; oppure perché così qualificato dalla legge; ecc.), un diritto di credito deve sussistere, seppure attualmente non azionabile⁷. Per rendersi conto della differenza tra fideiussore *non escusso* e creditore vantante un credito *inesigibile* è sufficiente pensare alla *diversa* ipotesi del fideiussore che, pur essendo stato *escusso* durante la procedura (di fallimento o di concordato), non abbia soddisfatto *integralmente* il creditore comune: in questo caso, il garante è senz’altro qualificabile come creditore *attuale* del debitore principale, ancorché vantante nei confronti di quello un credito, appunto, *inesigibile* (art. 61, comma 2, l. fall.)⁸.

Come rilevato da autorevole dottrina, prima dell’escusione, il fideiussore può essere al più qualificato come creditore *eventuale* del debitore princi-

⁶ S. MAIORCA, *Condizione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, 4^a ed., III, Torino, 1988, 274.

⁷ Diversamente orientato G. D’ATTORRE, *Commento sub art. 177*, cit., 295.

⁸ Sul punto si tornerà *infra*, § 4.

pale, vantante cioè un credito «eventualmente derivante da un rapporto giuridico già esistente» (il contratto di fideiussione, appunto) ⁹.

Sulla scorta delle precedenti considerazioni, del tutto *eccezionale* si palesa allora il rimedio contemplato dall'art. 1953 c.c. (*“Rilievo del fideiussore”*), in virtù del quale, in presenza di determinate condizioni che potrebbero mettere a repentaglio il diritto di regresso del fideiussore, viene consentito al garante di agire nei confronti del debitore principale per ottenere la liberazione dal debito (*rilievo per liberazione*) o la prestazione di idonea garanzia (*rilievo per cauzione*). Si tratta di un rimedio di tipo *cautelare*, che si ricollega all'eventuale diritto di credito del fideiussore, derivante dalla surroga o dal regresso, che tuttavia non dimostra affatto l'esistenza di un diritto di credito attuale in capo al garante non escusso ¹⁰ e che si giustifica con il *favor fideiussoris* che permea l'intera disciplina del contratto di garanzia ¹¹.

Non a caso, infatti, viene giustamente escluso che lo strumento del rilievo possa operare in caso di fallimento ¹² o di ammissione a concordato preventivo ¹³ del debitore principale: nell'ambito del concorso in atto sul patrimonio responsabile, il conflitto tra i creditori concorsuali ed il fideiussore non escusso (che, si ripete, creditore non è) deve essere risolto a vantaggio dei primi.

135

3. - Solidarietà passiva e concorso tra creditori: il principio della “neutralità biunivoca”.

Quanto osservato nel paragrafo precedente sarebbe già di per sé sufficiente a smentire la tesi che attribuisce al fideiussore non escusso il diritto

⁹ R. NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1953, 77 ss., richiamato da G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., 430.

¹⁰ Quanto, al più, l'esistenza di un'aspettativa giuridicamente rilevante.

¹¹ Sul punto cfr., per tutti, G.B. PETTI, *La fideiussione*, cit., 203 ss.

¹² Cass. 5 luglio 1988, n. 4419, in *Foro it.*, 1988, I, 2873.

¹³ Cass. 13 giugno 1984, n. 3538, in *Giust. civ.*, 1985, I, 99, che pure qualifica (erroneamente) il fideiussore non escusso come “credитore condizionale” del debitore principale. In dottrina cfr., da ultimo, P. SISINNI, *Commento sub art. 184*, in A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, Torino, 2010, 2355, che ricollega la non operatività del rilievo del fideiussore nell'ambito del concordato preventivo del debitore principale al divieto, ex art. 168 l. fall., di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali sul patrimonio di quest'ultimo.

di voto sulla proposta di concordato presentata dal debitore principale. Peraltro, ulteriori argomenti contrari alla tesi qui criticata possono trarsi anche dai principi che reggono la disciplina della solidarietà passiva nell'ambito del concorso aperto sul patrimonio del debitore principale¹⁴: disciplina che, com'è noto, è contenuta negli artt. 61-63 l. fall., ed è applicabile, in virtù del rinvio *ex art.* 169 l. fall., anche nel concordato preventivo.

Prima di analizzare alcuni aspetti di tale (complessa) disciplina che riguardano più da vicino la posizione del fideiussore, sembra opportuno fissare alcuni concetti che serviranno da linee guida nel prosieguo dell'indagine. A. In primo luogo, deve essere sottolineato come l'esistenza di una solidarietà passiva che coinvolga il fallito non può in nessun caso andare a detrimento della restante massa dei creditori concorrenti.

La solidarietà passiva, come le cause di prelazione di origine convenzionale (ma anche i *covenants*, le c.d. *negative pledges*, la subordinazione legale o convenzionale, l'assicurazione del credito, le lettere di *patronage*, ecc.), migliorando l'aspettativa di soddisfacimento del credito vantato dal c.d. creditore "comune", rientra a pieno titolo negli strumenti di c.d. *credit enhancement*¹⁵. L'*enhancement*, nella specie, si realizza, non per mezzo del diritto, riconosciuto al beneficiario, di soddisfazione esclusiva o preferenziale su un determinato bene del debitore, né escludendo o limitando il rischio di insolvenza del quest'ultimo, bensì moltiplicando i patrimoni responsabili per l'adempimento dell'obbligazione vantata dal creditore c.d. comune.

Ora, il fatto che il creditore comune possa ottenere l'adempimento della prestazione dovutagli rivalendosi, se del caso, sul patrimonio di più soggetti – tra i quali il fallito – ritenuti dalla legge ugualmente responsabili nei

¹⁴ Del tema, si sono occupati specificamente, tra gli altri, S. BONFATTI, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, Milano, 1989, *passim*; B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori* (artt. 51-63), in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1988, 240 ss.; R. VACCARILLA, *La solidarietà passiva nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1967, I, 46 ss.; F.S. MARTORANO, *Commento sub artt. 61-63*, in A. JORIO (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, 845 ss.; A. COPPOLA, *Commento sub artt. 61-63*, in A. NIGRO-M. SANDULLI (a cura di), *La nuova legge fallimentare*, Commentario, I, Torino, 2006, 355 ss.

¹⁵ In generale, sulle tecniche di *credit enhancement* (ossia di "garanzia", in senso lato, del credito) cfr., per tutti, R.D. AICHER-D.L. COTTON-T.K. KHAN, *Credit Enhancement: Letters of Credit, Guarantees, Insurance and Swaps (The Clash of Cultures)*, in 59 *Bus. Law.*, 2004, 897 ss.

suoi confronti¹⁶ se, da un lato, aumenta le possibilità di soddisfacimento del primo, dall'altro, attesa la natura stessa della “garanzia” offerta dalla disciplina delle obbligazioni solidali – garanzia che, giova ripeterlo, non coinvolge direttamente il patrimonio del debitore principale –, non può (e non deve) in nessun caso incidere sulle regole di formazione della massa passiva, né sotto il profilo *quantitativo* (volume dei crediti ammessi), né sotto quello *qualitativo* (ordine di graduazione dei crediti insinuati). Ciò significa, ai fini che qui specificamente interessano, che l'esistenza della garanzia fideiussoria non potrà mai determinare la *moltiplicazione* dei crediti ammessi allo stato passivo o, in caso di concordato preventivo, dei crediti da soddisfare attraverso la proposta concordataria, essendo all'evidenza *unica* l'obbligazione assunta dal debitore principale. Sul punto si avrà comunque modo di tornare.

