

NOTE IN TEMA DI CONCORDATO FALLIMENTARE DI SOCIETÀ CON SOCI ILLIMITAMENTE RESPONSABILI⁽¹⁾

di

Renato Pastorelli

(Studio Legale Pastorelli – Treviso)

Secondo l'art.152 L.F. la proposta e le condizioni del concordato fallimentare, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto, nelle società di persone, sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale.

Non solo la proposta, dunque, ma anche le condizioni del concordato devono essere oggetto di determinazione assunta dai soci.

Va tenuto presente che la norma in questione è richiamata dall'articolo 161 quarto comma L.F. a mente del quale, appunto, per la società, la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'articolo 152.

Ma va altresì tenuto presente che secondo l'articolo 182bis l'imprenditore in stato di crisi può domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori depositandola documentazione di cui all'articolo 161.

Con il che, attraverso questa serie di rimandi può ritenersi che le regole dettate per la sottoscrizione, ma, soprattutto, per la deliberazione della presentazione della proposta di concordato fallimentare vadano a disciplinare sia la presentazione della domanda di concordato preventivo sia la presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

¹ Traccia elaborato per l'intervento alla Tavola Rotonda in materia di "**SOCIETÀ DI PERSONE E SOLUZIONI NEGOZIALI DELLA CRISI D'IMPRESA**" (Venezia, 14 ottobre 2016).

In altri termini mi pare plausibile ritenere che anche la determinazione di procedere alla stipulazione dell'accordo con i creditori di cui all'articolo 182 bis necessita della approvazione dei soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale.

Non solo, ma l'articolo 152, come abbiamo ora visto, non si limita a prescrivere che siano tanti soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale a decidere se presentare la proposta di concordato fallimentare (ovvero decidere se presentare domanda di concordato preventivo o di stipulare l'accordo di ristrutturazione dei debiti), ma che **la medesima maggioranza deve altresì stabilire a che condizioni** presentare la domanda di concordato.

Il che significa, ancora, che nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti la medesima maggioranza deve anche stabilire quali sono le condizioni dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Ritengo debba essere prestata attenzione ai riflessi che potrebbero derivarne in ordine alla concreta applicazione dell'art. 182bis, sesto comma.

La norma è stata introdotta al fine di anticipare la tutela dalle azioni cautelari o esecutive prevista dal comma terzo (che inibisce ai creditori per titolo e causa anteriore alla data della pubblicazione dell'accordo [accordo già raggiunto, dunque], di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore e di acquisire titoli di prelazione se non concordati).

Così, il divieto di iniziare a proseguire le azioni cautelari o esecutive può essere oggetto di specifica domanda da parte dell'imprenditore *che intenda* chiedere l'omologazione di un accordo non ancora raggiunto, ma per il perfezionamento del quale siano in corso trattative.

In tal caso il comma in questione stabilisce che la richiesta possa essere formalizzata al tribunale depositando con le relazioni previste dall'articolo 161 anche la proposta di

accordo con l'autocertificazione che sulla stessa sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti oltre alla attestazione del professionista ivi indicata.

Il punto che mi pare meritevole di attenzione è appunto quello del coordinamento tra queste previsioni e il contenuto dell'articolo 152 L.F. che impone che i soci che rappresentino la maggioranza assoluta del capitale non solo assumano la determinazione di procedere all'accordo, ma stabiliscano anche in via preventiva il suo contenuto.

Mi pare possa cogliersi facilmente come in questa prospettiva si renda necessario o possa rendersi necessario che i soci assumano una pluralità di determinazioni, dal momento che è connaturato alla natura stessa delle trattative che esse si sviluppino per progressive modificazioni delle posizioni del proponente in ragione dell'andamento delle interlocuzioni con i creditori.

Queste potrebbero, com'è facile comprendere, richiedere anche radicali modificazioni delle ipotesi iniziali. È sufficiente che si ponga mente alla circostanza che queste trattative potrebbero vedere progressivamente aggiungersi creditori alla iniziale base includente la percentuale minima di crediti previsti dalla norma per comprendere come sia possibile che ciò concretamente si verifichi.

