

**IL COMMERCIALISTA VENETO** n. 133 - GENNAIO / FEBBRAIO 2000



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DELLE TRE VENEZIE

# L'INSERTO

# 1

**Convegno di studio  
in materia di procedure concorsuali**  
(Banco Ambrosiano Veneto - 22 gennaio 2000)

## **LE GARANZIE NEL CONCORDATO FALLIMENTARE LE FIGURE DEL GARANTE E DELL'ASSUNTORE**

*A cura del dr Giuseppe Bozza - Giudice delegato ai fallimenti*



# LE GARANZIE NEL CONCORDATO FALLIMENTARE

## LE FIGURE DEL GARANTE E DELL'ASSUNTORE

A cura del dr Giuseppe Bozza - Giudice delegato ai Fallimenti

### Sommario

1-Funzione e natura del concordato fallimentare

2-Il contenuto della proposta concordataria. Le garanzie:

2.1-Garanzie reali tipiche quali pegno e ipoteche

2.2-Garanzie atipiche:

2.2 a-Concordato con cessione dei beni ai creditori;

2.2 b-Concordato con liquidazione controllata;

2.2 c-Concordato con postergazione dei creditori privilegiati e non;

2.3-Garanzie personali tipiche. Il garante fideiussore: a-lato passivo; b-lato attivo; c- lato processuale;

2.4-Garanzie personali atipiche. L'assuntore del concordato;

2.4a-Natura dell'assunzione degli obblighi concordatari;

2.4b-Limitazione della responsabilità dell'assuntore ai crediti insinuati fino al momento della presentazione della domanda di concordato;

2.4c-Limitazione della responsabilità dell'assuntore ai crediti ammessi con riserva e a quelli esclusi e opposti;

2.4d-Natura della cessione dei beni e cessione a terzi;

2.4e-Momento e fonte del trasferimento;

2.4f-Rapporti tra l'assuntore, il fallito e la massa fallimentare;

2.4g-Cessione delle revocatorie;

3-Conclusioni

1- Funzione e natura del concordato fallimentare

Il concordato fallimentare è uno dei modi di chiusura del fallimento, tant'è che la relativa normativa trova collocazione nel capo VIII della legge fallimentare che tratta "della cessazione della procedura fallimentare" e, del resto, l'ult. comma dell'art. 131 precisa che "con il passaggio in giudicato della sentenza che omologa il concordato la procedura di fallimento è chiusa". Tuttavia, non si tratta di un'ipotesi di chiusura che si aggiunge a quelle elencate nell'art. 118; ciò non solo per differenze formali (in caso di concordato manca un atto dichiarativo di chiusura che consegue al raggiungimento degli scopi del fallimento o alla verifica dell'impossibilità di raggiungerli), ma, principalmente, per differenze sostanziali in quanto la chiusura del fallimento in seguito al concordato elimina l'insolvenza del debitore fallito per effetto del carattere esdebitatorio dell'istituto concordatario.

Con il pagamento della percentuale proposta ai creditori chirografari, il debitore rimane, infatti, liberato dalle sue obbligazioni per la quota di debito non soddisfatta, a differenza di quanto accade nei casi di chiusura del fallimento senza integrale soddisfazione dei creditori, i quali potranno ancora rivalersi sull'eventuale futuro patrimonio del debitore, o in sede concorsuale in caso di riapertura del fallimento o liberamente per proprio conto avendo riacquisito, con la chiusura della procedura concorsuale, la loro libertà di iniziativa. Inoltre, e seguito il concordato, il fallito può ottenere la riabilitazione immediata qualora la percentuale stabilita per i creditori chirografari non sia inferiore al 25% e siano stati pagati gli interessi se la percentuale deve essere pagata in un termine superiore ai sei mesi (art. 143, n. 2), con conseguente cessazione delle incapacità personali ed estinzione del reato di bancarotta semplice (art. 241). Si può, quindi, dire che il concordato fallimentare è un modo di cessazione della procedura fallimentare col quale il debitore tende a rimediare alla dichiarazione di fallimento attraverso un accordo con i creditori, connotato dal principio di eguaglianza di trattamento e concluso sotto la sorveglianza dell'autorità giudiziaria che, con l'omologa, ne accerta la legittimità e la convenienza.

In questa primo accenno definitorio del concordato vengono in evidenza, come si vede, due aspetti: uno che attiene all'accordo tra il debitore e i creditori e l'altro che riguarda l'intervento del tribunale; ed è proprio la prevalenza che si attribuisce all'uno dei due sull'altro che si riannodano le contrapposte tesi sulla natura dell'istituto, quella contrattualistica e quella pubblicistica.

Secondo la teoria contrattualistica (i cui più significativi sostenitori sono Ferrara, Satta, De Semo, Azzolina, ecc.) il concordato è un negozio, variamente definito (transazione, *pactum de non petendo*, *sui generis* quale mezzo sostitutivo della liquidazione fallimentare, ecc.), la cui omologazione da parte del tribunale costituisce una *condicio juris* necessaria a rendere efficace il negozio già

perfetto, che costituisce la fonte del regolamento di interessi, ed in cui la vigilanza degli organi della procedura si spiega con le esigenze di tutela degli interessi pubblicistici sottesi al fallimento.

Per la teoria pubblicistica (Provinciali, Ragusa Maggiore, Rescigno, ecc., e la prevalente giurisprudenza della S.C.), invece, la proposta del debitore integra gli estremi della domanda giudiziaria e il consenso dei creditori è il presupposto per l'emanazione della sentenza di omologa, che è l'elemento sostanziale e determinante del concordato che si sovrappone, quindi, agli accordi tra le parti che in essa sono trasfusi e rimangono assorbiti.

Questo sintetico richiamo ai contrapposti orientamenti evidenzia la difficoltà del problema, che trova la sua radice nella duplice fisionomia di un istituto che richiede e l'intervento delle parti e quello del tribunale, nessuno dei quali, da solo, assume una forza determinante. Da un lato, infatti, la tesi contrattualistica non riesce a spiegare perché la proposta sia indirizzata al giudice delegato, né l'obbligatorietà del concordato per i creditori dissenzienti, tanto più che il meccanismo di votazione non prevede una assemblea né richiede una espressa adesione alla proposta valendo il silenzio quale assenso; inoltre il controllo del tribunale non può ridursi ad una mera condizione di efficacia dato che esso è anche un controllo di merito assorbente, decisivo e non vincolato alla mancanza di dissenso dei creditori; infine, è difficile giustificare la rimozione del processo fallimentare esclusivamente per effetto di un accordo contrattuale, così come è difficile spiegare come mai sia impugnabile la sentenza omologativa e non il presunto accordo intervenuto, ecc..

D'altra parte, anche la tesi pubblicistica, pur avendo il pregio di collegare gli effetti del concordato alla sentenza di omologa, incorre anch'essa, nella sua rigorosa formulazione, in alcune critiche quali la difficoltà a spiegare come mai un provvedimento giudiziario riesca ad imporre, senza o contro addirittura la volontà degli interessati, una modifica e un sacrificio del diritto di credito dei chirografari; né, peraltro, il momento pattizio può ridursi ad una condizione di legittimità del procedimento, ad una funzione, cioè, meramente consultiva, tipica dei pareri, perché le adesioni o le manifestazioni di dissenso, che sono delle manifestazioni di volontà e non dei pareri, concorrono a porre in essere un momento essenziale del procedimento, tant'è che la proposta concordataria, pur essendo indirizzata all'organo giudiziario, non può essere sottoposta all'omologa ove non abbia ricevuto l'approvazione o, più correttamente, abbia ottenuto una maggioranza di dissensi dei creditori.

A queste difficoltà interpretative tenta di porre rimedio la teoria della natura mista del concordato (Pajardi, Jaeger, Millozza, Lo Cascio), che, pur senza negare che gli effetti del concordato siano riconducibili alla sentenza, rivaluta anche il momento pattizio; secondo questo orientamento, infatti, la componente privatistica e quella pubblicistica coesistono, senza sovrapporsi o elidersi, per il raggiungimento di uno scopo che è, ad un tempo, sia di carattere privato che

di ordine generale, di modo che le questioni che possono presentarsi nel corso del procedimento vanno viste e risolte a seconda della maggiore o minore incidenza, in quel determinato momento, dell'uno o dell'altro momento, con applicazione analogica o estensiva di ciascuna norma, privatistica o pubblicistica, in funzione della *ratio* che caratterizza le specifiche situazioni sostanziali e processuali da regolare.

Anche questa ricostruzione presta il fianco a delle critiche, specie sotto il profilo dell'inquadramento giuridico della rivalutazione dell'accordo contrattuale, ma sicuramente è la più convincente in quanto la più aderente al dato normativo e agli scopi perseguiti dal legislatore, quali l'eliminazione dell'insolvenza attraverso una serie di attività personali e processuali disciplinate da un procedimento che si chiude con la sentenza di omologazione.

In questa ottica, ancor più apprezzabile è la ricostruzione del Bonsignori, il quale, dopo aver posto in evidenza che la proposta concordataria, la comunicazione e la votazione vanno inquadrati nell'ambito del procedimento che inizia con l'istanza di cui all'art. 124, supera la concezione privatistica dell'accordo e quella pubblicistica della condizione di procedibilità di tali atti, riconducendoli ad atti processuali che, come tali rappresentano elementi imprescindibili, e non solo semplici condizioni, del processo concordatario, da porsi sullo stesso piano della sentenza di omologazione, così come sullo stesso piano nel processo di cognizione ordinaria sono domanda giudiziale, prova e provvedimenti giurisdizionali, cui vanno poi collegati gli effetti finali. Conclude, quindi, l'Autore che il concordato è un procedimento, anzi un subprocedimento dell'intero fallimento, analogo alla vendita forzata o all'assegnazione nell'esecuzione individuale ed equivalente alla liquidazione dell'attivo ed insieme al riparto fallimentare, ma fornito di caratteristiche sue proprie, unitarie ed autonome, rispetto alle altre fasi o gradi del processo civile, posto che il subprocedimento si conclude con un provvedimento giurisdizionale che chiude anche l'intero fallimento, i cui effetti esdebitatori rifluiscono nel mondo dei rapporti di diritto sostanziali e non rivestono una semplice efficacia endoprocessuale. In questa ottica, il sacrificio imposto ai creditori dalla sentenza, che, come visto, costituiva la più penetrante critica alla tesi pubblicistica e che si era tentato di spiegare con il ricorso ad una forma di espropriazione per l'interesse pubblico che informa il fallimento- viene rapportato a quella forma di tutela giurisdizionale ordinaria ipotizzata dall'art. 2908 c.c., che consente al giudice di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici qualora tale intervento con efficacia costitutiva sia previsto dalla legge.

L'inquadramento della natura del concordato non è solo una questione teorica ma si riflette su una serie di problematiche concrete. Ad esempio, sulla individuazione del momento fino al quale il fallito conserva la capacità di revocare e modificare la proposta concordataria. Per i sostenitori della teoria contrattualistica, infatti, il potere di revoca e di modifica può essere esercitato fino al momento dell'accettazione da parte dei creditori, e, quindi, fino alla scadenza del termine per la votazione fissato dal giudice delegato ex art. 125; viceversa, per i sostenitori della teoria pubblicistica il limite della revoca è segnato dalla definitività della sentenza di omologazione, per cui la revoca potrebbe intervenire anche dopo la sentenza omologativa del tribunale che sia stata impugnata. Per i sostenitori delle teorie intermedie questa scadenza viene fissata al momento dell'emanazione dell'ordinanza ex art. 129, comma 1, con cui il giudice delegato apre il giudizio di omologazione (tesi del Bonsignori) o della remissione al collegio della causa di omologazione.

Altre conseguenze si vedranno in prosieguo.

## 2- Il contenuto della proposta concordataria. Le garanzie

L'art. 124 richiede quale contenuto minimo della proposta di concordato l'indicazione:

- a-della percentuale offerta ai creditori chirografari;
- b-del tempo del pagamento;
- c-della descrizione delle garanzie offerte per il pagamento dei crediti, delle spese della procedura e del compenso del curatore.

La compresenza, a scapito dell'alternatività, di questi tre requisiti è evidente ed è avvalorata dall'obbligatorio "deve" e dalla congiunzione "e" utilizzati dal legislatore per specificare il contenuto della domanda stessa, per cui per offrire un quadro completo del contenuto della domanda si dovrebbe trattare di tutti e tre; dovendo, però, parlare del garante e del fideiussore, mi soffermerò esclusivamente sul requisito sub c).

La domanda di concordato deve, dunque, contenere, secondo l'espressa disposizione dell'art. 124, anche la descrizione delle garanzie offerte per il pagamento dei crediti, delle spese di procedura e del compenso al curatore.