B. In secondo luogo, e simmetricamente, i benefici che la legge riserva al creditore comune non debbono subire alcuna *diluizione*.

Della solidarietà passiva, invero, non possono (e non debbono) beneficiare gli altri creditori concorrenti, perché diversamente, da un lato, verrebbe frustrato (almeno in parte) l'intento della legge di apprestare una disciplina di favore per il creditore comune¹⁷ e, dall'altro, il coobbligato in solido potrebbe risultare eccessivamente penalizzato rispetto alla posizione assunta *ex ante* (ossia, al momento della nascita dell'obbligazione), a vantaggio di soggetti (la restante massa dei creditori del coobbligato fallito) “estranei” al rapporto obbligatorio che ha dato luogo alla solidarietà passiva. Ed è proprio in tale ottica che deve essere letto l'art. 62, comma 3, l. fall.

Con ciò si vuole dire, in sintesi, che a parte le “deviazioni”, rispetto alle regole comuni, introdotte dagli artt. 61-63 l. fall., la disciplina deve essere interpretata in modo da lasciare *inalterata* la posizione della restante massa

¹⁶ Va peraltro precisato che la solidarietà passiva non è affatto incompatibile con il *beneficium excursionis* che la legge o la volontà delle parti accordano ad un debitore (v., ad esempio, in tema proprio di fideiussione, l'art. 1944, comma 2, c.c.); sul punto cfr., per tutti, R. VACCARELLA, *La solidarietà passiva*, cit., 47, nt. 4.

¹⁷ Che i meccanismi delineati dagli artt. 61-63 l. fall. siano stati pensati nell'ottica di una più intensa tutela del creditore comune è dato praticamente acquisito: e cfr., per tutti, F.S. MARTORANO, *Commento*, cit., 849.

dei creditori; in un’ottica, cioè, di *neutralità* della solidarietà passiva rispetto ai principi concorsuali e viceversa.

Con queste precisazioni, si può passare ad analizzare più da vicino la posizione del fideiussore nel fallimento del debitore principale.

4. - Il fideiussore nel fallimento del debitore principale. Questioni in tema di ammissione al passivo e di ripartizione dell’attivo.

È noto come la disciplina della solidarietà passiva contenuta nella legge fallimentare tenti di coniugare le norme civilistiche in tema di adempimento delle obbligazioni solidali (artt. 1292 ss., c.c.) con le regole concorsuali, “piegando” il diritto di regresso¹⁸, eventualmente spettante ad uno o più coobbligati del fallito, a vantaggio del creditore comune¹⁹.

Per quel che riguarda il fideiussore del fallito, la relativa disciplina si articola in funzione dell’avvenuta escusione, o meno, del primo; del tempo in cui, eventualmente, l’escusione sia avvenuta; e, in ultimo, dell’esistenza o meno di diritti di pegno o di ipoteca costituiti sui beni del fallito a garanzia del diritto di regresso vantato dal fideiussore.

138

A. Iniziando dal caso in cui *non vi sia stata escusione prima* della dichiarazione di fallimento.

a) L’art. 61 l. fall., al primo comma, disciplina appunto l’ipotesi in cui, dichiarato il fallimento di uno o più dei coobbligati in solido, il creditore risulti non essere stato, neppure in parte, soddisfatto. In tale caso, in ossequio a quanto stabilito dalla disciplina comune, *ex art. 1292 c.c.*, il creditore ha la possibilità di insinuarsi al passivo per l’intero credito vantato, comprensivo degli accessori, ferma restando la possibilità di agire

¹⁸ In questa sede verrà – impropriamente – utilizzato il termine “regresso”, sia per indicare il diritto che può vantare il coobbligato solvente nei confronti del fallito per effetto della surroga del primo nelle ragioni del creditore principale (o “comune”); sia per indicare il diritto, autonomo, di cui gode il coobbligato adempiente per il fatto di aver pagato (anche) la quota di debito spettante – in virtù della legge o dei patti interni tra i coobbligati solidali – al fallito. Per le opportune precisazioni v., in dottrina e per tutti, S. BONFATTI, *Il coobbligato*, cit., 2, nt. 3; in giurisprudenza, da ultimo, Cass. 1 marzo 2012, n. 3216, in *Dir. fall.*, 2013, II, 243 ss., con nota di F. CERRI, *I rimedi spettanti al fideiussore escusso dopo la dichiarazione di fallimento del debitore comune tra surroga e regresso*.

¹⁹ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 3^a ed., Bologna, 2014, 150-151.

– sempre per l'intero – anche nei confronti degli altri coobbligati non falliti.

b) Il secondo comma della disposizione si riferisce all'ipotesi in cui, dichiarati falliti più coobbligati in solido, il soddisfacimento *endoconcorsuale* del creditore comune abbia generato dei diritti di regresso tra procedure: in tal caso, l'azione di regresso potrà essere esercitata – sulla scorta, di nuovo, di quanto sembrerebbe emergere dalla lettera dell'art. 1299, comma 1 c.c. – solo *dopo* che il creditore comune sia stato soddisfatto per intero.

La regola – da ritenere applicabile anche all'ipotesi in cui il pagamento parziale successivo all'apertura della procedura provenga dal fideiussore *in bonis*²⁰ – rappresenta una puntuale applicazione del principio di *neutralità* di cui si è detto nel paragrafo precedente, spiegandosi agevolmente là dove si consideri che, una volta ammesso al passivo, il credito del creditore comune rimane *insensibile* agli eventuali pagamenti parziali ricevuti fuori dalla procedura, di talché consentire, accanto all'insinuazione del creditore garantito, l'azione di regresso del condebitore fallito equivalrebbe ad ammettere *due volte* lo stesso credito²¹. Tale regola, inoltre, si applica anche nel caso in cui il condebitore solidale abbia compiutamente

139

²⁰ In giurisprudenza cfr., tra le altre, Cass. 1 marzo 2012, n. 3216, cit. e Cass. 12 luglio 1990, n. 7222, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 175; in dottrina, S. BONFATTI, *Il coobbligato del fallito*, cit., 127; B. INZITARI, *Effetti*, cit., 230; C. LO MORO BANZI, *Solidarietà, estromissione e procedure concorsuali*, Padova, 1989, 67; R. VACCARELLA, *La solidarietà*, cit., 52. *Contra*, C. DI CORRADO, *Un'occasione mancata per fare chiarezza in tema di insinuazione del coobbligato non escusso*, in *Fall.*, 2004, 1099 ss.

²¹ Sul punto cfr., tra gli altri, B. INZITARI, *Effetti*, cit., 246-247 e, in giurisprudenza, per tutte ed in termini chiarissimi, Cass. 1 marzo 2012, n. 3216, cit., nella quale si osserva: «la portata precettiva dell'art. 61, apparentemente coincidente con quella dell'art. 1299 c.c. (...) è in realtà diversa, trattandosi di una norma speciale che introduce un'eccezione al principio dell'opponibilità al creditore comune dei pagamenti parziali ricevuti, in tal modo completando la tutela apprestata dal comma 1, al creditore predetto, il quale viene sottratto al concorso con il credito di regresso del fideiussore, che pure fosse esercitabile da costui sulla base della disciplina di diritto comune. Essa risponde all'esigenza di assicurare la stabilità della situazione esistente al momento della dichiarazione di fallimento, mantenendola ferma fino a che il credito principale non scompaia per intero dal passivo, onde evitare che si creino, per effetto dei pagamenti da parte dei coobbligati e dell'esercizio dell'azione di regresso contro i falliti, duplicazioni di concorso dello stesso credito nel passivo, con conseguenti duplicazioni di accantonamenti in sede fallimentare a favore di una stessa pretesa creditoria, tali da comportare una diminuzione della massa ripartibile fra gli altri creditori». Il principio è stato espresso anche da Trib. Torino, 3 giugno 1994, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, 744 (la mancata insinuazione del creditore principale consente l'ammissione al passivo del credito di regresso del coobbligato adempiente, ciò non comportando alcuna duplicazione del debito per la massa fallimentare).

adempiuto la sua obbligazione, senza tuttavia che il creditore comune sia stato soddisfatto per intero: ciò che potrebbe avvenire, ad esempio, in caso di fideiussione *parziale*²².