Va sottolineato che secondo la giurisprudenza è sì ammissibile la domanda di concordato (preventivo, ma come abbiamo visto le regole trovano la stessa fonte) proposta da una società in assenza di delibera del corpo sociale, ma è pur sempre necessario che essa intervenga prima del provvedimento di ammissione da parte del Tribunale .

Non solo, ma si sostiene (Tribunale Roma, 29/07/2010) che a norma dell'art. 152, secondo comma, l.f. (richiamato dall'art. 161 quarto comma l.f.: "Per le società la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'articolo 152") "la proposta e le condizioni del concordato" debbono essere deliberati dagli amministratori: ciò vuol dire

che deve esserci perfetta coincidenza fra la deliberazione di approvazione e la proposta di concordato preventivo contenuta nella domanda di ammissione alla procedura.

Tornado all'art 152 LF mette conto sottolineare che la riforma ha introdotto due modifiche rispetto alla disciplina vigente fino al 2006.

La prima concerne il **riferimento ora fatto alle società di persone** mentre in precedenza era limitato specificamente alle società in nome collettivo ed in accomandita semplice.

Anche richiamando questa modifica si è argomentato per ritenere che sarebbero venuti meno i dubbi esistenti circa **l'assoggettabilità delle società irregolari al concordato preventivo**. (sul punto vedasi AMBROSINI, *Trattato di Diritto Commerciale diretto da Cottino*, Cedam, Padova 2008, pag. 19)

Tale ricostruzione presenta non pochi aspetti irrisolti.

Si sottolinea così, ad esempio che il presupposto per l'assoggettabilità a fallimento della società semplice è l'esercizio in concreto di attività commerciale e dunque la trasformazione in una società in nome collettivo irregolare e che non è previsto come presupposto per l'ammissione la procedura né quello della regolare tenuta delle scritture contabili né quello dell'iscrizione nel registro delle imprese. Si obietta però come il nuovo testo dell'art.161 V comma L.F. introdotto dal DL 83/ 2012 stabilisca che la domanda di concordato è pubblicata a cura del cancelliere nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, il che risulta incongruente con una la condizione della società irregolare o di fatto che, in quanto tale, non risulta nel registro delle imprese.

L'argomento è il medesimo che sta alla base del ragionamento che ha portato i commentatori ad escludere che le società di fatto possono presentare ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (sul punto v. MAFFEI ALBERTI, *Commentario Breve alla L.F.*, Cedam, Padova 2013, sub art. 182bis, pag. 1235).

Elemento essenziale dell'accordo è, infatti, la sua pubblicazione nel registro delle imprese. Da ciò si è fatta discendere l'esclusione dall'ambito dei soggetti legittimati all'Istituto gli imprenditori definiti irregolari.

Si è proposta in dottrina la soluzione dell'intervento del Giudice del registro che ordini con decreto l'iscrizione, ma è opinabile che in tal via si possa giungere ad un accertamento sull'esistenza di un soggetto con implicazioni che oltretutto coinvolgono terzi potenzialmente estranei. Pare che il percorso plausibile non possa che essere quello di una previa regolarizzazione per una successiva presentazione della richiesta di pubblicazione dell'accordo ovvero della istanza di sospensione (cfr. M. FERRO, *La Legge Fallimentare. Commentario Teorico Pratico*, Cedam, Padova 2014, pag. 2509).

La seconda modifica consiste nel fatto che mentre precedentemente la disciplina era inderogabile ora il testo dell'articolo 152 consente che il regime delle maggioranze necessarie per la presentazione della domanda di concordato fallimentare, così come della instaurazione delle trattative con i creditori per giungere ad un auspicato accordo di ristrutturazione ovvero per il perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, possa essere diversamente disciplinato dallo statuto sociale.

Ciò significa che con una specifica clausola dell'atto costitutivo o dello statuto i soci potranno prevedere che la decisione sulla proposta di concordato fallimentare e, d'accapo la decisione di trattare per e perfezionare un accordo di ristrutturazione dei debiti debba necessariamente essere presa con una maggioranza rafforzata nel quorum deliberativo, financo prevedendosi la necessità della unanimità.