Questa chiara dizione normativa, che parla di garanzia "per il pagamento dei crediti", specie se raffrontata con la norma di cui all'art. 160, secondo comma, n. 1; l'esclusione dal voto di tutti i creditori aventi diritti di prelazione disposta dall'art. 127 e la necessità che la proposta di concordato contempli l'integrale pagamento di tutti i privilegiati (anche oltre i limiti dell'eventuale ricavo dei beni gravati da privilegio speciale, pegno o ipoteca) evidenziano la necessità che la garanzia sia estesa a tutti i crediti, compresi quelli con prelazione speciale. Le forme di garanzia possono essere varie e riassuntivamente possono essere così catalogate:

- 1-garanzia reale tipica, quale pegno e ipoteca;
- 2-garanzia atipica in genere;
- 3-garanzia personale tipica, quale fideiussione;
- 4-garanzia personale atipica, connessa a garanzia reale sempre atipica, quale l'assunzione del concordato da parte di un terzo.

### 2.1 -Garanzie reali tipiche quali pegno e ipoteche

Non sono configurabili, a mio avviso, forme di garanzia reali di provenienza dallo stesso fallito in quanto, inserendosi il concordato nell'ambito di una procedura fallimentare, i suoi beni sono già assoggettati al vincolo di destinazione della soddisfazione dei creditori ed eventuali ulteriori suoi beni offerti in garanzia sarebbero acquisibili all'attivo fallimentare, anche se si trattasse dei beni di cui all'art. 46, giacché (a parte il normale modesto valore di tali beni) il fallito, se ne dispone a favore del fallimento, priva gli stessi della destinazione originaria in funzione della quale erano stati sottratti all'espropriazione concorsuale.

Di contrario avviso si è espressa parte della dottrina, per la quale le garanzie sarebbero date dal fallito nella prospettiva della liberazione del suo patrimonio dal vincolo espropriativo, ma anche in quest'ottica rimane valida l'obiezione di cui in precedenza, perché non si vede in qual modo il fallito, attraverso una garanzia reale sui suoi beni, possa aggiungere qualcosa in più in favore dei creditori concorsuali che già godono della destinazione degli stessi beni alla loro soddisfazione.

Peraltro, se si ammettesse la configurabilità di prelazioni direttamente costituite dal debitore in favore dei creditori, si altererebbe la posizione di ciascuno di essi nell'ambito del concorso in quanto tutti diventerebbero ipotecari o pignoratizi; ed ancora, poiché le garanzie verrebbero prestate dal fallito in favore della massa, parallelamente bisognerebbe ammettere che il concreto esperimento di esse spetti al curatore, dopo che i beni sono stati sottratti al vincolo fallimentare e quando ciascun creditore ricupera la propria libertà di azione; se, di contro, si esclude la legittimazione del curatore, per essere essa attribuita ai creditori, *uti singuli*, è evidente che i chirografari, per quanto possano agire nel limite della percentuale del credito, potrebbero soddisfarsi prima dei privilegiati. Ed, infine, poiché in caso di risoluzione o annullamento del concordato rimangono ferme, nel riaperto fallimento, le garanzie date, giusto il disposto del terzo comma dell'art. 140, si creerebbero due masse, con evidente situazione di vantaggio in favore dei vecchi creditori, con violazione, ancora una volta, del principio della *par condicio*, tant'è che i sostenitori della tesi qui contrastata sono costretti ad ammettere che questa norma non trova applicazione nell'ipotesi in esame, sebbene questa non faccia alcuna distinzione tra garanzie che permangono e quelle che cessano.

E' chiaro, quindi, che garanzie del genere possono provenire soltanto da terzi che, assumendo o non la veste di garanti o di assuntori, siano disponibili a favorire il concordato proposto dal fallito fornendo una garanzia pignorizia o ipotecaria sui propri beni; ed a questi si riferisce il terzo comma dell'art. 130 quando demanda al tribunale che omologa il concordato il compito di fissare un breve termine per l'iscrizione delle ipoteche in modo da evitare che i creditori perdano le garanzie costituite dai beni fallimentari (che ritornano nella disponibilità del fallito o passano all'assuntore) prima ancora di acquisire le nuove garanzie.

Il terzo, quando non riveste la figura di garante fideiussore o di assuntore, è un normale terzo datore di ipoteca che non assume una obbligazione personale, ma realizza una ipotesi di responsabilità limitata senza debito; l'ipoteca perciò si estingue se, nel riparto del concordato, i creditori abbiano ricevuto il pagamento di una somma pari a quella portata dalla garanzia ipotecaria (App. Roma 7.10.1986, in Dir. fall. 1987, II, 941).

### 2.2 -Garanzie atipiche

Nel silenzio del legislatore (che non ha riprodotto nella legge fallimentare la terminologia dell'art. 17 della legge n. 995 del 1930, che parlava di "garanzie reali o personali") sul come e quando le garanzie debbano essere costituite e, principalmente, su quali possano essere, la dottrina ha optato per la linea più liberale ritenendo che non è richiesta una forma tipica di garanzia essendo sufficiente che quelle offerte, pur non rientrando tra le garanzie personali o reali normativamente disciplinate, forniscano, tuttavia, una sicurezza attendibile che il concordato possa trovare concreta attuazione e che, quindi, i creditori potranno essere soddisfatti nella misura prevista dal debitore nella proposta di concordato.

Accettata questa corretta premessa, bisogna però verificare se le figure più comuni di garanzia che la pratica offre- quali la cessione dei beni ai creditori, la liquidazione controllata e la postergazione- siano conciliabili con la struttura e la funzione del concordato fallimentare.

#### 2.2a -Concordato con cessione dei beni ai creditori

Questa ipotesi si sostanzia nella cessione dei beni del fallito ai creditori con liberazione immediata del fallito (cessione *pro soluto*) oppure con riserva che i creditori possano agire, per la parte insoddisfatta, nei confronti dell'ex fallito

(cessione *pro solvendo*); vi è poi chi limita la cessione soltanto a quest'ultima ipotesi (Bonsignori), con l'ulteriore precisazione che ai creditori verrebbe ceduta la disponibilità e non la proprietà dei beni, che essi provvedono a liquidare, restituendo quanto percepito in più della percentuale prestabilita.

Le ragioni addotte dalla dottrina maggioritaria (Provinciali, Satta, Pajardi, Bonsignori) e da parte della giurisprudenza (per la verità risalente) a favore dell'ammissibilità di questo tipo di concordato sono riconducibili al fatto che tale forma di concordataria è prevista nell'ambito della disciplina del concordato preventivo e che la legge prevede la cessione dei beni all'assuntore.

I tre requisiti in cui deve articolarsi la domanda di concordato e la caratteristica del concordato fallimentare di inserirsi in una procedura fallimentare in corso, portano - a mio parere - ad escludere che la garanzia possa consistere nella cessione dei beni ai creditori.

Il richiamo al concordato preventivo con cessione dei beni è del tutto fuori luogo data la diversità, strutturale e funzionale, di questo istituto rispetto al concordato fallimentare, che il legislatore ha compiutamente regolato configurando soltanto un concordato con offerta di garanzie, che costituisce uno dei requisiti della domanda, da valutare insieme agli altri requisiti dell'offerta di una percentuale e dell'indicazione del tempo del pagamento, globalmente nelle loro reciproche interferenze e implicazioni, comparandoli, ai fini della convenienza, con la liquidazione fallimentare; di contro il legislatore ha previsto espressamente la duplice figura del concordato preventivo con garanzia e con cessione dei beni.

Si dovrebbe, quindi, far ricorso all'applicazione in via analogica dei principi, o del sistema, descritto nell'art. 160, primo comma, n. 2; ma ciò è sicuramente da escludere, non tanto perché, come afferma l'Azzolina, tale norma ha carattere eccezionale, quanto perché non ricorrono i requisiti per far ricorso all'analogia. Il concordato fallimentare, infatti, non è una figura definita solo nei suoi contorni da riempire con contenuti e modalità varie, ma è regolata proprio nel suo contenuto da una specifica norma di legge, che esclude la presenza di quel vuoto da colmare con il ricorso all'analogia, tanto più che le due procedure - concordato fallimentare e concordato preventivo - non sono ispirate alla *eadem ratio*, essendo il secondo diretto ad impedire la dichiarazione di fallimento mentre il primo è uno strumento per chiuderlo.

La mancata previsione di un concordato fallimentare con cessione dei beni non è riconducibile, come dice il Provinciale, in una "imperfezione legislativa", perché non di imperfezione si tratterebbe ma di un inammissibile grave errore sistematico (non è lecito, infatti, pensare ad una regolamentazione di rinvio del concordato fallimentare con cessione al concordato preventivo, perché, per evidenti ragioni sistematiche, la previsione del primo e la sua regolamentazione sarebbero state attuate nella *sede materiae* del concordato fallimentare cui la disciplina successiva avrebbe potuto richiamarsi, come, appunto, è avvenuto con l'art. 181, ultimo comma, con l'art. 185, ultimo comma, e con l'art. 186); è riconducibile, invece, ad una voluta omissione, che è coerente con i principi informativi della procedura fallimentare in cui si inserisce.

Se, infatti, la sentenza dichiarativa di fallimento determina, per il fallito, la perdita dell'amministrazione e della disponibilità dei beni che attualmente e virtualmente fanno parte del suo patrimonio; se la procedura fallimentare appronta e regola un sistema per la liquidazione del patrimonio e se la proposta del concordato deve essere conveniente per i creditori, è evidente perché il legislatore per l'ammissibilità del concordato pretenda qualcosa di più e di diverso da offrire ai creditori, che non siano i beni già destinati alla loro soddisfazione, che giustifica, da un lato, la rinuncia dei creditori alla tutela di cui usufruirebbero nella procedura fallimentare e, dall'altro, i benefici civili ed extracivili che dal concordato trae il fallito.

Un concordato fallimentare con cessione, invece, potrebbe tradursi in qualcosa di meno dell'effettiva consistenza del patrimonio fallimentare, perché nella cessione dei beni ai creditori non potrebbero rientrare i beni non ancora acquisiti all'attivo né le azioni revocatorie, data la loro origine collegata al fallimento, tant'è che per il passaggio delle azioni revocatorie all'assuntore vi è stato bisogno di una apposita norma che lo prevedesse; e, principalmente, non eviterebbe i rischi della liquidazione medesima perché con la cessione mancherebbe la sicurezza che il dovuto o il suo equivalente promesso, ancorché non prestato, sarà comunque conseguito, nel che si sostanzia ogni forma di garanzia, sebbene atipica.

Né vale dire che questa situazione si realizza anche in presenza di un assuntore, sicché, se è ammissibile un concordato con cessione dei beni all'assuntore non vi sono motivi per escluderlo quando la cessione è fatta direttamente in favore dei creditori, perché, nel caso dell'assuntore, il rischio della liquidazione concordataria è assunto da questi che si obbliga al pagamento della percentuale fissata e la perdita per i creditori dell'eventuale maggior realizzo della liquidazione fallimentare rispetto alla percentuale offerta è bilanciato dalla presenza di un nuovo e diverso obbligato, la cui consistenza patrimoniale o le garanzie da lui offerte facciano ritenere che possa adempiere.

Significativo della volontà del legislatore di richiedere nel concordato fallimentare qualcosa di più della cessione dei beni è il disposto dell'art. 137, nella parte in cui prevede la risoluzione del concordato "se le garanzie promesse non vengono costituite o se il fallito non adempie regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato". Se, infatti, per garanzia si intende la cessione dei beni ai creditori,

la risoluzione del concordato fallimentare non sarebbe mai configurabile giacché la disponibilità dei beni passerebbe direttamente ai creditori a seguito dell'omologazione e nessun obbligo di adempimento rimarrebbe al debitore nell'ambito concordatario, dovendo i creditori provvedere a liquidare i beni e soddisfarsi o nei limiti che il risultato della liquidazione consente (cessione *pro soluto*) o con riserva di agire nei confronti dell'ex fallito.

Ancor più illuminante è poi il disposto, poco approfondito, dell'art. 141, il quale, nel caso di nuovo concordato, a seguito della riapertura del fallimento per risoluzione o annullamento di un precedente concordato, richiede come condizione per l'omologa che "prima dell'udienza a ciò destinata siano depositate, nei modi stabiliti dal giudice delegato, le somme occorrenti per il suo integrale adempimento". Escluso che le somme da depositare prima dell'omologa possano essere sborsate dal fallito, vigendo ancora il vincolo di indisponibilità patrimoniale, è chiaro che deve essere un terzo a depositare dette somme; quel terzo che, mentre nel primo concordato può dare forme di garanzie diverse da un deposito, nel nuovo concordato può soddisfare il suo impegno solo nel modo indicato, al fine di assicurare la matematica certezza del suo adempimento, a meno che non si dica che solo nel caso di un nuovo concordato sia necessaria la garanzia di un terzo e si spieghi la disparità di trattamento con il primo concordato, del quale ricalca il procedimento con in più, rispetto allo schema ordinario, la condizione del deposito delle somme occorrenti.