Si discute se, in tale circostanza, il fideiussore che, in virtù dei pagamenti realizzati a favore del creditore comune, vanti un diritto di rivalsa nei confronti del coobbligato fallito, possa comunque insinuarsi al passivo di questo, nonostante la non esigibilità del credito da lui vantato. Il tenore letterale della norma – anche alla luce del successivo art. 62 (lì dove è fatto esplicito riferimento al diritto del fideiussore di concorrere nel fallimento del debitore principale) – sembrerebbe deporre in senso negativo.

In ogni caso, anche volendo accedere all'opinione di chi ritiene possibile l'insinuazione (ferme restando le limitazioni in punto di partecipazione al riparto dell'attivo)²³, è da escludere che la stessa possa avvenire sotto condizione (*sospensiva*), *ex art. 55, comma 3, l. fall.*: anche un'eventuale ammissione con riserva produrrebbe – seppure con effetti attenuati – una *duplicazione* del credito all'interno della massa fallimentare, in palese contrasto con il principio di neutralità. D'altra parte, per tale credito non sarebbe comunque possibile prevedere alcun accountamento, lo stesso risolvendosi in un documento per il creditore garantito, che è esattamente

È tanto vero quanto affermato nel testo che, in altri ordinamenti, l'insinuazione del credito di regresso del coobbligato è espressamente condizionata alla mancata insinuazione del credito vantato dal creditore comune: così, ad esempio, per l'ordinamento portoghese l'art. 95.2 *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* («*O direito contra o devedor insolvente decorrente do eventual pagamento futuro da dívida por um condevedor solidário ou por um garante só pode ser exercido no processo de insolvência, como crédito sob condição suspensiva, se o próprio credor da referida dívida a não reclamar*»); e, per quello tedesco, il § 44 *InsÖ* («*Der Gesamtschuldner und der Bürge können die Forderung, die sie durch eine Befriedigung des Gläubigers künftig gegen den Schuldner erwerben können, im Insolvenzverfahren nur dann geltend machen, wenn der Gläubiger seine Forderung nicht geltend macht*»). Il precezzo contenuto nell'art. 61 l. fall. è praticamente identico a quello previsto nell'art. L 622-32 C. com. francese, ai sensi del quale: «*Aucun recours pour les paiements effectués n'est ouvert aux coobligés soumis à une procédure de sauvegarde les uns contre les autres à moins que la réunion des sommes versées en vertu de chaque procédure n'excède le montant total de la créance, en principal et accessoire; en ce cas, cet excédent est dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants*».

²² Cfr., di nuovo, Cass. 1 marzo 2012, n. 3216, cit., «Ciò che conta (...) ai fini dell'ammissibilità tanto della surrogazione quanto del regresso, non è la circostanza che attraverso il pagamento il coobbligato abbia totalmente assolto la propria obbligazione, ma che l'adempimento risulti integrale *ex parte creditoris*, cioè idoneo ad estinguere la pretesa che il creditore comune abbia insinuato o possa insinuare al passivo del fallimento»; nonché, Cass. 27 giugno 1998, n. 6355, in *Fall.*, 1999, 525 e Trib. Udine, 6 settembre 2002, *ivi*, 2003, 236.

²³ V., per tutti, S. BONFATTI, *Il coobbligato*, cit., 130.

il risultato *opposto* a quello avuto di mira dal legislatore. Ma se così è, non v'è chi non veda come l'eventuale ammissione con riserva dello stesso avverrebbe spogliando lo “statuto” dei crediti *ex art.* 55, comma 3, l. fall., del tratto più caratteristico, anzi essenziale, spezzando la catena logica formata dalla precarietà del diritto di credito ammesso con riserva e l'esigenza di assicurare la parità di trattamento con i restanti creditori concorrenti (garantita, appunto, dagli accantonamenti), una volta verificatosi l'evento che quel diritto rende certo.

L'ammissione, in tali casi, potrebbe dunque al più avvenire – riprendendo le parole di un illustre Autore – in via “figurata” o “per memoria”²⁴.

c) Nulla la norma dice per l'ipotesi in cui, durante la procedura, il fideiussore abbia provveduto al soddisfacimento integrale *ex parte creditoris*.

In passato, la giurisprudenza di legittimità era ferma nel ritenere che il fideiussore, per esercitare l'eventuale diritto di rivalsa nei confronti del fallito scaturente dal pagamento effettuato durante il fallimento, avrebbe dovuto presentare una domanda di ammissione al passivo «condizionata» – la condizione (sospensiva) essendo rappresentata, appunto, dal detto pagamento – da ammettere, se del caso, con riserva. E ciò sulla base del rilievo (errato), che in difetto di tale domanda non sarebbe stato possibile ammettere al passivo un credito che, pur se da ricollegare geneticamente ad un atto anteriore all'apertura della procedura, fosse divenuto certo, liquido ed esigibile successivamente a tale momento²⁵.

La Cassazione ha successivamente mutato opinione, sostenendo, in un primo momento, che non v'era alcun ostacolo a riconoscere in capo al fideiussore che avesse effettuato il pagamento (integrale) a favore del creditore comune durante il corso della procedura il diritto di surrogarsi nelle ragioni di quest'ultimo (ipotesi, del resto, oggi espressamente disciplinata dall'art. 115, comma 2, l. fall.), senza necessità della previa domanda di ammissione al passivo²⁶; e, più recentemente, che «L'insinuazione al passivo del credito del coobbligato può aver luogo solo se e nella misura in cui sia già avvenuto il pagamento, che configura il fatto costitu-

²⁴ Così F. FERRARA jr., *Il fallimento*, 5^a ed., Milano, 1995, 349, nt. 2.

²⁵ Cfr. per tutte, Cass. 12 luglio 1990, n. 7222, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 175; Cass. 5 luglio 1988, n. 4419, in *Foro it.*, 1988, I, 2873.

²⁶ Così, Cass. 12 ottobre 2007, n. 21430, in *Foro it.*, 2008, I, 1125.

tivo del diritto al regresso o della modifica in sede di surrogazione o della sua assunzione, nel rapporto principale, della veste di unico creditore, in quanto l'ammissione al passivo dei crediti con riserva esige una situazione soggettiva non dispiegabile con pienezza soltanto per difetto di elementi accidentali esterni, diversi dal pagamento futuro al creditore comune»²⁷. Si tratta di un *revirement* da salutare con estremo favore. Per quanto osservato in precedenza con riferimento *vuoi* alla relazione che lega il debitore principale al fideiussore non escusso, *vuoi* ai principi che debbono governare la solidarietà passiva nel fallimento, il fideiussore che al momento della dichiarazione di fallimento non abbia ancora adempiuto e che vuole assicurarsi la tutela del suo eventuale diritto di rivalsa, non solo può evitare di presentare la domanda di ammissione al passivo condizionata, ma – più drasticamente – non può presentarla, non avendo in ogni caso titolo per essere ammesso (neanche, giova ripeterlo, con riserva). Fintanto che non vi sia stato il pagamento, infatti, non v'è alcun credito (se non eventuale) del fideiussore da far valere nei confronti del fallito²⁸.