Ci si potrebbe chiedere se una previsione statutaria possa sovvertire la regola della maggioranza, rimettendo la decisione ad una minoranza. Se dal punto di vista del testo ciò astrattamente risulta possibile resta da verificare se non vi siano principi immanenti al sistema che precludono un tale rovesciamento, come io sarei propenso a ritenere.

Sotto la vigenza della precedente disciplina era stato affermato dalla Cassazione (cfr. Sent. n. 4669/1990) che *“la disposizione (...) del comma due dell’art. 152 della legge fallimentare, nella sua chiara formulazione, richiede per la validità della proposta di concordato la maggioranza assoluta del capitale: evidentemente riferibile al capitale sociale costituito dalle quote di partecipazione dei soci. Ciò significa una evidente esclusione dell’applicazione sia dell’articolo 2257 terzo comma c.c.”*

(il quale stabilisce che la maggioranza dei soci, determinata secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili decide sull’opposizione mossa da ciascun socio amministratore all’operazione che altro amministratore voglia compiere) *“sia dell’art.2282 c.c.”* (il quale dispone che estinti debiti sociali l’attivo residuo è destinato rimborso dei conferimenti e l’eventuale eccedenza ripartita tra i soci in proporzione della parte di ciascuno nei guadagni mentre l’ammontare dei conferimenti non aventi per oggetto somme di denaro è determinato secondo la valutazione che ne è stata fatta nel contratto o, in mancanza, secondo il valore che essi avevano nel momento in cui furono eseguiti).

La diversa locuzione attuale (che colloca l’inciso *salva diversa disposizione dell’atto costitutivo o dello statuto* in posizione che precede l’indicazione della necessità della maggioranza assoluta del capitale) lascia aperta la possibilità che della disposizione si dia una interpretazione che consenta non solo la deroga quanto al quorum deliberativo, **ma anche che possano essere introdotti altri parametri di riferimento**, come la misura delle partecipazioni agli utili. (In questo senso cfr. AA.VV., *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da Lo Cascio, IPSOA, Milano 2015, sub art. 152, IV, 13, p. 1787).

Oppure che la decisione si attribuisca alla maggioranza calcolata per teste (cfr. M. FERRO, *La Legge Fallimentare. Commentario Teorico Pratico*, Cedam, Padova 2014, p. 1951).

Allo stesso modo ci si è chiesti se la deroga possa attenersi oltre che al quorum deliberativo e ai parametri di riferimento anche **all’individuazione dell’organo** chiamato

ad assumere la decisione e ancora una volta alla domanda è stata data risposta positiva ritenendosi ammissibile che il potere decisionale possa essere attribuito agli amministratori. (Ibidem).

Il riferimento alla maggioranza assoluta del capitale, in mancanza di deroghe statutarie o contenute nell'atto costitutivo lascia aperto più di un problema.

Il primo concerne l'ammissibilità o meno del voto in capo al **socio d'opera**.

Le soluzioni proposte dalla dottrina sono antitetiche (per riferimenti v. MAFFEI ALBERTI, *Commentario Breve alla L.F.*, Cedam, Padova 2013, sub art.152, pag.1039).

Da un lato si ritiene che a socio d'opera il cui apporto di servizi non sia stato capitalizzato non possa attribuirsi il voto per l'impossibilità di computarlo ai fini del calcolo della maggioranza.

Dall'altro, si fa leva sulla funzione della norma. Se essa ha come fine quello di attribuire alla società e quindi anche i soci la possibilità di chiudere il fallimento con il pagamento di una percentuale o la cessione delle attività aziendali con l'esdebitazione per il residuo, si ritiene inaccettabile che si possa escludere dalla votazione il socio d'opera, dovendosi dare alla norma una lettura costituzionalmente orientata a sensi dell'art. 24 secondo comma della costituzione.