Rimarrebbe, inoltre, da spiegare come possa essere giuridicamente strutturata la cessione dei beni ai creditori. Se, infatti, si modella la cessione sulla figura della *cessio bonorum*, di cui agli artt. 1977 ss. c.c., come mandato irrevocabile conferito dal debitore ai creditori a liquidare i suoi beni, emerge l'antitesi tra la natura contrattuale della cessione privatistica (che non ha effetto esdebitatorio, è efficace soltanto tra il debitore ed i creditori contraenti, restando liberi gli altri creditori di agire su beni oggetto della cessione, giusto il disposto dell'art. 1980 c.c. e il debitore non perde la proprietà dei beni fino a quando non siano alienati *ex nomine debitoris* dai creditori,) e la natura pubblicistica del concordato fallimentare riconosciuta dallo stesso Provinciale, che propone questa tesi, e dalla costante giurisprudenza.

Peraltro, il mandato ai creditori ad amministrare e cedere il patrimonio del fallito si sostanzierebbe in un mandato soggettivamente indeterminato poiché in favore di tutta la massa attiva, compresi i creditori concorsuali non insinuati, e mai determinabile nella persona di un liquidatore (ancor meno sarebbe configurabile un mandato ad un liquidatore rappresentante della massa, perché, a prescindere dalla fonte della nomina, non è ipotizzabile il rilascio di una procura da parte dei creditori, i quali si limitano a non dissentire), con la conseguenza che, dato il principio maggioritario posto per l'approvazione del concordato, anche i creditori non ammessi al voto (privilegiati o legati a vincoli di parentela, ecc.) e i dissenzienti si troverebbero ad amministrare e vendere nel loro interesse, e non *ex nomine debitoris* come nella cessione civilistica, il patrimonio del debitore e, se tra questo vi è un complesso aziendale funzionante, si troverebbero, senza o contro la loro volontà, a gestire in società di fatto l'attività dell'impresa.

Nel caso, infine, si riuscisse in qualche modo ad ammettere la possibilità di un concordato con cessione dei beni bisognerebbe inventarsi la regolamentazione dello stesso.

All'uopo si dovrebbero, con notevole forzatura ermeneutica, adottare e adattare le norme dettate per il concordato preventivo con cessione dei beni per le parti non disciplinate in sede di concordato fallimentare, con le ovvie incertezze che comporterebbe l'innesto di un istituto in un corpo regolato non in previsione di quell'istituto. Bisognerebbe, infatti, in primo luogo creare la figura di un liquidatore, la cui posizione non si saprebbe se rapportarla a quella del liquidatore nominato ex art. 182 perché si tratterebbe di attribuirgli un compito non previsto dalla legge. Rimarrebbe, poi, da stabilire se tra le sue funzioni liquidatorie debba rientrare anche la legittimazione ad agire, per esempio, per il recupero dei crediti e in che posizione si pone la sua attività rispetto alla sorveglianza che, ex art. 136, compete al giudice delegato, curatore e comitato dei creditori, chiaramente limitata all'adempimento delle obbligazioni concordatarie da parte del fallito, dei garanti e dell'assuntore, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologa. Ed ancora, è revocabile il liquidatore? A chi risponde del suo operato? Se non si nomina un liquidatore, chi procede alla liquidazione e chi risponde? Quali sono le ipotesi di risoluzione? Quesiti ai quali non è agevole dare risposta.

## 2.2b -Concordato con liquidazione controllata

Con questa terminologia - mutuata dal Provinciale - si individuano quei concordati in cui i beni del fallito vengono affidati ad un consegnatario, per lo più il curatore stesso ma anche ad un terzo non assuntore né garante, al fine di attuare una liquidazione extrafallimentare che potrebbe risultare più vantaggiosa, di impedire distrazioni ed assicurare che il ricavato delle vendite (da effettuarsi dal curatore o dal debitore col consenso del curatore o del consegnatario terzo), sia devoluto ai creditori concorsuali nelle percentuali pattuite.

L'ostacolo principale insormontabile contro cui un tale tipo di concordato si scontra è che il concordato fallimentare non prevede alcuna forma di



liquidazione dei beni, dovendo esso essere inquadrato nelle figure tipiche del concordato con garanzia e con assunzione, altrimenti il concordato si tradurrebbe nella continuazione della procedura fallimentare col vantaggio della liberazione del debitore, senza assicurare ai creditori il conseguimento della percentuale pattuita né il rispetto dei termini di pagamento, dipendendo la prima dall'entità del ricavato dalla liquidazione e il secondo dal tempo della liquidazione, sia essa attribuita al curatore che ad un terzo, (in realtà tale tipo di concordato garantisce i creditori soltanto circa la destinazione del ricavato).

Il ricorso a questo sistema alternativo rispetto al modello tipico legislativo si spiega con l'antinomia tra l'ult. comma dell'art. 130 e il quarto comma dell'art. 131. La prima norma stabilisce la provvisoria esecutorietà della sentenza di omologazione (con decorrenza dalla data del deposito), per cui il debitore o il garante o l'assuntore sono tenuti a dare esecuzione alla sentenza, anche in presenza di impugnazioni e, quindi, prima del passaggio in giudicato; si tratta di una disposizione che attiene alla c.d. esecuzione del concordato in senso stretto e, cioè, esclusivamente al pagamento dei debiti, tant'è che essa prevede che, alle scadenze pattuite per i pagamenti, se la sentenza (di omologazione) non è passata in giudicato, le somme dovute per l'adempimento del concordato devono essere depositate presso un istituto di credito designato dal giudice delegato, il che significa che i pagamenti vanno comunque iniziati anche prima del passaggio in giudicato, con la salvaguardia dell'accantonamento (cui si fa ricorso per l'art. 136 anche nel caso di passaggio in giudicato della sentenza di omologazione per le posizioni incerte dei creditori in attesa di definizione).

La seconda norma, invece, prevede che soltanto col passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato si chiude il fallimento; il che significa che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, permangono gli effetti patrimoniali del fallimento, per cui solo da tale momento il fallito, oltre a riacquistare la capacità processuale, sia attiva che passiva, viene reintegrato nella disponibilità dei beni e nell'amministrazione del patrimonio (o questo, in presenza di un assuntore, viene a lui trasferito), permanendo soltanto le restrizioni di carattere personale discendenti dall'iscrizione nel registro dei falliti.

Il debitore, quindi, si trova nella difficile posizione di dover provvedere fin da subito ai pagamenti (e agli accantonamenti), senza disporre del suo patrimonio, soggetto al vincolo di indisponibilità fallimentare fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione, la cui liquidazione costituisce lo strumento normale attraverso cui reperire i mezzi per dare esecuzione al concordato verso i creditori o far fronte all'azione di regresso del garante escusso dai creditori. Parzialmente diversa è la posizione dell'assuntore, il quale dispone di un suo patrimonio non soggetto ad alcun vincolo, su cui si è fatto conto al momento della valutazione della serietà della garanzie, ma anche questi, pur non dovendo trarre i mezzi finanziari per far fronte alle obbligazioni assunte dai beni fallimentari, si trova nella difficoltà di dover iniziare l'adempimento senza avere la certezza che la sentenza omologativa di primo grado non venga riformata in sede di impugnazione.

Per superare questi inconvenienti sono stati proposti vari rimedi, operanti sia sul lato passivo che quello attivo. Sotto il primo profilo è stata suggerita l'opportunità di inserire nella proposta concordataria la previsione dell'esecuzione dei pagamenti dopo il passaggio in giudicato della sentenza; questa soluzione, avallata anche dalla giurisprudenza (Cass. n. 5818/1996; Trib. Roma 14 gennaio 1998 in Giur. merito 1998, 917), non mi sembra molto convincente perché, a parte il fatto che si presta a fungere da espediente per procrastinare a data imprecisata l'adempimento del concordato con compiacenti quanto pretestuose opposizioni, è elusiva del chiaro disposto del quinto comma dell'art. 130, che ne sancisce la provvisoria esecutorietà.

Sotto il profilo attivo si è detto che il fallito già al momento della sentenza provvisoriamente esecutiva riprende la disponibilità dei beni, che può liquidarli, ma non può procedere liberamente ai pagamenti se non attraverso l'opera del curatore, che dovrebbe incassare il prezzo; ovvero che la stessa liquidazione debba essere fatta sotto il controllo degli organi fallimentari, dando la possibilità al debitore di incassare il prezzo per provvedere ai pagamenti; in questa ottica si inserisce anche la possibilità di prevedere nella proposta concordataria che il curatore provveda direttamente alla liquidazione del patrimonio fallimentare anche prima del passaggio in giudicato della sentenza e ai pagamenti. Si aggiunge che nei concordati in cui vengono attribuite funzioni liquidatorie al curatore, questi assume soltanto la veste di mandatario del fallito, il quale, con la proposta concordataria, conferisce al curatore un incarico (che diventa efficace dopo il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione perché fin quando è aperta la procedura fallimentare il fallito non dispone dei suoi beni e non può, quindi, efficacemente compiere atti giuridici di contenuto patrimoniale quale il rilascio di un mandato alla vendita, che, pertanto, è sempre condizionato al passaggio in giudicato della sentenza omologativa del concordato, che comporta la chiusura del fallimento) di vendere, per suo nome e conto, le attività di cui, a seguito della omologazione, riprende la piena disponibilità.

Tutte queste soluzioni trovano, quindi, applicazione nella pratica per evitare la devitalizzazione dell'istituto del concordato, ma comunque l'innesto del curatore nella liquidazione non risolve il problema perché, fino al passaggio in giudicato della sentenza, o la liquidazione fallimentare è sospesa, nel qual caso non si vede come il curatore possa procedere alle vendite, oppure non è sospesa, nel qual caso il potere di vendita deriva al curatore dal suo ruolo e non dal mandato

conferitogli ed ancora inefficace. Dopo l'omologazione, il curatore rimane organo del fallimento con compiti di sorveglianza incompatibili con una attività gestionale di mandatario su cui dovrebbe egli stesso esercitare il controllo; fermo restando, da un lato, che rimane il problema che non si assicura, in questo modo, ai creditori un pagamento certo quanto ad entità e quanto al tempo della soddisfazione, e, dall'altro, che, comunque, dilazionando l'operatività del mandato al passaggio in giudicato della sentenza e con essa anche il pagamento dei creditori, si viola il disposto di cui all'ult. comma dell'art. 130 sulla sua provvisoria esecutorietà che concerne proprio l'esecuzione dei pagamenti.

Tuttavia non è da escludere l'astratta possibilità che, in presenza di garanzie date da terzi che assicurino ai creditori il perseguimento della percentuale offerta, la disponibilità (totale o parziale) per il fabbisogno concordatario possa essere realizzata attraverso la liquidazione dei beni in corso di esecuzione del concordato. E' chiaro che anche in questo caso si incorre comunque nell'obiezione di attribuire al curatore una funzione liquidatoria, mentre la legge gli attribuisce soltanto una funzione di sorveglianza sull'adempimento delle obbligazioni concordatarie da parte del fallito, dei garanti e dell'assuntore, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione; ma, almeno, si assicura ai creditori una garanzia del loro pagamento nei termini concordati. Parzialmente diversa è l'ipotesi in cui al curatore siano attribuite funzioni non liquidatorie, ma di assistenza alla liquidazione attuata dal fallito, come il suo necessario intervento alla vendita; un tale tipo di concordato è compatibile con le funzioni di sorveglianza che spettano al curatore sempre che l'assistenza non costituisca né presupposto per un assenso vincolante, né condizione obbligatoria per la procedibilità delle operazioni di vendita; in tal caso soltanto, infatti, la sua presenza sarebbe finalizzata alla sorveglianza sull'adempimento del concordato, che trae impulso dall'iniziativa e dalle determinazioni del debitore. Egualmente difficile è configurare un tipo di concordato che prevedesse la liquidazione delle attività da parte non del curatore, ma di un terzo che non sia l'assuntore perché non si saprebbe quale veste, e, quindi, quali responsabilità, questi verrebbe ad assumere, dovendosi inventare la figura di un liquidatore in un istituto che non la prevede.

## 2.2c -Concordato con postergazione dei creditori privilegiati e non

La postergazione dei crediti consiste nel consenso di uno o più creditori, per lo più privilegiati, ipotecari o pignorati, ad essere soddisfatti nei limiti della disponibilità eventualmente residua dopo il pagamento delle percentuali spettanti ai chirografari; essa può avere contenuto sostanziale di rinuncia al credito risolutivamente condizionata al fatto che, soddisfatti i creditori concorsuali, rimanga un attivo sul quale il creditore postergato possa soddisfarsi, con effetto esdebitatorio che rimane anche fuori del concordato; ma può avere anche un contenuto meramente processuale di rinuncia a partecipare al concorso, impregiudicato il diritto del creditore di essere soddisfatto al di fuori del concordato.

Questa forma di rinuncia è sicuramente ammissibile in quanto i creditori sono liberi di disporre dei loro diritti di contenuto patrimoniale; anche il diritto dei creditori privilegiati di essere pagati integralmente e senza differimento ha, infatti, carattere disponibile, per cui il creditore, come può rimettere il debito o novare l'obbligazione, può anche convenzionalmente pattuire il pagamento differito della propria pretesa creditoria o manifestare unilateralmente al tribunale una volontà in tal senso.