Non ogni nodo è stato tuttavia sciolto. Nel nuovo orientamento seguito dai giudici di legittimità v'è, infatti, un passaggio oscuro sul quale andrebbe fatta luce. È poco chiaro, in particolare, il tipo di azione che può esercitare il fideiussore che abbia soddisfatto integralmente il creditore durante la procedura.

Ed invero, nelle pronunce richiamate si parla promiscuamente di surrogazione e di regresso²⁹: ad avviso di chi scrive, però, non sembra dubbio che il fideiussore possa esercitare solo la prima delle due azioni menzionate. E ciò per almeno due ordini di motivi.

²⁷ Cass. 11 gennaio 2013, n. 9213, in www.ilcaso.it, I, 9213.

²⁸ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 152-153.

²⁹ E cfr., ad esempio, Cass. 17 gennaio 2008, n. 903, in *Foro it.*, 2008, I, 1125, nella quale si legge: «Il credito di regresso del fideiussore che abbia pagato integralmente il creditore dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale fallito ha natura concorsuale in quanto, oltre a trarre origine da un atto giuridico anteriore all'apertura della procedura fallimentare, esclude dal concorso, con effetto surrogatorio, il credito estinto e può quindi essere esercitato dal "solvens", nei limiti imposti dalle regole inderogabili del concorso, anche quando questi non abbia chiesto e ottenuto in precedenza la insinuazione al passivo con riserva, ex art. 55 legge fall., della propria pretesa di rivalsa». Nello stesso senso, da ultimo, Cass. 1 marzo 2012, n. 3216, cit., là dove i due concetti sono di nuovo confusi e sovrapposti (il credito di regresso, pur avendo la sua causa nel pagamento eseguito dal consorte *in bonis*, sostituisce in pratica nella massa passiva quello del creditore comune, mutuando dallo stesso il connotato della concorsualità).

In primo luogo, perché per essere concorsuale, e dunque per essere ammesso al passivo e beneficiare dei riparti endofallimentari, il credito del fideiussore deve essere *anteriore* all'apertura del fallimento: ma se, per quanto detto in precedenza, tale credito sorge solo per effetto del pagamento – che, per ipotesi data, è successivo a quella data –, l'unico modo per considerarlo concorsuale è farlo *derivare direttamente* dal credito fatto valere dal (o che avrebbe potuto far valere il) creditore comune. Risultato, quest'ultimo, che può essere raggiunto *solo* attraverso la surrogazione, che, appunto, consente al fideiussore di sostituirsi nella titolarità del *medesimo* credito vantato dal creditore soddisfatto; e non, invece, con il regresso, che nascendo a titolo originario in capo al garante escusso, non dà luogo ad un fenomeno successorio³⁰.

In secondo luogo, perché consentendo al fideiussore escusso di agire a titolo di regresso nei confronti del debitore fallito verrebbero fatti gravare sulla restante massa dei creditori gli *interessi* maturati dalla data del pagamento a quella dell'ammissione al passivo e le *spese* sostenute dal garante, in palese violazione sia del principio di neutralità della solidarietà passiva, sia del principio di cristallizzazione dei crediti al momento dell'apertura della procedura³¹.

B. L'art. 62 disciplina invece l'ipotesi in cui, *prima* della dichiarazione di fallimento di uno dei coobbligati, il *debitore* sia stato *parzialmente soddisfatto* e il *condebitore* adempiente, per effetto del pagamento, vanti un diritto di regresso nei confronti del fallito.

In tal caso, il creditore comune potrà insinuarsi al passivo per l'importo del credito vantato al momento dell'apertura della procedura, dato dall'importo originario, dedotte le somme percepite dal *condebitore* solidale prima del fallimento, conformemente a quanto stabilito dall'art. 1292 c.c., che fissa la regola della liberazione totale o parziale del coobbligato soli-

³⁰ Così, tra le altre, Cass. 12 ottobre 2007, n. 21430, cit.

³¹ Solo la surroga, dunque, è compatibile con l'operare dei principi concorsuali, se è vero, come afferma la stessa giurisprudenza di legittimità (Cass. 1 marzo 2012, n. 3216, cit., che richiama Cass. 11 settembre 2007, n. 19097), che «da successione nella titolarità del credito non riesce di pregiudizio ai creditori concorrenti, dal momento che il creditore principale non è soddisfatto con denaro della massa, ma del fideiussore, con la conseguenza che nel concorso nulla viene a modificarsi per quanto riguarda i rapporti tra i creditori, verificandosi soltanto la sostituzione di un creditore insinuato con un altro».

dale in seguito al pagamento effettuato da un altro degli obbligati solidali³².

Resta ora da chiarire la posizione del condebitore adempiente, rispetto sia al fallito sia al creditore comune.

a) Rispetto al primo (il debitore principale), nel caso in cui l'adempimento sia rimasto confinato nei limiti della quota gravante sul condebitore *in bonis*, nessun diritto di regresso può essere fatto valere restando esclusa, dunque, la sua ammissione allo stato passivo della procedura³³. Se condebitore è il fideiussore, il problema ovviamente non si pone, atteso che quest'ultimo, garantendo l'adempimento di un'obbligazione *altrui*, avrà certamente diritto di rivalsa per l'intera somma pagata³⁴.

b) Rispetto al secondo (il creditore garantito), si è già detto come la disciplina delle obbligazioni solidali si caratterizzi per il fatto di rendere più sicuro il soddisfacimento del credito, attraverso la moltiplicazione dei

³² B. INZITARI, *Effetti*, cit., 246.

³³ In verità, l'art. 62, comma 2 è stato interpretato da una parte della dottrina (P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, 349; F. CIAMPI, *Fallimento del debitore principale e credito di regresso del fideiussore*, in *Fall.*, 1986, 489) e della giurisprudenza (Cass. 10 luglio 1978, n. 3439, in *Giust. civ.*, 1979, I, 531) nel senso che il condebitore potrebbe insinuare al passivo non soltanto il credito (eventuale) che vanta, a titolo di regresso, nei confronti del fallito, nei limiti segnati dall'art. 1299, comma 1, c.c., ma direttamente l'intera somma pagata al creditore (comprendiva, quindi, anche della quota a suo carico). Tale interpretazione, che si fonda sull'argomento testuale ricavabile dall'ultima parte della disposizione («per la somma pagata»), in realtà non convince: non vi sono infatti ragioni che possano giustificare lo speciale trattamento di favore che verrebbe riservato al coobbligato – e, come si vedrà subito appresso, indirettamente al creditore comune, in virtù del comma 3 dell'art. 62 – in sede fallimentare (favore che si traduce, evidentemente, in una violazione della *par condicio*); così come, d'altra parte, non si può trascurare il fatto che la norma si apra facendo riferimento al coobbligato «che ha diritto di regresso». È, dunque, se e nella misura in cui questo abbia pagato più della sua quota che può avvenire l'insinuazione. Come detto in principio, l'esistenza di una solidarietà passiva non deve incidere sulla restante massa dei creditori concorrenti e le norme che la disciplinano debbono essere interpretate nell'ottica della neutralità di essa rispetto ai principi concorsuali. In questi termini, A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi*, cit., 158. Conf., tra gli altri, B. INZITARI, *Effetti*, cit., 249 ss.; R. VACCARELLA, *La solidarietà*, cit., 61.