Potrebbe in questo senso utilizzarsi il disposto dell'art. 2282, u.c., cod. civ. che rinvia per la determinazione dell'ammontare dei conferimenti non aventi per oggetto somme di denaro alla valutazione che ne è stata fatta nel contratto o, in mancanza, al valore che essi avevano nel momento in cui furono eseguiti, ma è facile prevedere, se mai dovesse praticarsi questa strada, come essa si presenti irta di problemi nell'ipotesi di contestazioni. Nel caso di presenza di soli soci d'opera si ritiene che stante l'inapplicabilità letterale della norma il criterio debba essere individuato nella disciplina della partecipazione agli utili.

Altra questione è quella se la maggioranza assoluta nel caso di **società in accomandita** debba essere calcolata prendendo a riferimento la partecipazione di accomandatari e

accomandanti ovvero dei soli accomandatari ed anche in questo caso le soluzioni proposte sono tutt'altro che univoche.

Anche in tempi recenti è stato autorevolmente sostenuto che la mancata distinzione tra soci illimitatamente responsabili e non, porta a far assumere valore determinante alla partecipazione al capitale sociale ed alla necessità di concludere che le due tipologie di soci sono posti sullo stesso piano (cfr. F.G. NARDONE, *Concordato Fallimentare e Società in Accomandita Semplice*, in F. PREITE (diretto da) "Trattato sulle Società di Persone", tomo II, UTET, Torino 2015, p. 2377).

Pare tuttavia prevalere l'opinione secondo la quale la competenza sia da attribuirsi agli accomandatari, per plurime ragioni che risultano condivisibili sia in ragione del fatto che a loro compete l'amministrazione della società e sia in ragione della differenza di posizione delle due categorie di soci di fronte alla dichiarazione di fallimento e della decisione sul concordato fallimentare.

Ulteriore punto critico attiene al non infrequente caso di società con due soci aventi partecipazioni equivalenti.

Escluse vicende peculiari in cui un solo socio con il 50% della partecipazione al capitale proponga una domanda di concordato fallimentare che preveda l'integrale pagamento dei debiti, situazione che finirebbe per configurare una carenza di interesse in capo all'altro dei due soci, la necessità di poter formare una maggioranza rende, per una forse prevalente parte della giurisprudenza, necessario il consenso di entrambi i soci.

Venendo agli effetti, è noto che a sensi dell'Art 153 L.F. il concordato fallimentare di una società con soci a responsabilità illimitata ha efficacia anche di fronte ai soci e fa cessare il loro fallimento.

Gli effetti per i soci illimitatamente responsabili sono dunque:

- A) la cessazione del fallimento particolare del socio (salvo il fatto che vi sia una contraria pattuizione e salvo il fatto che esso sia un imprenditore individuale insolvente);
- B) la limitazione della responsabilità di ciascun socio nei confronti dei creditori sociali entro i limiti della percentuale prevista dal concordato della società;
- C) controverso è invece se i soci siano tenuti nei confronti dei creditori particolari entro la medesima percentuale stabilita dal concordato sociale o se invece siano tenuti per l'intero (per riferimenti v. AA.VV., *Codice Commentato del Fallimento* diretto da Lo Cascio, IPSOA, Milano 2015, sub art. 153, II, 9, p. 1799)

Pare convincente l'obiezione, opposta alla prima soluzione, che contesta la mancanza di un passaggio logicamente plausibile che giustifichi come una pronuncia emanata nei riguardi del patrimonio sociale e dei creditori di quello produca effetti sostanziali estintivi anche nei confronti dei creditori particolari dei soci.

Non solo: va poi aggiunto che i creditori particolari non sono insinuati nel fallimento sociale e conseguentemente non votano sicché ulteriormente subirebbero delle decisioni in ordine alle quali non possono esprimere nessuna manifestazione di volontà.

Se questo approdo pare essere condivisibile occorre comunque considerare che la norma premette alla regola della cessazione del fallimento dei singoli soci a responsabilità illimitata, la possibilità di patto contrario.