Si contesta l'ammissibilità di atti di postergazione sulla considerazione della tipicità del contenuto concordatario cui sono connessi gli effetti legali stabiliti dalla legge e sulla preoccupazione di attuare un trattamento differenziato tra i creditori. Pare, però, insormontabile l'obiezione della disponibilità del diritto di credito, e della relativa garanzia, che esclude un'alterazione del contenuto inderogabile del concordato. L'inammissibilità della dilazione dei crediti privilegiati discende dalla necessaria tutela di tale categoria di creditori non ammessi al voto e che nel meccanismo predisposto dall'art. 127 non trovano un adeguato strumento per aderire o contrastare il concordato senza perdere il privilegio, sicché il divieto non è collegabile ad un interesse generale che trascenda la tutela del singolo interessato appartenente a quella categoria e, quindi, il divieto stesso viene meno se la dilazione si attua attraverso un sistema che evita gli inconvenienti accennati.

Ciò è quanto accade con la postergazione, il cui divieto non trova alcun fondamento normativo, ma si riallaccia ad una generica preoccupazione di alterazione della *par condicio*, cui basterebbe obiettare con il Bonsignori che la tutela della parità di trattamento non può essere "spinta al punto da essere assicurata malgrado la volontà degli stessi interessati".

Il vero problema è vedere se la postergazione possa rappresentare una forma di garanzia autonoma del concordato. Ed, ovviamente, si fa riferimento ad una clausola inserita nella proposta concordataria o a questa collegata e rappresentata come condizione del concordato stesso, in modo che sia i creditori che l'organo giudiziario abbiano la possibilità di valutare la convenienza della procedura in relazione ad un giudizio di utilità che investa la stessa postergazione e ragguagliare l'alea derivante dal concordato con postergazione, all'alea della liquidazione fallimentare; sono, invece, irrilevanti ai fini concordatari eventuali accordi del genere tra debitore ed determinati creditori, che producono effetti

obbligatori solo tra le parti e sono perciò sottratti al controllo giudiziario.

Al quesito posto va data risposta negativa perché la postergazione non è altro che una forma di riduzione del passivo che si realizza sotto forma di rinuncia condizionata al credito o al concorso, la quale limitando il concorso sui beni del debitore offre ai creditori non postergati un beneficio immediato e diretto. In quest'ottica la postergazione non è un sostituto della garanzia per i creditori, ma assolve - mediante la diminuzione certa del passivo ai fini del concorso - allo scopo di rendere operanti ed efficaci le garanzie offerte dal debitore, che altrimenti non lo sarebbero, e rappresenta, al tempo stesso, il *quid pluris* che rende per i creditori non postergati conveniente il concordato nei confronti del fallimento; trattasi, cioè, di una garanzia supplementare, che presuppone l'esistenza di altra garanzia per i creditori non postergati.

In sostanza, la postergazione può indubbiamente rendere conveniente il concordato rispetto alla liquidazione fallimentare, ma non per questo assicura il soddisfacimento dei crediti nella misura e nei tempi pattuiti (che è ciò che la legge richiede), in quanto la riduzione del passivo, ottenuta mediante la postergazione di uno o più creditori, equivale sì ad un incremento dei mezzi finanziari per il concordato, ma l'incremento della massa attiva non sempre è idoneo ad assicurare i creditori circa la realizzazione del concordato.

### 2.3- Garanzie personali tipiche. Il garante fideiussore

La legge fallimentare prevede la presenza di altri soggetti accanto al fallito in veste di garanti, i quali si affiancano al concordatario o lo sostituiscono per eseguire il concordato.

La generica indicazione contenuta nell'art. 124 di offerta di garanzia, tra cui vanno comprese le garanzie personali, ed ancor più i riferimenti contenuti nel terzo comma dello stesso articolo (che vieta la cessione delle azioni revocatorie "al fallito e ai suoi fideiussori") e nel primo comma dell'art. 137 (che impone, per la risoluzione, l'audizione "del fallito e dei fideiussori"), fanno chiaramente intendere che una delle garanzie che il debitore può offrire ai creditori è costituita dalla dazione di una garanzia personale di un terzo equivalente alla fideiussione. Il fideiussore, generalmente indicato anche come garante, garantisce, quindi, soltanto l'obbligo che il fallito assume con il concordato di pagare i creditori privilegiati, le spese di giustizia e la percentuale stabilita in favore dei creditori chirografari, a differenza dell'assuntore che, come si deduce dal secondo comma dell'art. 124 e dal quarto comma dell'art. 137, assume, invece, in proprio il rischio della liquidazione, obbligandosi ad adempiere il concordato, in solido con il fallito o con la sua estromissione, previo rilievo di tutto l'attivo fallimentare, alla cui liquidazione egli stesso provvede per suo conto.

La garanzia personale data dal terzo può essere o non esaustiva, nel senso che dipende dalla consistenza patrimoniale del garante in relazione all'entità degli impegni assunti se la garanzia assunta sia sufficiente a garantire il concordato; nulla impedisce, quindi, che a tutela dei creditori venga richiesta al terzo garante, già per ciò stesso fideiussore del debitore concordatario, il rilascio di un'ulteriore garanzia personale - che normalmente si concretava in una fideiussione bancaria a prima richiesta, idonea ad assicurare l'integrale adempimento delle obbligazioni assunte - o di altre garanzie reali, quali pegni o ipoteche, che rimangono autonome rispetto alla garanzia data quale garante fideiussore del concordato.

L'art. 124 prevede che la garanzia sia offerta, non ancora costituita, per cui nulla vieterebbe che la proposta concordataria preveda la costituzione di una garanzia successiva all'omologazione, con conseguente risoluzione del concordato ove tale impegno non venga mantenuto (art. 137); i tribunali, tuttavia, sono soliti pretendere la costituzione della garanzia prima dell'omologazione per cui è comune la clausola nella proposta che condiziona e rende operativa la garanzia all'effettiva homologazione.

#### *a-lato passivo*

Dal punto di vista passivo, la responsabilità patrimoniale del garante-fideiussore è individuata dall'art. 135, primo comma, il quale espressamente prevede che le garanzie date nel concordato da terzi non si estendono ai creditori anteriori all'apertura del fallimento che non hanno presentato domanda di insinuazione al passivo. La garanzia, quindi, si estende a tutti i creditori già insinuati al momento della proposta di concordato, con domanda di ammissione tempestiva o tardiva, siano essi stati ammessi o contestati; nessun dubbio, infatti, può sussistere circa l'estensione della garanzia anche ai crediti contestati, data la chiara dizione del primo comma dell'art. 135, il quale - va ribadito - fa riferimento ai creditori che hanno presentato domanda di ammissione e non a quelli già ammessi.

Come si vede non vi è esatta corrispondenza tra la responsabilità del debitore concordatario e quella del fideiussore: il primo, infatti, risponde, nei limiti della percentuale concordataria, anche verso i creditori concorsuali che non si siano insinuati e, secondo una tesi non del tutto pacifica, che, pur insinuati, siano stati esclusi in sede di verifica, nel senso che questi ultimi creditori, data l'efficacia preclusiva endofallimentare del decreto di esecutività dello stato passivo, potrebbero promuovere nei confronti del fallito tornato *in bonis* un giudizio ordinario di cognizione per ottenere il pagamento del proprio credito, anche se fondato sullo stesso titolo già fatto valere inutilmente in sede di verifica. A

questi crediti non si estende la garanzia del terzo fideiussore, almeno di norma, perché con la proposta concordataria, che poi viene recepita nella sentenza di homologazione, la garanzia può anche essere ampliata.

Nei limiti in cui la garanzia spiega efficacia, questa, come detto, corrisponde alla tipica garanzia fideiussoria, ma assume una particolare struttura e connotazione rispetto alla figura generale in relazione al titolo (che è dato dalla sentenza di homologazione), in relazione all'oggetto (la garanzia viene prestata indistintamente per i debiti concordatari, nell'interesse della massa e non dei singoli creditori) e alla funzione (che è quella di assicurare il puntuale adempimento del concordato in conformità delle statuizioni della sentenza suddetta), per cui non tutte le ordinarie regole disciplinanti la fideiussione e la solidarietà risultano applicabili alla fideiussione concordataria.

Così, in applicazione della seconda parte del primo comma dell'art. 1941 c.c., la fideiussione può sì essere limitata ad una parte degli obblighi assunti dal fallito, tuttavia questa possibilità va confrontata sempre con le esigenze del concordato e la necessità che i creditori siano garantiti per tutto quanto loro promesso; ossia una fideiussione parziale è concepibile solo nei casi in cui i creditori siano, per la parte non coperta dalla fideiussione, diversamente garantiti, come accade per esempio quando, essendo stato parte del patrimonio fallimentare già liquidato, le disponibilità liquide fallimentari siano sufficienti a soddisfare la quota non garantita, o in casi similari.

La fonte comune delle due obbligazioni, quella del fallito e del fideiussore, comporta che, nei limiti in cui la garanzia spiega efficacia, le singole obbligazioni non possono non sussistere, e con identico contenuto, per entrambi gli obbligati: ciò assume rilievo, non soltanto, come di norma, nel senso che il debito di garanzia esiste se, e nella misura in cui, esiste il debito principale, ma anche nella direzione opposta, nel senso che, una volta accertato il debito principale, ad esso deve necessariamente accedere la garanzia, la cui esclusione, essendo in contrasto con i patti del concordato, aprirebbe la via alla risoluzione del medesimo.

Di conseguenza, il termine di decadenza di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, previsto dall'art. 1957, primo comma, c.c., entro il quale il creditore deve agire contro il debitore al fine di evitare l'estinzione della fideiussione, non si applica alla garanzia concordataria e, per converso, che l'atto di interruzione della prescrizione nei confronti dei fideiussori del concordato, pur se proposto dopo la scadenza del termine per la risoluzione del concordato stesso, produce effetto anche nei confronti del debitore principale ex fallito, ai sensi dell'art. 1310 c.c.. E non potrebbe essere diversamente perché mentre nella fideiussione ordinaria il limite di durata e l'onere del creditore di una particolare diligenza si spiega con l'estraneità del fideiussore al rapporto principale, in sede concordataria la fideiussione si trova incorporata nei patti concordatari omologati, e, poiché la legge fallimentare ha voluto assicurare in ogni caso ai creditori le conseguenze favorevoli del concordato già concluso (tanto che questo, quando anche risolto o annullato, è produttivo di effetti persistenti anche in ordine alla conservazione delle garanzie), i debitori non possono sottrarsi a quanto dovuto prospettando eccezioni o decadenze. E' come se la fideiussione fosse stata prestata con l'esplicito patto che potrà estinguersi solo per effetto dell'estinzione dell'obbligazione principale, ipotesi in cui anche la fideiussione ordinaria resta sottratta alla disciplina dell'art. 1957 c.c..

In linea di principio, l'affermata identità tra l'obbligazione principale e quella fideiussoria, che attiene al contenuto delle stesse, non esclude un trattamento non paritario in sede di esecuzione, per cui, sempre in linea di principio, sarebbe configurabile una clausola della proposta concordataria che prevedesse il *beneficium escussionis* in favore del fideiussore, posto che nessun impedimento sussiste a che nella fase esecutiva, quando il fallimento è chiuso, il beneficio possa operare, non comportando una limitazione della garanzia per i creditori ma solo un ordine nell'escussione. In concreto, però, il citato beneficio non è compatibile con la normativa concordataria e, in particolare, con la permanenza della garanzia a seguito di annullamento o risoluzione del concordato e riapertura del fallimento (art. 140): in questa fase la garanzia dovrebbe continuare ad operare, nel senso che qualora i creditori non ricevano dalla liquidazione fallimentare la percentuale già prevista nel concordato potrebbero escutere il patrimonio del fideiussore; però con la riapertura del fallimento l'iniziativa dell'esecuzione viene sottratta ai creditori, i quali per aggredire il patrimonio del fideiussore dovranno prima attendere la liquidazione fallimentare. Il che mi pare renda inammissibile il beneficio in questione.

#### *b- lato attivo*

Sotto il profilo attivo è pacifico che con la sentenza di omologa passata in giudicato la procedura di fallimento si chiude (art. 131, ultimo comma) e, poiché il fideiussore si limita soltanto a garantire l'obbligo del fallito di pagare quanto pattuito, il fallito medesimo, ritornato *in bonis*, riacquista la disponibilità dei beni e il potere di compiere atti di disposizione (nonché la legittimazione processuale in ordine ai rapporti compresi nel fallimento); il che trova la sua giustificazione, logica e giuridica, oltre che nella premessa della chiusura del fallimento, nella considerazione che il fallito, come deve effettuare i versamenti nei limiti della percentuale stabilita, così deve poter liquidare i beni fallimentari,

perché è proprio da questa liquidazione - o, comunque, principalmente da essa - che egli trae i mezzi per l'adempimento del concordato.