Non è un caso che in altri ordinamenti, in cui è prevista una disciplina *ad hoc* della solidarietà passiva nell'ambito del concorso, il credito di regresso del coobbligato in solido sia esplicitamente limitato all'importo eccedente la quota di sua spettanza. L'esempio può essere tratto dall'ordinamento spagnolo: ai sensi dell'art. 87.7 Ley Concursal: «A solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado, podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidariedad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque éste no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda».

³⁴ B. INZITARI, *Effetti*, cit., 252.

patrimoni responsabili per un'unica obbligazione. Disciplina che si traduce in disposizioni, come quella contenuta nell'art. 1299, comma 1, c.c. che condiziona il regresso al pagamento dell'*intero debito* da parte di un condebitore e che, comunque si voglia interpretare, limita il diritto di quest'ultimo, nel senso che il suo esercizio non può porre in pericolo il pieno soddisfacimento del creditore comune³⁵.

Applicando alla lettera l'art. 1299, comma 1, si dovrebbe dire che, atteso il pagamento solo parziale del fideiussore, quest'ultimo – nonostante vanti un diritto di regresso nei confronti del fallito – non potrebbe insinuarsi al fallimento: così facendo, però, dalla solidarietà passiva trarrebbe vantaggio la restante massa dei creditori, per via della diminuzione del volume dei crediti concorrenti. D'altra parte, consentendo senza limitazione alcuna l'ammissione al passivo del credito del fideiussore, quest'ultimo si troverebbe a concorrere, insieme al creditore comune, sul patrimonio del fallito, così riducendone le possibilità di soddisfacimento³⁶.

Nell'intento di trovare un punto di equilibrio tra i vari interessi coinvolti, l'art. 62, comma 3, l. fall. delinea un meccanismo – che nell'ordinamento statunitense prende il nome di *double dividend system* – che consente, da un lato, al fideiussore di insinuarsi al passivo della procedura e, dall'altro, di far beneficiare dei riparti eventualmente spettanti al primo il creditore garantito. Si tratta di un'ipotesi tipica di *subordinazione* (o postergazione) relativa *involontaria*³⁷, attraverso la quale viene ridotta l'incidenza della solidarietà passiva nei confronti della restante massa dei creditori, assicu-

³⁵ Cfr., per tutti, G. SICCHIERO, voce *Regresso* (azione di), in *Dig. civ.*, XXVI, Torino, 1997, 552.

³⁶ Come sembrerebbe avvenire in Francia, là dove è stabilito che, in caso di pagamento parziale anteriore all'apertura della procedura da parte di un coobbligato *in bonis*, il creditore comune può insinuarsi al passivo per il credito residuo (similmente a quanto disposto dall'art. 62, comma 1, l. fall.), mentre «*Le coobligeé ou la caution qui a fait le paiement partiel peut déclarer sa créance pour tout ce qu'il a payé à la décharge du débiteur*» (art. L 622-33 C. com.). La formula secondo la quale il creditore/coobbligato può insinuarsi al passivo per la somma che ha pagato “*à la décharge du débiteur*” era stata adottata dall'abrogato codice di commercio italiano (art. 790, comma 2: «il coobbligato o il fideiussore del fallimento che ha pagato in parte il debito solidale è compreso nella massa per tutto ciò che ha pagato *a scarico del fallito*») e sta ad indicare, secondo quanto già osservato in precedenza, che è solo se e nei limiti in cui esiste un diritto di regresso che è possibile l'ammissione al passivo del coobbligato.

³⁷ Conf., tra gli altri, G. Guizzi, *Il passivo*, in N. ABRIANI e al., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, 2^a ed., Milano, 2013, 303.

rando al contempo il rispetto delle posizioni *ex ante* assunte dalle parti dell'obbligazione solidale³⁸.

C. La “specialità” della disciplina del fideiussore che abbia soddisfatto

³⁸ In argomento può di nuovo richiamarsi l'ordinamento spagnolo: ai sensi dell'art. 160 *Ley Concursal*, infatti, «*El acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquéllos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de éste*». Disciplina analoga si riscontra, altresì, nell'ordinamento statunitense (§ 509 *Bankruptcy Code*). Sul punto cfr., per tutti, D.C. COHN, *Subordinated Claims: Their Classification and Voting Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code*, in 56 *Am. Bankr. L. J.*, 1982, 297-298.

Come chi scrive ha già evidenziato in altra sede (D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012, 172), il *double dividend system* funziona, in sintesi, nel seguente modo: il fideiussore (che nella specie assume la qualifica di creditore *junior*) si insinua al passivo secondo il rango pattuito o assegnatogli dalla legge; nei riparti parziali, il creditore garantito (che nella specie è il c.d. *senior*) ottiene il proprio dividendo ed in più quello che spetterebbe al primo; tale riparto è assegnato al creditore garantito ma è imputato al fideiussore; se, per effetto dei doppi dividendi, il creditore garantito ottiene la completa soddisfazione del suo credito, il fideiussore partecipa ai riparti successivi, surrogandosi nelle ragioni del creditore comune. In tal modo, come si diceva, risulta avvantaggiato soltanto il creditore garantito, mentre nessun documento viene sofferto dalla restante massa dei creditori. In argomento, seppure con riferimento al tema più generale della subordinazione (o postergazione) relativa, cfr., per l'ordinamento statunitense, D.G. CARLSON, *A Theory of Contractual Debt Subordination and Lien Priority*, in 38 *Vand. L. Rev.*, 1985, 987; E. EVERETT, *Subordinated Debt. Nature, Objectives and Enforcement*, in 44 *Boston University L. Rev.*, 1964, 500; R.W. JOHNSON, *Subordinated Debentures: Debt That Serves as Equity*, in 10 *Journal of Finance*, 1955, 3; per l'ordinamento svizzero, C. JAQUES, *Subordination (postposition) et exécution*, in *L'Expert-comptable suisse* 10/99, 902; nonché, per l'ordinamento argentino, H. ALEGRIA-P.A. BUEY FERNÁNDEZ, *Negocios jurídicos de subordinación crediticia*, in *LL*, t. 1991-D, 1041 ss. (in part. 1047).

È interessante notare come il *double dividend system* richiami, anche dal punto di vista lessicale, il meccanismo che, nel vigore del codice di commercio, disciplinava la posizione del creditore di più coobbligati in saldo con il fallito parzialmente soddisfatto prima dell'apertura della procedura. Invero, il secondo periodo del comma 2 dell'art. 790 cod. comm., stabiliva espressamente che: «il creditore conserva il diritto di prevalere sino all'intero pagamento il dividendo che sarà per essere assegnato al coobbligato o fideiussore, restringendo in tal caso le sue azioni verso lo stesso coobbligato o fideiussore a quella somma di cui rimanesse ancora creditore dopo riscossi i *due dividendi*».