E' stato così sottolineato come possa essere possibile proporre un concordato fallimentare limitato solo alla società con la conseguenza che l'omologa non ha riflessi nei fallimenti particolari dove i creditori sociali rimangono insinuati per la somma corrispondente al totale del loro credito detratta la percentuale concordataria.

Non va dimenticato, oltretutto, che la domanda di concordato fallimentare può essere presentata da uno o più creditori (art. 124) con il che i creditori sociali

potrebbero presentare domande di concordato fallimentare riguardanti solo il fallimento della società lasciando i loro crediti insinuati al passivo dei singoli soci illimitatamente responsabili.

Con quali possibili scenari distorsivi è facile immaginare solo che si consideri il caso di una collettiva con un patrimonio modesto (oppure molto modestamente valutato) che abbia tra i soci un soggetto di ampia disponibilità economiche. O il caso del fallimento di una società di persone cui partecipi una società di capitali.

D) A sensi dell'Art 135 il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento. I creditori conservano la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fidejussori del fallito egli obbligati in via di regresso. La norma è praticamente sovrapponibile con la regola dettata per il concordato preventivo (Art. 184: i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per concordato conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fidejussori del debitore egli obbligati in via di regresso).

1. La ratio che è alla base dell'art. 184 comma uno L.F. così come dell'art. 135 comma due L.F. è, secondo la Cassazione, quella che i rapporti contrattuali stipulati dai creditori della società con soggetti terzi estranei alla società che comportano obbligazioni a carico di questi ultimi restano al di fuori del concordato e dei suoi effetti.
2. Tale ratio necessariamente comprende non solo rapporti obbligatori a carattere personale ma anche quelli a carattere reale.
3. La fideiussione si estingue(rebbe) per effetto dell'adempimento dell'obbligazione principale e allo stesso modo si estingue(rebbe) la garanzia reale per effetto del pagamento del debito garantito.
4. L'esclusione dell'effetto esdebitatorio del concordato opera in modo identico per i rapporti di coobbligazione, per le garanzie personali ed anche per le

garanzie reali che vanno quindi ricomprese nel perimetro normativo dell'art. 184 comma 1.

Due sono i profili peculiari che vengono in rilievo. Essi sono stati affrontati dalla giurisprudenza e risolti, per la verità, in senso diverso.

Il primo attiene al caso in cui il **socio illimitatamente responsabile abbia anche prestato fideiussione** per i debiti della società.

Il secondo attiene al caso in cui il medesimo socio non abbia prestato fideiussione ma **concesso ipoteca su un proprio bene, sempre a garanzia di un debito sociale**.

Con riguardo alla **fideiussione** la Cassazione ha confermato il proprio precedente orientamento (cfr. Sent. SS.UU. 16.2.2015 n. 3022). L'efficacia esdebitatoria sancita dall'art. 184 comma 2 relativamente ai debiti sociali opera anche quando per tali debiti i soci abbiano prestato fideiussione. Il comma 1 nel fare salvi i diritti contro i fideiussori, i coobbligati e gli obbligati in via di regresso **si riferisce ai terzi diversi dei soci**. *:"è noto l'orientamento assunto a partire dalla sentenza 24 agosto 1989, n. 3749 di queste Sezioni Unite, recentemente ribadito da Cass., n. 29863/11 e da cui il Collegio, in relazione alla normativa applicabile al caso di specie ratione temporis, ritiene di non doversi discostare, secondo cui **l'art. 184, comma 2, l.f., ai sensi del quale il concordato di società, salvo patto contrario, ha efficacia esdebitatoria nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, relativamente ai debiti sociali, opera anche quando, per tali debiti, i soci abbiano prestato fideiussione, in ragione del fatto che il comma 1 di detto articolo, nello stabilire che i creditori, soggetti alla obligatorietà del concordato, conservano impregiudicati i diritti contra i fideiussori (nonchè i coobbligati e gli obbligati in via di regresso), **si riferisce ai terzi diversi dai soci**, trovando titolo la responsabilità di questi ultimi (nel concordato come nel fallimento) proprio nella loro qualità di soci, in via assorbente rispetto ad eventuali diverse fonti di responsabilità per i medesimi debiti sociali"*** (in senso analogo si veda anche Cass., Sez. 1, sentenza 1 marzo 1999, n. 1688).