Ne discende che l'attività liquidatoria compiuta dal fallito tornato *in bonis* non è soggetta ad autorizzazioni del giudice delegato, il quale, insieme al curatore e al comitato dei creditori, rimane in carica per svolgere compiti di sorveglianza sull'adempimento degli obblighi concordatari, tant'è che egli può soltanto emettere il decreto conclusivo della procedura con il quale, accertata la completa esecuzione del concordato, ordina lo svincolo delle cauzioni e la cancellazione delle ipoteche iscritte a garanzia (art. 136, terzo comma), o può promuovere la risoluzione o l'annullamento del concordato nelle ipotesi previste dagli artt. 137 e 138. L'attività liquidatoria dell'ex fallito ha, perciò, carattere meramente negoziale con la conseguente applicazione della normativa civilistica in materia di vendita e non della normativa di cui agli artt. 2919 ss. c.c..

Eguale conclusione vale anche in quelle forme concordatarie - per chi le ritiene ammissibili - ove sia previsto che alla liquidazione partecipi il curatore o addirittura essa sia compiuta dal curatore, perché, come detto, nel primo caso, la partecipazione del curatore alla vendita è strumentalizzata alla sorveglianza sull'adempimento del concordato e, nel secondo caso, deve configurarsi il curatore come un mandatario del fallito.

Non è ammessa la cessione dei beni al fideiussore (che presta garanzia contro cessione dei beni). Questa affermazione è stata in passato messa in dubbio dalla dottrina, che ne ha giustificata l'ammissibilità con la funzione di garantire il fideiussore stesso e con quella di tutelarne il diritto di regresso verso il debitore, ovvero con quella soltanto di costituire un corrispettivo per le obbligazioni assunte dal fideiussore, ma la più recente giurisprudenza ha ritenuto che nell'ambito del concordato fallimentare, cioè con effetti nei confronti dei creditori, non può ammettersi la cessione dei beni al fideiussore perché tale cessione è connaturata con la figura dell'assuntore e contraddice con quella del fideiussore, il quale se cessionario dei beni non sarebbe altro che "un assuntore limitatamente responsabile (non risponderebbe dei crediti non insinuati), il che, a sua volta, andrebbe irrimediabilmente a cozzare contro gli elementi individualizzanti di quest'ultima figura" (Bonsignori).

Completamente diversa è l'ipotesi in cui la cessione delle attività al fideiussore sia contenuta non nei patti concordatari, ma in un patto paraconcordatario concluso tra le parti interessate ed avente effetto al di fuori della procedura. Questi patti, in quanto manifestazione della privata autonomia negoziale, sono validi purché non comportino sottrazione di beni al fallimento, non violino la *par condicio* e non configurino mercato di voto o siano altrimenti vietati o illeciti. L'ultimo comma dell'art. 124 vieta la cessione delle azioni revocatorie al fallito e ai suoi fideiussori; il che, per il fallito, si spiega agevolmente con l'intento di evitare che egli tragga giovamento da un atto pregiudizievole per i creditori da lui compiuto in un periodo di presunta insolvenza che ha contribuito al dissesto. Le stesse ragioni giustificano, in parte, anche il divieto della cessione in favore del fideiussore posto dalla stessa norma. Se si considera, infatti, che la cessione dell'azione revocatoria opera in via liquidatoria, nel senso che implica, subordinatamente all'esito positivo dell'azione medesima, l'alienazione anticipata da parte della massa fallimentare al cessionario dei beni oggetto dell'atto revocando, la cessione medesima comporterebbe l'acquisizione anticipata del bene oggetto dell'azione al patrimonio dei fideiussori, dal che la duplice conseguenza, da una parte, di permettere l'estinzione totale o parziale del debito del fallito verso il fideiussore (di guisa che gli effetti della cessione, vietata al debitore, si verificherebbero egualmente in suo favore), e, dall'altra, di consentire egualmente una cessione di parte dei beni in favore del fideiussore che non è compatibile col sistema normativo o, comunque, di consentire la cessione di revocatorie senza la cessione dei beni, che costituisce il presupposto della prima.

#### *c- lato processuale*

Sotto il profilo processuale, il garante del concordato fallimentare non ha legittimazione ad intervenire nel giudizio di omologazione, né per sostenere l'omologazione né per opporsi ad essa, ciò non tanto perché non sia interessato alle sorti del concordato, ma perché tale giudizio viene considerato un procedimento officioso a contraddittorio eventuale che si instaura, tra gli opposenti e il fallito, soltanto se vengono proposte opposizioni; di modo che di intervento del fideiussore si può parlare solo in presenza di opposizioni, ove sicuramente non è parte necessaria, tant'è che l'atto di opposizione va notificato, a norma del secondo comma dell'art. 129 soltanto al curatore ed al fallito, ma non può escludersi che possa intervenire in via adesiva per sostenere le ragioni di una delle parti, in quanto ha un proprio interesse all'esito del giudizio.

Nel procedimento di risoluzione del concordato è obbligatoria, invece, la convocazione del fallito e del garante posto che l'art. 137 dispone che il tribunale, prima di decidere sulla risoluzione, ordina la comparizione del fallito e dei fideiussori; e tale obbligo è facilmente spiegabile con la posizione di coobbligato all'adempimento del concordato e con la permanenza della garanzia nel fallimento riaperto.

Il terzo comma dell'art. 140 assicura, infatti, in caso di riapertura di fallimento a seguito di revoca o annullamento del concordato, ai vecchi creditori la conservazione delle garanzie su cui essi potevano fare affidamento per l'adempimento delle obbligazioni concordatarie rimaste inadempite; ossia i

creditori conservano le garanzie da cui il loro credito era originariamente assistito e quelle costituite in sede concordataria, per cui il garante fideiussore (come l'assuntore) rimane obbligato all'adempimento delle obbligazioni assunte nei soli confronti dei creditori anteriori al concordato e nei limiti delle somme ancora a costoro dovute in base alla percentuale concordataria stabilita. La norma attinge dunque alla sfera individuale dei singoli creditori, i quali conservano a tale titolo azione diretta nei confronti del garante, fermo restando il diritto di concorrere per la parte residua, compresa quella oggetto del concordato, nel fallimento riaperto, secondo le norme di cui agli artt. 61 e segg. sulla solidarietà. Si tratta di una norma chiaramente in favore dei creditori, che viene interpretata come una forma di sanzione a carico di chi ha agito illecitamente prima o dopo l'omologazione del concordato, o non adempiendo (risoluzione) o cercando di inquinare la volontà dei creditori e del tribunale (annullamento), giacché la risoluzione e l'annullamento del concordato dovrebbero travolgere tutti gli accordi e gli impegni assunti dai terzi.

Il particolare ruolo che assume il garante nel concordato di responsabile dei soli crediti insinuati, comporta che egli, solo ove si sia espressamente obbligato, in deroga alla limitazione di responsabilità prevista in suo favore dall'art. 135, a garantire anche i crediti tardivamente ammessi, è legittimato ad intervenire nel giudizio di accertamento ex art. 101 promosso nelle more del passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato fallimentare (Cass. n. 2880/1987).

La necessaria correlazione tra debito principale e debito di garanzia e la unitarietà del processo fallimentare, determina che la sentenza di accertamento di un credito contestato in sede di ammissione al passivo, resa dopo l'omologazione del concordato in contraddittorio del solo ex fallito, spiega efficacia anche nei confronti del fideiussore concordatario non intervenuto nel giudizio, non essendo applicabile a tale tipo di fideiussione l'art. 1306, primo comma, c.c., che sancisce la (normale) non estensione del giudicato ai coobbligati solidali (Cass. n. 3436/1974). La norma civilistica presuppone, infatti, un giudizio autonomo tra creditore e debitore principale, laddove la procedura fallimentare è unica, pur potendo comprendere giudizi distinti, sicché il fideiussore che si inserisce nel processo fallimentare, garantendo il pagamento dei creditori insinuati anche se non ancora ammessi, non può, qualora non intervenga - come potrebbe - nel giudizio di accertamento, invocare il citato art. 1306 per negare efficacia alla successiva sentenza di accertamento dei crediti di cui per legge (art. 135) è tenuto a rispondere.

Sempre in base alla necessaria correlazione tra debito principale e debito di garanzia, il giudizio di accertamento di un credito concordatario ovvero della sua qualifica di chirografo o di privilegiato, che si sia svolto in primo grado in contraddittorio del debitore ex fallito e del garante dei concordato - evocato nel processo dall'origine o successivamente intervenuto - nelle fasi di gravame deve svolgersi necessariamente nei confronti di entrambi gli obbligati, anche se la sentenza che accerta il debito o l'esistenza della garanzia non sia stata impugnata da uno di essi, versandosi in un'ipotesi di causa inscindibile, agli effetti dell'art. 331 codice di procedura civile (Cass. nn. 5533 e 5539/1984);

#### *2.4 -Garanzie personali atipiche. L'assuntore del concordato*

Da quanto detto in precedenza trattando della garanzia fideiussoria già risulta delineata la figura dell'assuntore, caratterizzata, dal lato passivo, dall'assunzione degli obblighi derivanti dal concordato da parte di un terzo e, dal lato attivo, dal trasferimento allo stesso del patrimonio fallimentare, comprensivo delle azioni revocatorie. Concorrono, quindi, nel concordato con assuntore due elementi costitutivi: uno obbligatorio (l'assunzione dell'obbligo di adempiere il concordato) e l'altro traslativo (cessione all'assuntore delle attività fallimentari).

Questo primo inquadramento richiede ulteriori chiarimenti tesi a ricostruire in termini meno generici la figura dell'assuntore, che è stata oggetto di numerosi interventi della dottrina e della giurisprudenza, che hanno dovuto, nella laconicità del legislatore che ha dedicato a questa figura due accenni normativi, ricostruire l'istituto.

#### *2.4a -Natura dell'assunzione degli obblighi concordatari*

L'assunzione degli obblighi concordatari, dopo diversi inquadramenti dogmatici, è stata dalla giurisprudenza ricondotta alla forma dell'accollo, privativo o cumulativo, a seconda che vi sia o non liberazione del fallito. Le perplessità manifestate dalla dottrina circa la possibilità di una assunzione non liberatoria (che aveva portato alla creazione della figura del garante, quale *tertium genus*, tra quelle del fideiussore e dell'assuntore, caratterizzato da un accollo cumulativo), si fondavano sull'espressione letterale contenuta nell'art. 124, secondo comma, ("il terzo si accolla l'obbligo di adempiere il concordato"), sulla non necessaria adesione di tutti i creditori alla convenzione, sulla l'espressa disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 137 ("gli obblighi derivanti dal concordato sono assunti da un terzo con liberazione immediata del fallito"), e sul fatto che, essendo stato il fallito spogliato di tutti i suoi beni, nessun beneficio può derivare alla massa dei creditori dalla sua coobbligazione, di modo che l'accollo dell'assuntore doveva necessariamente essere privativo. Queste argomentazioni sono state tutte ampiamente e convincentemente



criticate dalla più recente giurisprudenza, la quale è ormai costante nell'affermare che l'accollo delle obbligazioni nascenti dal concordato da parte dell'assuntore può essere sia privativo che cumulativo, perché è la legge fallimentare stessa che, in particolare con l'art. 137, ponendo l'alternativa tra assunzione con liberazione del debitore ed assunzione senza liberazione, fa chiaramente intendere che la natura privativa e cumulativa dell'accollo non è idonea a differenziare l'assuntore da altre figure.

Esclusa la configurabilità della terza ibrida figura del garante, non fideiussore ed assuntore-accollatario cumulativo, è chiaro che la liberazione del fallito deve essere espressamente pattuita nel concordato, altrimenti, in base ai principi civilistici, rimane la responsabilità del fallito per l'adempimento del concordato, considerata in solido con quella dell'assuntore o, secondo parte della dottrina, in via sussidiaria a quella dell'assuntore, che diventerebbe l'obligato principale. Il fatto, tuttavia, che l'accollo si inserisca in un processo, cui sinallagmaticamente si contrappone la cessione dei beni, e non ad un accordo privato, fa sì che l'assuntore risponda dei debiti del fallito così come accertati nella sede concorsuale, con le rispettive cause di prelazione, essendo inconcepibile la possibilità di utilizzare l'astrattezza del negozio di accollo per svincolare dalla situazione sottostante gli obblighi dell'assuntore e ravvisare nell'assunzione in sé un'autonoma *causa obligandi*;

Per la verità questo discorso si ricollega ad altro più generale riguardante la necessità dell'integrale soddisfazione in sede concordataria dei creditori privilegiati, anche di quelli muniti di privilegio speciale, pegno o ipoteca, che, secondo una certa dottrina (Cascioli) e giurisprudenza (Cass. n. 3728/1982; Cass. n. 2560/1987), andrebbero, invece, soddisfatti nei limiti di capienza sui beni gravati dalla garanzia, in analogia a quanto avviene in sede di riparto fallimentare.