Quanto sostenuto spiega perché sulle somme “assegnate” al creditore comune non possono partecipare né la restante massa dei creditori del fallito (come reso evidente dalla stessa lettera della legge), né – nonostante il dissenso di parte della dottrina (cfr., tra gli altri, R. VACCARELLA, *La solidarietà*, cit., 65 e F.S. MARTORANO, *Commento*, cit., 865) – gli eventuali creditori del fideiussore che vanta il diritto di regresso: risultato, quest'ultimo, al quale si giunge, altresì, considerando il semplice, ma decisivo argomento, che si tratta pur sempre di un riparto endoconcorsuale, al quale possono quindi partecipare esclusivamente i creditori (concorrenti) del fallito (e tali non sono, appunto, i creditori del *solvens*). In termini sostanzialmente analoghi S. BONFATTI, *Il coobbligato*, cit., 56 ss., in part. 58, ove si legge: «Se si condivide invece l'idea che l'istanza di assegnazione *ex art.* 62, terzo comma, l. fall., costituisca un mezzo *speciale* concesso in sede fallimentare al solo creditore solidale (mezzo il cui unico presupposto è costituito dall'attuale condizione di *creditore del fallito* dell'aspirante al subingresso), si è indotti a preferire la tesi favorevole alla esclusione degli altri creditori del *solvens* dal concorso sulla quota, che spetterebbe a costui per il regresso contro il fallito». Ciò,

parzialmente il creditore comune prima dell'apertura della procedura sembrerebbe esaurirsi nell'ambito della fase di ripartizione dell'attivo³⁹. Del resto, è sempre nell'ottica della ripartizione dell'attivo che trova giustificazione la disposizione contenuta nell'art. 63 l. fall., in virtù della quale, qualora il credito di regresso del fideiussore sia assistito da una causa legittima di prelazione, il garante concorre nel fallimento del debitore principale, «per la somma per la quale ha ipoteca o pegno» (comma 1); della causa di prelazione giovandosi però il creditore garantito, atteso che «Il ricavato della vendita dei beni ipotecati o delle cose date in pegno spetta al creditore in deduzione della somma dovuta» (comma 2).

A ben vedere, però, l'art. 63 non rappresenta un mero corollario del principio ricavabile dall'art. 62: tale norma, infatti, è applicabile anche nell'ipotesi in cui il fideiussore *in bonis non abbia provveduto al pagamento in favore del creditore comune e non abbia, dunque, ancora maturato un diritto di regresso nei confronti del fallito.*

Nella specie la legge, nell'intento di apprestare una maggiore tutela al creditore comune⁴⁰ e considerati i vincoli reali posti sui beni formanti la massa attiva, opera una *finzione*: finge, cioè, che il fideiussore abbia già provveduto al pagamento e che quindi sia sorto a suo favore il credito di regresso. Nella surrogazione del creditore comune nel diritto di prelazione spettante al fideiussore deve essere ravvisata la peculiarità della norma *de qua*: secondo quanto esposto in precedenza, non sembra viceversa possibile operare una duplicazione di insinuazioni per il medesimo credito. Con la conseguenza, allora, che l'ammissione al passivo del fideiussore deve considerarsi *“figurata”*⁴¹, non già *“condizionata”* (ai sensi e per gli effetti dell'art. 55, comma 3 l. fall.), nel senso che il (non)credito vantato da quest'ultimo deve “confondersi” – secondo quanto correttamente previsto

147

secondo l'A., esclude che l'assegnazione *ex art. 62, comma 3 l. fall.* possa essere assimilata alla domanda di sostituzione *ex art. 511 c.p.c.*

³⁹ Al fideiussore, dunque, «spetteranno le medesime prerogative di ogni altro creditore concorrente, quali la possibilità di contestare crediti altrui o di esprimere il voto sulla proposta di concordato fallimentare». Così, correttamente, F.S. MARTORANO, *Commento*, cit., 863, nt. 6.

⁴⁰ Conf. F.S. MARTORANO, *Commento*, cit., 868.

⁴¹ G. BONELLI, *Del fallimento*, II, Milano, 1938, 468, richiamato da B. INZITARI, *Effetti*, cit., 255. Conf. F. FERRARA jr., *Il fallimento*, cit., 350, nt. 4.

nel previgente art. 791 cod. comm.⁴² – nel credito insinuato dal creditore comune, che così, per la parte coperta dal credito di regresso spettante al coobbligato *in bonis* (e nei limiti della capienza del bene oggetto della garanzia), assumerà il rango di credito privilegiato⁴³.

D. Quanto sin qui osservato consente dunque di concludere nel senso che soltanto il fideiussore che – prima della dichiarazione di fallimento, oppure durante la procedura – abbia soddisfatto *integralmente* il creditore garantito può essere ammesso al passivo ed essere destinatario dei riparti endoconcorsuali. Non potrà invece essere ammesso al passivo il garante che, durante la procedura, abbia soddisfatto soltanto *parzialmente* il creditore; *a fortiori*, non può dunque essere ammesso al passivo, neanche con riserva, il fideiussore non escusso.

5. - Il fideiussore nel concordato preventivo del debitore principale. Gli interessi coinvolti e gli strumenti di tutela.

Le suesposte considerazioni dovrebbero valere, *telles quelles*, nel caso in cui il debitore principale sia ammesso alla procedura di concordato preventivo. Non v’è alcuna ragione, invero, per non ritenere applicabile anche nel concordato la regola della neutralità della solidarietà passiva rispetto all’operare dei principi concorsuali, così che, per un verso, il diritto del creditore comune non deve soffrire alcuna “diluizione” (come avverrebbe, ad esempio, impedendo al fideiussore che abbia parzialmente soddisfatto il creditore prima dell’ammissione al concordato di partecipare alla procedura e che si tradurrebbe, a sua volta, nell’impossibilità per il medesimo creditore di beneficiare del *double dividend system*) a vantaggio della restante massa dei creditori concorrenti; e, per altro verso, questi ultimi o il debitore non debbono subire un nocume per effetto del rilascio della

⁴² «Il coobbligato o il fideiussore del fallito, che per sicurezza della sua azione di regresso ha sui beni di questo un diritto condizionato d’ipoteca o di pegno, è compreso nella massa del fallimento per la somma per la quale ha pegno o ipoteca; ma questa somma si *confonde* con quella domandata dal creditore nel fallimento, e quindi è computata una sola volta nel calcolo della maggioranza richiesta per la validità delle deliberazioni dei creditori del fallimento».

⁴³ A ben vedere, il meccanismo delineato dall’art. 631. fall. può essere riguardato anche come una particolare forma di rilievo (per cauzione) del fideiussore, *ex art. 1953 c.c.*, atteso che attraverso di esso viene data attuazione alla garanzia del soddisfacimento del credito di rivalsa che a quest’ultimo spetterebbe per effetto dell’avvenuto pagamento.

garanzia accessoria da parte del terzo. Il dato positivo, d'altronde, non lascia dubbi al riguardo, atteso il già ricordato rinvio agli articoli 61-63 operato dall'art. 169 l. fall.

Sulla scorta dei risultati sin qui raggiunti è allora possibile tratteggiare quello che può definirsi lo “statuto concordatario” del fideiussore che, come quello “fallimentare”, risente dell’eventuale escusione del garante, del momento in cui il pagamento è avvenuto e dall’esistenza, o meno, di vincoli costituiti sui beni del debitore a garanzia del diritto di regresso.

A. Qualora il fideiussore, prima della presentazione della domanda di concordato, *abbia soddisfatto integralmente* il creditore garantito, è indubbio che, in virtù della surrogazione o del regresso, lo stesso sia da considerare, a tutti gli effetti, creditore del debitore principale, potendo così esprimere il proprio voto sulla proposta concordataria e subendo il credito dallo stesso vantato, in caso di omologazione, la falcidia e/o la moratoria in essa proposta previste.

B. La situazione muta se il fideiussore, prima della presentazione della domanda di ammissione al concordato, *abbia soddisfatto soltanto parzialmente* il creditore garantito, ricadendosi così nella fattispecie disciplinata, nei limiti della compatibilità, dall'art. 62 l. fall.