A diverso approdo giunge invece la medesima sentenza delle sezioni unite (SSUU 16.2.2015 n.3022) con riguardo alla **ipoteca**. Essa muove dall'assunto che il socio illimitatamente responsabile non può considerarsi terzo rispetto all'obbligazione sociale, ma debitore al pari della società: per il solo fatto di essere socio è tenuto a rispondere senza limitazioni.

Se è vero quanto precede allora il socio che presta ipoteca per il debito della società non la costituisce per un'obbligazione altrui, ma la costituisce per un'obbligazione sua propria.

Ne deriva che il creditore ha diritto di insinuarsi in via ipotecaria nel passivo del fallimento del socio (non ha cioè la posizione di mero titolare d'ipoteca rilasciata dal socio quale garante di un debito altrui) e debba insinuarsi al passivo di quest'ultima in via chirografaria.

Ciò detto, ha dunque il creditore della società garantito da ipoteca rilasciata dal socio diritto al soddisfacimento integrale del proprio credito in sede concordataria e, in caso di risposta negativa, il solo soddisfacimento in misura falcidiata in sede di esecuzione concordataria del suo credito comporta l'estinzione della ipoteca nei confronti del socio?

Le sezioni unite si sono pronunciate con riferimento ad una vicenda in cui trovava applicazione la L.F. nel testo antecedente alla riforma del 2006 ma, come la sentenza ha sottolineato, proprio le attuali modifiche possono portare sostegno ad una interpretazione (della normativa precedente) che con riferimento alle società di persone conduca a ritenere che il creditore sociale garantito da ipoteca rilasciata dal socio possa richiedere in sede di concordato l'integrale soddisfazione del proprio credito.

Conviene per chiarezza riprendere il testo attuale sia dell'art. 127: *(i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto se non rinunciano al diritto di prelazione (...) sia dell'art.124: "la proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio pegno o ipoteca non vengano soddisfatti integralmente purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o i diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 comma terzo lett.d) designato dal tribunale"* che dell'art. "177 *i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia si è contestata, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto se non rinunciano in tutto in parte al diritto di prelazione"*

L'art. 127 non fa alcun riferimento al fatto che la prelazione concerna i beni del fallito e gli art 152 e 153 nulla prescrivono in ordine alla fattispecie in cui in una società di persone il credito si è insinuato in chirografo al fallimento della società e in via ipotecaria in quello del socio.

Le SSUU concludono così esser possibile in sede di concordato fallimentare di società di persone ritenere:

- a. che il credito che abbia una diversa qualificazione nel fallimento della società e in quello del socio e cioè chirografo nel primo ipotecario nel secondo e
- b. che debba essere riconosciuto in sede di concordato della società come privilegiato
- c. che, conseguentemente, il creditore della società munito di ipoteca prestata dal socio ha titolo per ottenere in sede di concordato il pagamento integrale del proprio credito nei limiti del valore del bene sul quale l'ipoteca insiste.

Per completezza va aggiunto che, sempre secondo il S.C., gli altri soci sono obbligati in sede di regresso nel caso in cui il socio datore di ipoteca fosse risultato tenuto a versare la

differenza tra quanto riscosso dal creditore con la falcidia concordataria e il valore del bene ipotecato.

Si registra dunque una differenza tra le affermazioni relative alla garanzia fideiussoria e quelle relative alla garanzia ipotecaria. Con riguardo alla soluzione prospettata dalla giurisprudenza di legittimità circa la fideiussione in dottrina sono state espresse critiche in ordine alla applicazione della teoria che ponendo l'accento sulla prevalenza della qualità di socio su quella di garante finisce per escludere che possa assumere rilievo la salvezza dei diritti contro coobbligati e fideiussori per i debiti sociali. Si osserva in proposito che intendere la regola che i creditori conservano impregiudicati i diritti contro i fidejussori come riferita ai terzi diversi dei soci provoca un'alterazione dell'assetto negoziale concluso tra il creditore ed il garante/socio. Il creditore ben potrebbe aver concesso il credito fidando sul rafforzamento derivato alla sua posizione dalla fideiussione, ad esempio con la clausola a prima richiesta. Se il creditore ha richiesto la fideiussione non ha evidentemente ritenuto prevalente la posizione di socio.