Questa tesi non è per nulla convincente perché:

-l'art. 124 fa espresso riferimento ai soli creditori chirografari per quanto riguarda l'offerta di una percentuale, dal che l'ovvia deduzione che per i creditori non qualificabili come chirografari l'effetto estintivo può verificarsi solo con il pagamento integrale del credito;

-l'art. 127 esclude dal voto "i creditori muniti di privilegio, pegno od ipoteca ... se non rinunciano al diritto di prelazione"; ossia la norma esclude espressamente dal voto tutti i creditori privilegiati, senza operare alcuna distinzione tra privilegi generali e speciali, e tutti i creditori ipotecari e pignoratizi; il che si spiega con il fatto che il concordato non interessa i creditori muniti di diritto di prelazione in quanto questi non debbono subire decurtazioni delle rispettive ragioni di credito; -non è ammissibile un concordato dilatorio per i creditori privilegiati, sicché questi vanno pagati immediatamente dopo la sentenza di omologazione, prima dell'eventuale vendita dei beni oggetto delle loro garanzie: è chiaro quindi che, proprio nei casi più comuni in cui non sia iniziata la liquidazione al momento della presentazione della proposta concordataria, questa non può legare la soddisfazione dei privilegiati al ricavo futuro dei beni oggetto della prelazione; -nel concordato fallimentare non esiste una fase liquidatoria dei beni, che rientrano nella piena disponibilità del fallito o vengono trasferiti all'assuntore, di modo che, accogliendo la tesi qui contestata, il soddisfacimento integrale o meno dei privilegiati sarebbe condizionato al fatto meramente occasionale dell'avvenuta liquidazione dei beni al momento della proposta di concordato, il che consentirebbe un risparmio, a volte anche notevole, per il fallito a seconda del momento che sceglie per presentare la domanda concordataria, con conseguenze facilmente immaginabili.

Se, quindi, il debitore concordatario è tenuto all'integrale pagamento dei creditori preferenziali, siano essi generali o speciali, il trasferimento del passivo all'assuntore non determina il mutamento della causa originaria dell'obbligazione e, quindi, i creditori conservano nei confronti dell'assuntore le cause di prelazioni, specifiche e generali, di cui godevano nell'esecuzione fallimentare. Ovviamente le garanzie specifiche potranno essere esercitate, qualora l'assuntore non provveda al pagamento (integrale trattandosi non di chirografari), sui beni oggetto della preferenza a lui trasferiti e per la restante somma, che non abbia trovato capienza sul bene gravato, il creditore potrà agire su tutti gli altri beni dell'assuntore, compresi quelli personali, così come i privilegiati generali, avendo egli assunto una responsabilità illimitata coincidente con quella del fallito.

Il carattere privativo o cumulativo dell'accollo, a parte le ovvie conseguenze sulla responsabilità del fallito, non è privo di importanza nella procedura concordataria perché il citato art. 137, all'ultimo comma, dispone che la risoluzione del concordato non ha luogo quando gli obblighi derivanti dal medesimo siano stati assunti da un terzo con liberazione del fallito; norma che si spiega agevolmente con la considerazione che, in presenza di un accollo privativo, l'assuntore è diventato l'esclusivo obligato all'adempimento del concordato mentre il fallito ha già adempiuto ai suoi obblighi cedendo le sue attività, di modo che l'inadempimento, che determina la risoluzione, è riconducibile al solo assuntore, altrimenti si corre il rischio, se potesse essere riaperto il fallimento, di porre nel nulla la liberazione del fallito. Esclusa espressamente dalla legge la risoluzione del concordato, con conseguente impossibilità di riapertura del fallimento, ed escluso che il tribunale possa procedere, come pure è stato suggerito, alla nomina di liquidatori, in analogia a quanto disposto dall'art. 182 nel concordato preventivo (nomina che avviene al momento dell'omologa del concordato con cessione dei beni, nel mentre, nel

caso, avverrebbe al momento dell'accertamento dell'inadempimento e da parte di organi con soltanto un potere di sorveglianza), si deve ritenere che i creditori potranno tutelarsi agendo contro il terzo singolarmente, piuttosto che collettivamente tramite il curatore, con gli ordinari mezzi di diritto comune, e cioè, con le ordinarie azioni per condanna e risarcimento dei danni.

Nel caso, invece, in cui l'assunzione è cumulativa, nulla osta alla risoluzione e alla riapertura del fallimento, con la conseguenza che tutte le attività cedute all'assuntore rientrano nel fallimento per essere liquidate e la permanenza, ai sensi del terzo comma dell'art. 140 (di cui si è già parlato trattando del fideiussore), delle obbligazioni assunte dall'assuntore. Si è detto che è iniquo che alla restituzione dei beni non segua anche la liberazione dell'assuntore (Bonsignori), ma il rigore cui è improntato l'art. 140 non mi pare che lo permetta, tanto più che nella specie, più di una garanzia (di cui parla la norma citata), vi è stata l'assunzione di un vincolo obbligatorio al quale l'assuntore è venuto meno.

#### 2.4b -Limitazione della responsabilità dell'assuntore ai crediti insinuati fino al momento della presentazione della domanda di concordato

E' orientamento consolidato della giurisprudenza e di gran parte della dottrina (*contra*, Schiavon) che l'assuntore è responsabile nei confronti dei creditori concorsuali (quelli, cioè, anteriori al fallimento) anche se non concorrenti (quelli, cioè, non ancora insinuati al passivo), nei limiti, ovviamente, della percentuale concordataria. Tale orientamento trova fondamento nella deduzione *a contrario* ricavabile dall'ultima parte del primo comma dell'art. 135, lì dove si prevede la non estensione della garanzia fideiussoria ai creditori concorsuali non concorrenti, con la conseguenza (ecco l'argomento *a contrario*) che quelle offerte dall'assuntore- che, a differenza del fideiussore non si limita ad assumere una posizione accessoria rispetto al fallito ma assume, accollandosi, egli stesso gli obblighi concordatari- siano estensibili nei loro confronti.

La stessa giurisprudenza ha però riconosciuto la validità di clausole con cui l'assuntore limiti espressamente i propri obblighi al pagamento dei creditori ammessi al passivo con esclusione di quelli non insinuati (Cass. n. 2850/1983; Cass. n. 2576/1971; Cass. n. 1491/1965, Trib. Roma, 30.9.1993 in Fallimento 1994, 414; ecc.), con la conseguenza che, in caso di omologa di un concordato con tali previsioni, l'assuntore non risponde delle pretese dei creditori non insinuati, neanche nel limite della quota concordataria.

E' bene precisare che a queste conclusioni la Corte è pervenuta giudicando non dell'omologa del concordato, bensì della responsabilità dell'assuntore di un concordato omologato, affermando che l'assuntore è tenuto, nella misura concordataria, al pagamento pure dei crediti che non abbiano partecipato al concorso fallimentare, perché non insinuati, ma che questo obbligo viene meno quando la sentenza di omologazione del concordato- cui nel sistema della vigente legge fallimentare è assegnata la funzione di determinare in concreto le condizioni secondo le quali la procedura concorsuale debba concludersi- recepisca una proposta di concordato che contenga, in deroga al principio della *par condicio*, una clausola limitativa della responsabilità dell'assuntore, giacché detta sentenza, una volta passata in giudicato, fa stato anche nei confronti dei creditori anteriori all'apertura del fallimento che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo.

Questa giurisprudenza legittima, in un certo senso, la validità della clausola di limitazione della responsabilità, ma, proprio per le conseguenze che questa comporta, impone di accertare in quali limiti la tutela dei creditori non insinuati possa trovare spazio nel concordato, perché se si ammette che il legislatore ha accolto l'esigenza di tutela dei creditori non insinuati, il tribunale deve farsi carico di valutare se le clausole limitative di cui si discute siano in concreto di pregiudizio per detti creditori, E' chiaro che la clausola limitativa della responsabilità dell'assuntore ai crediti insinuati fino alla domanda di concordato è sempre astrattamente lesiva della *par condicio*, ma ciò nonostante le fattispecie concrete possono essere le più variegate essendo indubbiamente diverse le situazioni in cui vi sia o non liberazione del debitore, in cui vi siano o non accordi secondo i quali parte dei beni rimangano o vengano ritrasferiti al fallito tornato *in bonis*, in cui siano o non state già presentate o preannunciate domande di insinuazione tardive nel corso della procedura concordataria, ecc. Si dice che nel concordato i creditori non insinuati non possano trovare una tutela maggiore di quella che essi hanno nel fallimento, ove la mancata partecipazione al concorso formale ricade su chi rimane inerte; ma questo non è del tutto vero, in primo luogo, perché nel fallimento la domanda tardiva può essere presentata fino al completamento della ripartizione dell'attivo, con le conseguenze di cui all'art. 112, ed, in secondo luogo, perché la chiusura del fallimento per una delle cause di cui all'art. 118 non comporta l'esdebitazione del fallito, sicché rimane la possibilità per il creditore rimasto inerte in corso di procedura di azionare l'intero credito nei confronti del fallito tornato *in bonis* (e la chiusura del fallimento non sempre comporta l'esaurimento delle attività del debitore).

Nel concordato, invece, in presenza di una clausola limitativa della responsabilità dell'assuntore, l'inattività del creditore concorsuale si trasforma nella perdita del credito perché i creditori non concorrenti non possono far valere le loro ragioni nei confronti dell'assuntore per effetto della clausola, né sui beni del

debitore che, sia l'accollo privativo o cumulativo, si è privato dei suoi beni, trasferiti all'assuntore; rimane solo la ipotetica (perché il debitore ha ceduto tutti i suoi beni) possibilità di far valere la percentuale concordataria nei confronti del fallito in futuro, ove l'accollo non sia stato liberatorio, posto che il concordato omologato è, a norma dell'art. 135, "obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento, compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo", per cui i creditori concorsuali, pur essendo soggetti alla falcidia concordataria, non perdono i loro diritti di credito per il fatto di non essere concorrenti al momento della presentazione della domanda di concordato.

Questa diversa posizione dei creditori inerti merita di essere tutelata per la natura pubblicistica del concordato fallimentare: se, invero, gli effetti del concordato, con la conseguente riduzione dei crediti chirografari nella misura stabilita e la limitazione della responsabilità dell'assuntore non derivano dalla convenzione delle parti, ma direttamente dalla legge, in quanto, come già detto, il rapporto diretto tra assuntore e debitore, cui si aggiunge la maggioranza dei creditori ammessi, sono soltanto un presupposto della complessa vicenda concordataria, al quale si sovrappone l'intervento del Tribunale con la sentenza di omologazione, in cui ogni accordo risulta assorbito e trasfuso, è proprio in sede di omologazione che va valutato se gli accordi delle parti siano, tra l'altro, conformi al principio della *par condicio* in relazione alla situazione contingente cui l'esame si riferisce.

Di conseguenza, quando, all'atto dell'omologa, già si sa che vi sono dei creditori divenuti concorrenti dopo il momento fissato come limite della responsabilità dell'assuntore, ed altri possono diventarlo per aver già manifestato tale intenzione con la domanda tardiva, in fase di accertamento, il concordato non può essere omologato, a meno che la situazione contingente della procedura non permetta di affermare che questi creditori potranno ugualmente essere soddisfatti, in parità con gli altri, nella misura concordataria.

Proprio il parallelismo col fallimento, ove la domanda tardiva può essere presentata fino al completamento della ripartizione dell'attivo, consiglia di fissare lo sbarramento limitativo della responsabilità dell'assuntore al passaggio in giudicato della sentenza di omologa, che determina la chiusura del fallimento ai sensi dell'art. 131 comma 4, o, quanto meno, all'omologa del concordato, la cui sentenza è provvisoriamente esecutiva, ai sensi dell'art. 130 comma 5. Né lo spostamento a tale momento della responsabilità dell'assuntore confligge con l'esigenza di conoscere esattamente l'onere cui l'assuntore va incontro assumendo su di sé gli obblighi nascenti dal concordato perché tale argomento è fondato su una concezione contrattualistica del concordato fallimentare, da tempo, come detto, ripudiata dalla giurisprudenza, e, comunque, anche nell'ambito delle tesi contrattualistiche si parla di contratto aleatorio; ed infatti, lo stesso argomento è stato già esaminato e respinto dalla giurisprudenza che ha affermato, in mancanza di clausole limitative contenute nella sentenza di omologa, la responsabilità dell'assuntore per tutti i crediti concorsuali, anche se non insinuati (Cass. 26 agosto 1971 n. 2576).

#### 2.4c -Limitazione della responsabilità dell'assuntore ai crediti ammessi con riserva e a quelli esclusi e opposti

E' pacifico che l'assunzione, pur se limitata a tutti i creditori già insinuati al momento della proposta di concordato, si estende a tutti i creditori ammessi, anche se con riserva o contestati, come è agevole ricavare dal secondo comma dell'art. 136, per il quale le somme spettanti ai creditori contestati (tra i quali vanno compresi anche gli oppositori) vanno pagate già dopo la sentenza di omologa, solo che non vanno corrisposte ai creditori ma depositate nei modi stabiliti dal giudice delegato.