In tale evenienza, il creditore garantito parteciperà al concordato per la parte di credito non soddisfatta dal fideiussore, mentre quest’ultimo vi parteciperà per la somma pagata, ma le somme che secondo le clausole concordatarie spetterebbero al fideiussore parzialmente escusso debbono essere consegnate direttamente al creditore garantito⁴⁴, indipendentemente da chi – debitore o terzo assuntore – risulti essere obbligato all’adempimento del concordato. Il diritto di voto spetterà sia al creditore garantito parzialmente soddisfatto, sia al fideiussore escusso⁴⁵.

149

⁴⁴ Così replicando gli effetti prodotti, in sede di ripartizione dell’attivo fallimentare, dal *double dividend system*.

⁴⁵ Nello stesso senso, da ultimo, P. SISINNI, *Commento sub art. 184*, cit., 2352.

Peraltra, proprio in considerazione della destinazione delle somme distribuite in esecuzione del concordato, potrebbe sorgere il dubbio in ordine a chi debba esercitare il *diritto di voto* connesso al credito del fideiussore. Si potrebbe invero sostenere che, avuto riguardo agli effetti economici prodotti dalla subordinazione relativa imposta dall'art. 62 l. fall., l'unico interessato all'esercizio del diritto di voto sia il creditore garantito, su quest'ultimo ricadendo, in ultima analisi, il peso delle decisioni assunte dalla collettività dei creditori votanti. Non sembra, tuttavia, che tale argomento sia decisivo nel senso di consentire il “passaggio”

C. Ipotesi distinta è poi quella nella quale il fideiussore non sia stato escusso prima della presentazione della domanda di ammissione al concordato, ma lo sia stato *durante* la procedura.

In tal caso, occorre distinguere a seconda che per effetto del pagamento il creditore garantito sia stato soddisfatto per intero, oppure soltanto parzialmente.

a) Se per effetto del pagamento il creditore garantito è *integralmente soddisfatto*, non si scorgono ostacoli alla possibilità per il fideiussore di surrogarsi nelle ragioni del creditore, in applicazione del principio ricavabile, *vuoi* dall'art. 1949 c.c., *vuoi* dall'art. 115, comma 2, ultimo inciso l. fall.⁴⁶; se la sostituzione avviene prima dell'adunanza convocata per la manifestazione del voto, sarà evidentemente il fideiussore a doversi esprimere sulla proposta concordataria.

b) In caso di *adempimento parziale* trova applicazione, sempre nei limiti della compatibilità, l'art. 61, comma 2.

L'impossibilità per il fideiussore di agire in regresso nei confronti del debitore principale, da un lato, e l'insensibilità del credito vantato dal creditore garantito rispetto ai pagamenti parziali ricevuti fuori dalla procedura, dall'altro, determinano una serie di effetti tra loro interconnessi. In particolare, deve ritenersi che il creditore continui a partecipare alla procedura per l'importo totale del credito vantato al momento della presentazione della domanda di ammissione e che il fideiussore non possa

automatico del diritto di voto in capo al creditore garantito. Su un piano generale, infatti, non è detto che il fideiussore non abbia, nella specie, un interesse concorrente con quello del creditore garantito: l'attribuzione, a favore del secondo, delle somme che spetterebbero al primo opera, invero, sino a concorrenza del nominale del credito vantato dal garantito, l'eventuale rimanente dovendo invece essere attribuito al fideiussore. Anzi, al contrario si direbbe, l'esercizio del diritto di voto può essere riguardato come un efficace strumento di tutela in mano al fideiussore per ridurre i rischi connessi al possibile disincentivo – dovuto all'operare del meccanismo del doppio dividendo – del creditore comune ad ottenere la percentuale massima di soddisfacimento del credito vantato.

⁴⁶ Secondo P. SISINNI, *Commento sub art. 184*, cit., 2354 – che richiama A. COPPOLA, *Il concordato preventivo*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, 1906 ss. –, qualora il credito di regresso sia sorto dopo la pubblicazione del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, i condebitori dovrebbero essere soddisfatti per l'intero credito vantato. La soluzione non sembra convincente, traducendosi, a tacer d'altro ed a ben vedere, nella trasformazione di un credito concorsuale (come tale soggetto alla falcidia concordataria) in uno “fuori concorso” (o, come spesso si dice, con formula tecnicamente non corretta, prededucibile).

chiedere di essere inserito nell'elenco dei creditori, di cui all'art. 161, lo stesso credito non potendo essere computato due volte nella massa passiva; conseguentemente, il fideiussore interviene all'adunanza dei creditori in quanto coobbligato (ossia, *ex art. 174, ult. comma*), ma non può partecipare alla votazione. Nella fase di esecuzione, il creditore garantito tratterrà le somme ricevute per effetto dell'adempimento del concordato, sino all'integrale soddisfacimento; l'eventuale eccedenza – pure possibile, grazie ai pagamenti parziali effettuati dal garante durante la procedura – dovrà invece essere rimessa al fideiussore escusso.

D. L'ultima ipotesi è quella del fideiussore *non escusso*, né prima della domanda di ammissione, né nel corso della procedura concordataria. È la situazione affrontata dalle decisioni di cui si è in parte dato conto in apertura, nelle quali, come si è detto, viene riconosciuto al garante il diritto di voto sulla proposta concordataria presentata dal debitore principale⁴⁷.

a) Nel corso dell'analisi si è avuto modo di verificare l'infondatezza del primo degli argomenti addotti da quella giurisprudenza, quello che fa perno sulla natura del rapporto che lega il fideiussore non escusso al debitore principale; d'altra parte, si è visto, l'attribuzione del voto al fideiussore si pone in aperto contrasto anche con i principi che governano la solidarietà passiva nel concorso aperto sul patrimonio di uno dei coob-

⁴⁷ Con argomentazioni, a volte, semplicemente paradossali. Ad esempio, nella decisione resa da Trib. Bergamo, 20 febbraio 2014, cit., si legge, come si è già in parte detto: «non vi è dubbio che il credito dei fideiussori, per effetto dell'accessorietà che caratterizza il rapporto di garanzia personale, sorge contestualmente al negozio di fideiussione; analogamente il credito dei fideiussori nei confronti del debitore garantito, sorge sin dal momento in cui vi è accreditamento da parte del terzo di somme a favore di quello. L'effettivo esborso da parte del garante al terzo di quanto dovuto dal debitore principale determina invece, la solo esigibilità del credito; tale principio è chiaramente esposto anche in materia di revocatoria fallimentare al fine di giustificare la legittimazione ad agire del fideiussore (Cass. 3676/2011, 2066/2010, 8680/2009)». Il fatto è, però, che le richiamate decisioni del giudice di legittimità sono state rese con riferimento ad una questione del tutto diversa, che nulla ha a che vedere con il riconoscimento della qualità di creditore attuale del fideiussore non escusso. Più in particolare, quelle decisioni hanno affermato il principio secondo cui, in presenza di un'anticipazione bancaria assistita da fideiussione, avvenuto l'accreditamento della somma da parte della banca (credитore garantito) a favore del cliente (debitore principale), il fideiussore deve già essere considerato *debitore della banca*, con la conseguenza che quest'ultima ben può agire in revocatoria ordinaria, *ex art. 2901 c.c.*, nei confronti degli atti di disposizione del patrimonio compiuti dal garante (!).

bligati, tale attribuzione presupponendo un'ingiustificata alterazione delle regole in punto di formazione della massa passiva.

b) Resta l'altro argomento, quello fondato sugli *interessi* coinvolti dall'omologazione della proposta concordataria.