Appena nel **2014** (Sent. n. **4528**) la Cassazione ancora sosteneva esser valida la fideiussione prestata dal socio illimitatamente responsabile in favore della società di persone che, pur se sprovvista di personalità giuridica, si affermava costituire un distinto centro di interessi e di imputazione di situazioni sostanziali e processuali dotato di una propria autonomia e capacità rispetto i soci stessi, con la conseguenza *che la predetta garanzia rientra tra quelle prestate per le obbligazioni altrui secondo l'articolo 1936 c.c. non sovrapponendosi alla garanzia fissata ex lege dalle disposizioni sulla responsabilità illimitata e solidale potendo invero sussistere altri interessi che ne giustificano l'ottenimento alla stregua di garanzia ulteriore, in capo al creditore sociale ed essendo lo stesso beneficium excussionis di cui all'articolo 2304 CC posto a tutela dei soci, ma disponibile, senza alterazioni del tipo legale di società.*

Va in chiusura posto in evidenza che a fronte di una disciplina che ha tratti di sostanziale unitarietà per il concordato fallimentare e per i concordato preventivo quanto agli effetti esdebitatori per i soci illimitatamente responsabili, marcatamente diversa è la regola che in dottrina si desume dal sistema degli accordi di ristrutturazione dei debiti per i quali si afferma essere inapplicabile l'articolo 184 (cfr. S. AMBROSINI, *Il Concordato Preventivo e gli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti*, in A. COTTINO (diretto da) "Trattato di Diritto Commerciale", Cedam, Padova 2008 p. 177).

Il che rimarca la delicatezza e l'importanza del momento della scelta dello strumento per affrontare la crisi, per le implicazioni che derivano dalle valutazioni iniziali. La maggioranza dei soci che si accinge ad assumere la determinazione di presentazione di una proposta di concordato preventivo ovvero la determinazione di iniziare le trattative per giungere ad un accordo di ristrutturazione dei debiti deve tenere in conto i differenti gradi di protezione e la circostanza che ai soci di minoranza si riconosce la legittimazione a proporre opposizione all'omologazione dell'accordo (art. 182 bis comma 4) facendoli rientrare nella categoria degli interessati. E l'interesse potrebbe essere proprio quello della mancanza del beneficio dell'esdebitazione.

D'altro canto è la stessa giurisprudenza della Cassazione a ricordare che *"la estraneità al concordato della società del patrimonio dei soci e la conseguente possibilità del socio di porre in essere liberamente atti di disposizione del proprio patrimonio ovvero dei creditori particolari del socio di promuovere sul suo patrimonio azioni esecutive individuali o di assumere iniziative (ad es. iscrizione di ipoteche) per rafforzare la loro garanzia generica, incidono indubbiamente sulla valutazione di convenienza del concordato proposto dalla società, accentuando il rischio della declaratoria di fallimento della società e, quindi, dei soci. Tale rischio, però, può essere ridotto dai soci stessi, creando, come posto in rilievo dalla sentenza n. 8097 del 1992, le opportune situazioni di convenienza economica sia rinunciando all'efficacia nei loro confronti del concordato sociale secondo il "patto contrario", fatto salvo dalla L. Fall., art. 184, comma 2, sia fornendo garanzie personali in una forma di concordato misto,*

caratterizzato dal fatto che alla cessione dei beni della società si accompagna la garanzia aggiuntiva del patrimonio personale dei soci (Cass. sez. I, 26/03/2010. n. 7273).

Il che in ultima analisi enfatizza il ruolo di chi assiste la società ed i soci e ci spinge a rinnovare impegni come quello odierno.