Altrettanto pacifico è che l'assunzione non si estende, invece, ai crediti esclusi e non opposti ed a quelli opposti e non ammessi con sentenza passata in giudicato. Si accenna a questa ipotesi perché in passato la S.C. era stata di contrario avviso (Cass. n. 2524/1970), ma tale tesi non è sostenibile perché l'assuntore trae i propri obblighi dalla massa e non dal fallito, sicché egli non può essere tenuto a pagare creditori che nulla avrebbero potuto pretendere in caso di prosecuzione della procedura fallimentare.

#### 2.4d -Natura della cessione dei beni e cessione a terzi

Il modello legale di concordato con assunzione è caratterizzato, come già detto, dal lato passivo, dall'accollo, con o senza liberazione immediata del debitore, delle obbligazioni nascenti dal concordato da parte dell'assuntore e, dal lato attivo, reciprocamente interdependente ed indissociabile dal primo, dall'acquisizione immediata, in virtù della sentenza di omologazione, delle attività fallimentari da parte dello stesso assuntore, il quale diviene correlativamente proprietario esclusivo dei beni già compresi nell'attivo fallimentare, cedutigli in corrispettivo dell'assunzione, e può dare ad essi la destinazione che ritiene opportuna.

Pur parlando di corrispettivo, il trasferimento all'assuntore dei beni acquisiti al fallimento rientra tra gli effetti coordinati che derivano dalla sentenza di omologazione e trovano in essa il loro titolo; esso, quindi, non può essere isolato rispetto alla complessa vicenda in cui si inserisce, per ricavarne un'autonoma

fattispecie di contratto bilaterale di vendita il cui corrispettivo sarebbe costituito dal monte delle obbligazioni assunte, ma è un elemento connaturato e caratterizzante questo tipo di concordato (una forma di assegnazione dei beni eseguiti) ed ha un prevalente fine strumentale rispetto al pagamento dei debiti, anche se l'assuntore può provvedere al soddisfacimento dei creditori con mezzi propri senza liquidare i beni ricevuti.

Sulla imprescindibilità del trasferimento dell'attivo all'assuntore conviene l'intera dottrina e giurisprudenza, tranne voci isolate (Di Sabato, Trib. Napoli 13.12.1993 in Fallimento 1994, 1169 per il quale la cessione non costituisce elemento necessario nel caso che il fallito non venga liberato), che però, sono costrette a far ricorso a ingiustificabili figure di assuntore atipico che non trova spazio tra quelle legali tipiche previste dalla legge.

Controversa è l'ammissibilità di un concordato che preveda il trasferimento dei beni a terzi indicati dall'assuntore. Sul punto si è pronunciato diffusamente il Tribunale di Vicenza con la sentenza 22.6.1993 (in Fallimento 1994, 85) ove si afferma che "la necessità del sinallagma tra trasferimento dei beni e assunzione delle passività comporta l'impossibilità di dissociare il soggetto assuntore da quello o quelli destinatari dell'attivo fallimentare" e si motiva la difficoltà di inquadrare giuridicamente la fattispecie (contratto con persona da nominare, cessione di contratto, ecc.). Per la verità in quel caso il concordato assunto da una società sottocapitalizzata prevedeva il trasferimento diretto dei beni a terzi i quali avrebbero corrisposto il prezzo alla massa; in questo meccanismo è l'anomalia perché in tal modo si viene ad instaurare un rapporto diretto tra la procedura e detti terzi designati all'acquisto, i quali, non essendo fidejussori né assuntori del concordato, assumerebbero la posizione contrattuale attiva dell'assuntore e non quella passiva. Il che non è del tutto irrilevante nell'economia del concordato in primo luogo perché, eliminando il sinallagma tra rilievo delle attività fallimentari e accollo del passivo e attuando delle vendite dirette di singoli beni o complessi industriali, ciascuno degli acquirenti potrebbe vantare le garanzie tipiche della vendita- che l'assuntore, invece, non può eccipire- con pregiudizio della sicurezza del realizzo; inoltre essi rimarrebbero estranei ad una eventuale risoluzione del concordato con conseguente difficoltà al recupero dell'attivo ceduto.

Si ammette, invece, l'ipotesi in cui l'assuntore, fornendo le dovute garanzie per l'integrale adempimento concordatario, indichi, già nella proposta di concordato, dei terzi quali futuri intestatari dei beni attuando una forma di contratto a favore di terzi. Per lo stesso motivo si ammette la cessione solo parziale dei beni, nel senso che i restanti rimangono nel patrimonio del fallito, destinato a recuperare la disponibilità con il ritorno *in bonis*.

#### 2.4e -Momento e fonte del trasferimento

Il trasferimento, superate le teorie contrattualistiche, avviene in forza della sentenza di omologazione passata in giudicato perché in quel momento l'apprensione fallimentare dei beni del fallito viene meno, sostituendosi alla garanzia da questi costituita, la garanzia personale o reale prestata dall'assuntore, che diviene correlativamente proprietario esclusivo dei beni.

Tesi che fanno ricorso a momenti diversi o distinguono tra concordato con e senza liberazione del fallito non sono condivisibili se si considera che col passaggio in giudicato della sentenza di omologa si trasferiscono all'assuntore le azioni revocatorie e gli si attribuisce il diritto di gestirle personalmente, per cui non si vede il motivo per cui si debba proporre un diverso momento traslativo per i beni caduti nell'attivo fallimentare (Schiavon). Né questo comporta un rischio per i creditori perché il giudizio di omologa ha svolto un controllo anche sulla serietà e sicurezza delle garanzie offerte dall'assuntore.

Comunque, proprio ad ulteriore garanzia dei creditori, è espressamente e unanimente ammessa la clausola che differisce l'effetto traslativo dei beni all'avvenuto adempimento del concordato da parte dell'assuntore.

In questi casi viene rimesso al giudice delegato di adottare eventuali provvedimenti di esecuzione, ma il trasferimento dei beni del fallimento nel patrimonio dell'assuntore trova sempre il suo titolo, diretto ed immediato, esclusivamente nella sentenza di omologazione, rispetto alla quale eventuali successivi provvedimenti integrativi o attuativi del giudice delegato- ivi compresa la specifica descrizione dei beni trasferiti necessaria per la trascrizione- si pongono come atti meramente esecutivi, pienamente consentiti ed anzi dovuti dal giudice delegato medesimo nell'esercizio del potere-dovere di sorvegliare sull'esecuzione del concordato, che permane finché questo non abbia avuto integrale attuazione, anche dopo l'adozione del decreto di cui all'art. 136 comma 2 (Cass. n. 13626/1992).

*Medio tempore* deve escludersi il subentro del fallito nella titolarità e disponibilità dei beni caduti, con la conseguenza della persistenza del detto vincolo di indisponibilità di essi e del correlativo divieto di azioni esecutive individuali sugli stessi (Cass. n. 4715/1987); di contro, eventuali atti di disposizione su di essi compiuti da parte dell'assuntore sono sospensivamente condizionati nell'efficacia al verificarsi del detto evento, che costituisce oggetto della clausola di differimento. Pertanto, ove divenga impossibile l'avveramento di tale condizione- come nel caso di annullamento del concordato- l'atto dispositivo non acquista efficacia ed il bene rimane nella disponibilità del curatore del fallimento riaperto (Cass. n. 5147/1992).

E' discusso se sia ammissibile un patto avente ad oggetto il ritrasferimento al fallito da parte dell'assuntore dei beni fallimentari. La risposta è sicuramente negativa se si fa riferimento ad una clausola concordataria giacché nel modello legale di concordato il trasferimento delle attività all'assuntore trova la sua causa giuridica nella sentenza di omologa quale effetto intimamente collegato all'assunzione dei debiti, per cui con la stessa sentenza i beni non possono che essere trasferiti all'assuntore o ad un terzo, in favore del quale questi contratta, ma non al fallito, che riacquista la disponibilità dei beni al passaggio in giudicato della sentenza di omologa solo nel caso che il concordato non sia con assunzione. Diverso, invece, è il discorso ove una pattuizione del genere sia contenuta nei patti paraconcordatari, aventi valore puramente interno tra le parti.

La giurisprudenza e la quasi totalità della dottrina sono costanti nell'affermare, pur optando per una visione processualistica e pubblicistica del concordato fallimentare, la validità e la liceità dei patti paraconcordatari tra fallito e assuntore - di quegli accordi collaterali, cioè, che, pur restando estranei alla disciplina dettata dalla legge fallimentare circa gli effetti del concordato, appianano il procedimento e sono destinati ad operare nell'ambito dei rapporti interni tra i soggetti che li hanno conclusi - a meno che non contrastino con una norma imperativa o costituiscano negozi in frode alla legge, come nel caso in cui comportino una alterazione della *par condicio* o siano preordinati a sottrarre od occultare beni acquisibili al fallimento o recuperabili mediante l'esercizio di azioni revocatorie ovvero si incorra nel reato di mercato di voto.

Alla luce di tanto, un patto paraconcordatario che abbia per oggetto il ritrasferimento al fallito da parte dell'assuntore dei beni fallimentari deve ritenersi lecito, ove si consideri che esso non riguarda in modo diretto o immediato l'oggetto del concordato, ma riveste natura e funzione strumentale rispetto alla procedura concorsuale, destinato ad operare soltanto nell'ambito dei rapporti interni tra i soggetti che li hanno conclusi, senza alcun danno per i creditori. Si tratta di un contratto-mezzo rispetto al procedimento giurisdizionale, e perciò meritevole di tutela a norma dell'art. 1322 c.c., che si pone a fianco del procedimento ufficiale favorendone la realizzazione, senza sottrarre mezzi all'esecuzione dello stesso. E la S.C. ha ritenuto che, trovando il trasferimento dell'attivo titolo nella sentenza e non in un accordo col fallito, il patto collaterale col quale l'assuntore si impegna a ritrasferire i beni al fallito non possa concretare un accordo simulatorio circa l'effettivo trasferimento dei beni all'assuntore, risolvendosi tale patto in un negozio fiduciario non suscettibile di dar luogo ad esecuzione specifica ma solo al risarcimento del danno (Cass. n. 4239/1982).

E' vietato, invece, il patto tra debitore ed assuntore teso ad assicurare al fallito il risultato utile dell'esperimento delle revocatorie cedute all'assuntore in favore dell'assuntore essendo espressamente vietato dall'art. 124 la cessione delle revocatorie al fallito (Cass. n. 3231/1972).

#### 2.4f -Rapporti tra l'assuntore, il fallito e la massa fallimentare

Coerentemente con la concezione pubblicistica (ed anche con quella processualistica), secondo le quali i diritti patrimoniali dell'assuntore traggono titolo non già dall'accordo raggiunto con il fallito ed approvato dai creditori, ma solo dalla sentenza di omologazione che quegli accordi abbia recepito, la S. C. è costante nell'affermare che l'assuntore del concordato, nell'acquisire i beni, i diritti e le azioni compresi nell'attivo fallimentare, succede non al fallito, ma alla massa dei creditori, unitariamente rappresentati dal curatore del quale l'assuntore è un avente causa (unica voce contraria Provinciali, per il quale l'assuntore è un successore a titolo universale del fallito per il fatto che egli risponde anche dei debiti del fallito ancorché non insinuati). Una conferma di questa impostazione si ricava dalla possibilità della cessione all'assuntore delle revocatorie, che esulano dalla disponibilità del debitore e sono esclusivamente riservate all'ufficio fallimentare, per cui vengono a perpetuarsi in capo all'assuntore attribuzioni e titolarità che non sono proprie né del debitore né dei singoli creditori, ma del curatore quale organo investito anche del compito della ricostruzione del patrimonio fallimentare.

Questa impostazione comporta una serie di conseguenze di carattere sostanziale e processuale.

Sotto il primo profilo, ne deriva che tutto quanto non era opponibile alla massa e al curatore, con riferimento al momento della dichiarazione di fallimento, non lo è neppure all'assuntore, il quale assume, come il curatore, una posizione di terzietà rispetto agli atti compiuti dal fallito, sicché a lui non possono opporsi gli atti e le eccezioni che non siano opponibili anche al curatore (Cass. n. 6231/1998; Cass. n. 4535/1984; ecc.). Principio non di poco conto perché, ad esempio, se tra i beni ceduti all'assuntore è compreso un bene immobile che il fallito ha venduto ad un terzo con atto inopponibile alla massa perché non trascritto prima della dichiarazione di fallimento, all'assuntore va riconosciuta la possibilità di far valere contro il terzo la situazione di inopponibilità (Cass. n. 2160/1980); così come può farla valere nei confronti del creditore ipotecario che abbia iscritto ipoteca dopo l'apertura del concorso (Trib. Catania 14.4.1983 in Dir. Fall. 1984, II, 361); né a lui può essere opposto, in quanto terzo, un atto compiuto dal fallito e privo di data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. (Cass. n. 5728/1979 e solo apparentemente contraria Cass. n. 5629/1982); egualmente l'inefficacia *ex lege* prevista dagli artt. 64 e 65, può essere fatta valere dall'assuntore,

indipendentemente dalla cessione delle revocatorie (Cass. n. 4535/1984).