Che il contenuto concreto della proposta concordataria sia idoneo a produrre effetti, ancorché di riflesso, sul patrimonio del fideiussore e che, dunque, quest'ultimo sia interessato alla (e dalla) proposta, è del tutto evidente: l'art. 184, comma 1, secondo periodo, l. fall. è, del resto, sin troppo chiaro al riguardo⁴⁸. È il passaggio ulteriore, quello cioè che da tale interesse fa derivare il diritto di voto sulla proposta concordataria in capo al fideiussore, a non convincere affatto.

E dire che, anche in tale circostanza, il dato positivo sembra chiarissimo nel volere escludere i fideiussori dalla cerchia dei votanti. Sul punto, è sufficiente porre a confronto la struttura e la formulazione letterale dell'art. 174 l. fall., con i successivi artt. 176-178 l. fall.

La prima delle disposizioni testé menzionate, dopo aver stabilito che l'adunanza dei *creditori* è presieduta dal giudice delegato e che ogni *credитore* può farsi rappresentare da un mandatario speciale, si chiude affermando, al comma 4, che: «Possono intervenire anche i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso». Non v'è dubbio, dunque, che nel sistema della legge fallimentare, i fideiussori (così come i coobbligati e gli obbligati in via di regresso) non escussi vengano *contrapposti* ai creditori del debitore ammesso alla procedura concordataria.

È del tutto evidente, allora, che se il legislatore avesse voluto attribuire il diritto di voto anche a soggetti che la stessa legge fallimentare mostra di ritenere appartenenti ad una categoria *diversa* da quella dei creditori, lo avrebbe dovuto dire espressamente⁴⁹: ma né nella norma dedicata ai

⁴⁸ Pone l'accento sugli effetti prodotti sul patrimonio dei fideiussori dall'omologazione del concordato G. D'ATTORRE, *Commento sub art. 177*, cit., 295.

⁴⁹ In termini assai simili, di recente, Trib. Padova, 7 luglio 2014, in www.ilcaso.it, I, 10853, secondo cui l'esclusione dai legittimati al voto dei fideiussori «trova fondamento innanzitutto nella formulazione letterale dell'art. 174 l. fall., che infatti distingue tra i creditori, menzionati al comma 2, e i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati in via di regresso menzionati al comma 4; (...) presupposto della predetta norma è che i fideiussori non siano creditori, il che si verifica allorquando essi non abbiano adempiuto parzialmente o integralmente prima del deposito della domanda di concordato preventivo la propria obbligazione solidale, dal momento che, in questo caso, avrebbero invece diritto al voto in quanto creditori concorrenti».

crediti contestati (art. 176); né in quella relativa alle maggioranze necessarie per l'approvazione (art. 177); né, infine, in quella sui dissensi manifestati fuori dall'adunanza e sugli assensi presunti (art. 178), è fatta menzione dei fideiussori. Sono sempre e solo i creditori (non tutti, peraltro) che possono esercitare il diritto di voto. E d'altra parte, considerato quanto osservato nei paragrafi precedenti, non poteva essere diversamente.

c) La soluzione qui criticata, oltre ad essere manifestamente infondata, si caratterizza, infine, per essere palesemente *illlogica* ed *inefficiente*; e per rendersene conto è sufficiente porre mente ai seguenti interrogativi.

In caso di fideiussione prestata da più persone senza beneficio della divisione (art. 1946 c.c.), ciascuna di esse vota e per l'intero importo garantito, oppure, ai fini – ed ai soli fini – del voto, tale importo deve frantumarsi in tanti “pezzi” quanto sono gli attori della solidarietà passiva? E ancora: il fideiussore del fideiussore (art. 1948) vota? Inoltre, se nella proposta concordataria è previsto il soddisfacimento integrale del creditore garantito, il fideiussore – che pure, deve ritenersi, rimane esposto all'azione del creditore *ex art. 184 l. fall.* – vota? Quale sarebbe, per concludere, l'ammontare del “credito” rispetto al quale il fideiussore dovrebbe votare: quello che risulta dalla falcidia concordataria, oppure l'intero importo garantito?

Ragionando in termini di efficienza, poi, l'attribuzione del diritto di voto al fideiussore non escusso suona come un'autentica *assurdità*⁵⁰: perché mai l'esito di una procedura concorsuale dovrebbe dipendere dal voto di un soggetto, della cui esistenza il debitore potrebbe essere perfettamente all'oscuro e nei confronti del quale, comunque, non ha assunto direttamente alcuna obbligazione e che, magari, non maturerà *mai* un diritto di credito nei suoi confronti, in quanto insolvente?

E. Discorso diverso è quello relativo agli strumenti di reazione di cui può avvalersi il fideiussore rispetto all'eventuale “abuso” del diritto di voto da parte del creditore garantito.

Premesso che il fideiussore pare senz'altro legittimato (in quanto interessato, *ex art. 180, comma 2*) a proporre opposizione nel giudizio di omologazione e ad impugnare, *ex art. 183*, il decreto con il quale quel giudizio si

⁵⁰ Conf., sul punto, G. D'ATTORRE, *Commento sub art. 177*, cit., 296.

conclude, si potrebbe pensare di valorizzare – in assenza di una disciplina *ad hoc*, prevista invece in ordinamenti prossimi al nostro⁵¹ – le clausole generali che governano l'esecuzione di tutti i contratti, prime fra tutte quelle della *buona fede* e della *correttezza*, oppure di costruire un *dovere di protezione* in capo al creditore comune, in modo da far gravare su quest'ultimo l'obbligo di esercitare il diritto di voto nell'interesse *anche* del fideiussore; obbligo la cui violazione potrebbe attivare la tutela risarcitoria a favore del garante, per i danni sofferti in virtù del comportamento della controparte contrattuale.

Si tratta, all'evidenza, di un'ipotesi di soluzione⁵² appena abbozzata – per di più fondata su una mera intuizione –, la fondatezza e gli esiti della quale andrebbero dunque attentamente vagliati.

⁵¹ In Spagna, ad esempio, l'art. 135 *Ley Concursal* detta una disciplina differente degli effetti sui coobbligati dell'omologazione del concordato, in dipendenza del voto, positivo o negativo, espresso sulla proposta dal creditore comune (*Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos*; «La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido»). Su tale disposizione cfr., per tutti, N. BERMEJO, *Límites subjetivos*, in A. ROJO-E. BELTRAN (a cura di), *Comentario de la Ley Concursal*, II, Madrid, 2004, 223 ss.

⁵² Che riecheggia quella accolta dalla giurisprudenza per “sanzionare” l'esercizio abusivo del diritto di voto, ex art. 2352 c.c., da parte del creditore che vanti un diritto di pegno sulle azioni (o sulle quote) del socio suo debitore. Sul punto cfr., tra le altre, Cass. 17 giugno 1953, n. 1975, in *Foro it.*, 1954, I, 806; Cass. 16 novembre 2007, n. 23824, *ivi*, 2008, I, 1928 e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 11 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 830; Trib. Gorizia, 30 ottobre 2001, in *Società*, 2002, 201; Trib. Marsala, 7 giugno 2005, *ivi*, 2006, 1023. In dottrina cfr., da ultimo e per tutti, M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2010, 222; F. BRIOLOGNI, *Pegno, usufrutto e sequestro di azioni*, in P. ABBADESSA-G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto societario*. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, I, Milano, 2007, 659 ss.