Sotto il profilo processuale, poiché l'assuntore del concordato non succede al fallito bensì alla massa, non torna applicabile l'art. 111 c.p.c. in quelle controversie promosse dal curatore nell'esercizio dei poteri sostitutivi del fallito e riguardanti l'attivo trasferito, in quanto, in tal caso, l'assuntore non è un successore a titolo particolare nel diritto controverso. Il che comporta la necessaria interruzione del processo per la perdita della capacità processuale sostitutiva del curatore e la possibilità della riassunzione da parte dell'assuntore, che, quale soggetto legittimato a liquidare per proprio conto le attività fallimentari (e, quindi, a perseguire ad es. i debitori del fallimento), agisce nei confronti di costoro per la tutela del proprio diritto (Cass. n. 6097/1986); altre conseguenze si verificano in ordine ai ricorsi in cassazione (Cass. nn. 835 e 7627/1997); in ordine alle impugnazioni della sentenza di omologa (Cass. n. 10349/1998), e così via. Diverso è, invece, come si dirà, per le revocatorie, che sono azioni di massa.

#### 2.4g -Cessione delle revocatorie

La cessione delle azioni revocatorie a favore dell'assuntore è espressamente ammessa dall'art. 124, eliminando i dubbi in precedenza dovuti al silenzio della legge sul punto, ma nonostante tale disposizione permangono numerose perplessità interpretative a fronte di poche certezze.

Tra queste ultime vi è la pacifica affermazione che la cessione può avvenire in favore "del terzo che si accolla l'obbligo di adempiere il concordato" e, quindi, dell'assuntore, che vi sia stata o non la liberazione del fallito, ed è operante soltanto in quanto costituisca patto espresso della proposta concordataria, recepito nella sentenza di omologazione. La ragione della cessione è individuata nel fatto che, ammessa la soluzione concordataria, la *par condicio* verrebbe lesa se non vi fosse la possibilità dell'esperimento delle azioni revocatorie. Altrettanto pacifica è la limitazione soggettiva della cessione solo in favore dell'assuntore e non anche del fallito e del fideiussore, stante l'espressa disposizione dell'art. 124, della cui *ratio* si è già accennato. Pacifica è anche la limitazione oggettiva della cessione delle sole azioni già proposte dal curatore e, cioè, quelle già fatte valere in via di azione (con notifica della citazione) o in via di eccezione in sede di verifica del passivo, dato che in tal senso si esprime l'art. 124, con esclusione, quindi, delle azioni soltanto prospettate anche se è stata fatta espressa riserva di azione, o soltanto autorizzate dal giudice delegato. E' chiaro l'intento del legislatore di impedire che possano essere esercitate revocatorie indiscriminatamente da parte dell'assuntore senza un preventivo controllo del giudice delegato.

A questo punto finiscono le certezze: controversa, in primo luogo, è l'individuazione del termine di riferimento entro cui le azioni revocatorie cedibili siano state proposte, ritenendosi, secondo una tesi più restrittiva (Di Sabato, Pajardi, Schiavon), che possano essere cedute le sole azioni già proposte al momento della presentazione della domanda di concordato, sia perché la cessione è prevista dall'art. 124 che disciplina i contenuti della proposta concordataria sia perché, in tal modo, viene consentito ai creditori di esprimere un giudizio di convenienza con riferimento a tutti i cespiti dell'attivo trasferibili all'assuntore; nel mentre, secondo una tesi più liberale (Devoto), seguita anche dalla Cassazione in una risalente decisione (Cass. n. 2097/1969), il limite temporale è dato dal deposito della sentenza di omologazione, per cui sarebbero cedibili anche le azioni iniziate dopo la proposta di concordato ma prima di tale sentenza, sia perché la *ratio* della cessione è quella di rendere più appetibile il concordato mediante assunzione, sia perché i creditori non avrebbero interesse ad esprimersi sul punto dato che il trasferimento delle azioni proposte dopo la domanda non farebbero altro che rafforzare la possibilità dell'adempimento del concordato.

Pur essendo quest'ultima tesi improntata ad evidenti ragioni di equità, a mio parere è preferibile il primo orientamento perché, da un lato, essendo richiesto un patto espresso per la cessione, questo patto deve essere inserito nella domanda di concordato, che non può che prendere in considerazione la situazione allo stato esistente; dall'altro non è del tutto indifferente per i creditori individuare prima del voto le revocatorie oggetto della cessione perché l'entità delle revocatorie cedute si riflette sul giudizio di convenienza della proposta concordataria rispetto alla prosecuzione della procedura fallimentare. E' chiaro, infatti, che la percentuale offerta dal debitore e dall'assuntore è dipendente dall'entità dell'attivo, di cui fanno parte le revocatorie, trasferibile all'assuntore stesso per cui i creditori, al momento del voto, devono avere una precisa cognizione delle azioni che vengono trasferite all'assuntore in modo da poter esprimere un giudizio di convenienza fondato su dati certi.

Qualunque tesi si segua, l'assuntore cessionario delle revocatorie agisce per un diritto proprio ed in nome proprio; essendo, però, egli un successore a titolo particolare della massa e per essa del curatore, il processo per revocatoria da questi iniziato non va dichiarato improcedibile ma prosegue tra le parti originarie secondo la disciplina dell'art. 111 c.p.c., salva la facoltà dell'assuntore di intervenire e delle altre parti di chiamarlo in causa e la possibilità di estromissione del curatore dante causa (Cass. n. 3186/1983; in questi giudizi il fallito può spiegare intervento adesivo ove vi sia concordato non liberatorio). Naturalmente



se il processo è interrotto, sospeso o la causa è stata cancellata dal ruolo, l'assuntore può riassumere il processo stesso e la competenza funzionale del tribunale adito resta ferma, in forza del principio della *perpetuatio iurisdictionis*; quando invece l'assuntore lo lascia estinguere e propone *ex novo* domanda di revocatoria, a tutela dei diritti a lui derivanti dal concordato, vigono le comuni regole di competenza atteso che, in tale ipotesi, la controversia è autonoma e non più connessa al fallimento (Cass. n. 2963/1988), ma avrei molti dubbi su questa soluzione.

Molto controversa è la stessa costruzione giuridica della cessione delle revocatorie. Per la dottrina prevalente (Pajardi, Satta, Devoto, De Martini, Di Sabato) si tratta di una alienazione anticipata (rispetto al normale processo di liquidazione fallimentare) dell'attivo fallimentare e la S.C., in adesione a tale orientamento ha affermato che la cessione delle revocatorie all'assuntore non ha funzione strumentale, ma liquidatoria in quanto comporta, insieme al trasferimento dell'azione, l'alienazione anticipata, da parte della massa fallimentare, del bene oggetto dell'atto sottoposto a revocatoria, subordinatamente all'esito positivo dell'azione; di conseguenza, ottenuta la sentenza di revoca dell'atto impugnato, l'assuntore acquista definitivamente, con effetto dalla sentenza di omologazione, la titolarità del bene ed è legittimato ad agire, quindi, nei confronti del terzo per la consegna o il rilascio del medesimo. (Cass. n. 6230/1981; Cass. 6229/1981; Cass. n. 6073/1979).

Questa prospettazione ha rilevanti risvolti pratici e si riflette, ad esempio, sui poteri del convenuto in revocatoria, in particolare se questi possa eccepire che l'atto revocando non è suscettibile di pregiudicare gli altri creditori sul rilievo che i beni ceduti all'assuntore sono di per sé sufficienti a pagare la percentuale concordataria. E' chiaro, che la Cassazione, muovendo dalla posizione sopra richiamata, l'esclude sostenendo che il terzo può solo proporre opposizione alla omologazione del concordato per far valere la sufficienza dei beni ceduti a pagare la percentuale e l'eventuale errore di valutazione in proposito compiuto.

A questa conclusione della S.C., il Bonsignori (che configura la fattispecie come trasferimento dell'azione intesa in senso sostanziale, di guisa che ad essa è connessa la traslazione dell'intera situazione sottostante alla violazione del credito) obietta che l'assuntore, poiché ha una posizione giuridica di carattere derivativo, si viene a trovare nella medesima situazione del curatore, di modo che il convenuto in revocatoria, come può far valere nel fallimento l'improcedibilità dell'azione ove l'attivo liquidato sia sufficiente a pagare tutti i creditori (tanto che in questi casi si figura l'ipotesi della chiusura del fallimento ai sensi dell'art. 118 n. 2), così può farla valere nei confronti dell'assuntore ove i beni a lui ceduti siano sufficienti a pagare la percentuale concordataria. Tesi quest'ultima poco convincente (a meno che non si dimostri che l'attivo è sufficiente al pagamento totale dei creditori) per la difficoltà ad equiparare le due situazioni, quella fallimentare e quella concordataria, in quanto il concordato produce l'esdebitazione del debitore; se quindi nel fallimento, preordinato alla soddisfazione dei creditori concorsuali che partecipino al concorso formale, è naturale che la sufficienza dell'attivo realizzato rispetto ai crediti ammessi renda inutile la prosecuzione della procedura, essendo i creditori concorrenti interamente soddisfatti e potendo gli altri rivalersi comunque nei confronti del fallito, nel concordato vi è il sacrificio dei chirografari, ammessi o non al passivo, i quali non potrebbero, per effetto dell'esdebitazione, richiedere la differenza

al debitore fallito, benché altri creditori abbiano ottenuto l'integrale pagamento prima dell'apertura del concorso. Peraltro, nel concordato, in presenza di una regolamentazione appunto concordata del passivo e dell'attivo senza una funzione di stretto corrispettivo tra l'uno e l'altro, diventa irrilevante per il terzo il risultato economico dell'operazione compiuta dall'assuntore, che ha natura aleatoria.

Controversa è anche l'individuazione delle azioni cedibili e, nell'ambito di queste per quali valga il limite temporale secondo cui la cessione attiene alle sole azioni già proposte dal curatore.

Questo mi sembra un falso problema perché il trasferimento all'assuntore del patrimonio del fallito porta con sé anche il trasferimento delle relative azioni (ad es. quelle di simulazione) per le quali non può valere il limite temporale di cui al secondo comma dell'art. 124, dettato per le sole azioni revocatorie. Si può, al più, discutere se esso sia operante anche per le revocatorie ordinarie, ma anche per esse è preferibile la risposta negativa non presupponendo esse la declaratoria di fallimento ed esistendo già prima dell'apertura del concorso (delle azioni ex art. 70 è superfluo parlare vista la ormai affermata inoperatività dello stesso). Degli altri rimedi contro atti pregiudizievoli, quali quelli di cui agli artt. 64 e 65, si è già detto che sono operanti, indipendentemente dalla cessione delle revocatorie, per il fatto che l'assuntore succede nella posizione di terzietà del curatore, con la conseguenza che a lui non possono opporsi gli atti che non sono opponibili al curatore (e, quindi, è operante anche l'art. 44). Infine mi pare molto forzata tesi che tende a far rientrare tra le azioni revocatorie cedibili anche quella di revocazione ex art. 102 (Provinciali, Mazzocca), che è un mezzo di impugnazione straordinario dell'ammissione al passivo, diversa per presupposti, finalità ed effetti dalla revocatoria ex art. 67, che tende alla ricostruzione del patrimonio fallimentare in ossequio al principio della parità di trattamento tra creditori.

### 3-Conclusioni

Da quanto esposto si può tracciare conclusivamente la differenza tra la figura dell'assuntore e del garante. Il primo, dal lato passivo, si accolla tutti i debiti del fallito, eventualmente con la contestuale liberazione di questi, nei confronti di tutti i creditori concorsuali, ivi compresi coloro che non hanno fatto domanda di insinuazione al passivo e risponde, perciò, egli si impegna al pagamento di un debito proprio (e non di un debito altrui, alla stregua di un mero garante); dal lato attivo, ottiene la cessione di tutto il patrimonio del fallito insieme alle azioni revocatorie proposte, per effetto dell'omologazione del concordato, subentrando, quindi, sia dal lato passivo che attivo, alla massa. I creditori, a loro volta, da un lato subiscono la falcidia concordataria e perdono la garanzia patrimoniale costituita dai beni del debitore, e dall'altro, vengono compensati dall'accollo da parte di un nuovo soggetto.

Il garante, invece, garantisce, come il comune fideiussore, il pagamento del debito (altrui) del fallito nei confronti dei soli creditori insinuati, e non diviene cessionario dei beni e delle azioni revocatorie. I creditori a loro volta, alla perdita della garanzia patrimoniale costituita dai beni del debitore aggiungono la garanzia personale di un terzo.

**Giuseppe Bozza**