

Ritenuto in fatto e in diritto

1.- [REDACTED] - quale socio illimitatamente responsabile della s.n.c. G [REDACTED] di G [REDACTED] e C. - si è costituito terzo datore di ipoteca a garanzia di un finanziamento di lire 250.000.000 concesso dalla Banca [REDACTED] alla predetta società la quale, successivamente, è stata ammessa alla procedura di concordato preventivo. Il concordato - cui la predetta banca aveva espresso adesione - è stato omologato con sentenza del Tribunale di Sondrio del 29.8.1996 e completamente eseguito, come accertato con decreto del medesimo tribunale del 16.10.2002.

Su tali premesse, stante l'esito negativo di richieste rivolte alla banca, G [REDACTED] ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Sondrio la Banca Popolare [REDACTED] al fine di ottenere l'accertamento dell'effetto remissorio del concordato della società a favore del socio illimitatamente responsabile che in tale qualità aveva concesso ipoteca volontaria in favore della convenuta a garanzia dei debiti sociali. Il G [REDACTED] ha chiesto, altresì, l'accertamento dell'estinzione dell'ipoteca per effetto del venir meno dell'obbligazione garantita con le conseguenti pronunce utili alla



cancellazione nonché la condanna della banca al risarcimento dei danni per l'inadempimento all'obbligo di prestare l'assenso alla cancellazione.

La banca si è costituita deducendo che il proprio credito era da considerare privilegiato perché garantito dall'ipoteca e, dunque, non soggetta alla falcidia concordataria.

Con sentenza del 27.5.2004 il tribunale ha rigettato la domanda e la Corte di appello di Milano, con la sentenza impugnata (depositata il 9.11.2006) ha confermato la decisione di primo grado.

La Corte di merito, in sintesi, ha condiviso l'opinione del primo giudice secondo cui l'efficacia remissoria del concordato preventivo interessava la posizione debitoria dell'attore quale socio illimitatamente responsabile per le obbligazioni della società e non poteva estendersi fino a ricomprendere totalmente anche la garanzia ipotecaria concessa dall'attore a titolo personale e con beni non ricompresi nella procedura di concordato preventivo. Di conseguenza, per la parte del credito non coperta dalla percentuale concordataria, la banca conservava la garanzia ipotecaria concessa dall'attore sui propri beni immobili e legittimamente opponeva il



rifiuto a prestare il consenso per la cancellazione della trascrizione dell'ipoteca in esame.

Ha aggiunto, poi, <<la falcidia concordataria, che nell'ambito della società colpisce anche il credito in questione, in quanto chirografario, non si estende all'appellato, perché nei suoi confronti il credito è privilegiato>>.

1.1.- Contro la sentenza di appello Giuseppe Giugni ha proposto ricorso per cassazione affidato a cinque motivi, conclusi da quesiti ex art. 366 bis c.p.c., applicabile ratione temporis (con eccezione del quinto motivo, relativo al vizio di motivazione).

Resiste con controricorso la banca intimata.

Nel termine di cui all'art. 378 c.p.c. le parti hanno depositato memoria.

2.1.- Con il primo motivo il ricorrente denuncia violazione dell'art. 184 l. fall. Deduce che la regola posta da tale ultima norma è quella della esdebitazione generalizzata e incondizionata del debitore e, ove questo sia una società di persone, anche dei soci illimitatamente responsabili. Tale effetto opera anche nel caso di garanzia ipotecaria concessa dal socio su



propri beni, non compresi nella procedura di concordato, a garanzia dei debiti della società.

2.2.- Con il secondo motivo il ricorrente denuncia la violazione dell'art. 2878, n. 3, c.c. Deduce che l'ipoteca è diritto reale accessorio dell'obbligazione che garantisce e si estingue con l'estinguersi dell'obbligazione garantita a cui accede, non essendo un'obbligazione autonoma indipendente dal rapporto obbligatorio cui inerisce.

2.3.- Con il terzo motivo il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 2291, 2331, 2464, 2475, 2498 e 2519, comma 2, c.c. (nel testo ante riforma). La censura si appunta contro la parte della motivazione della sentenza impugnata nella quale si afferma che <<chiunque fosse il datore dell'ipoteca (e quindi anche l'appellante e socio illimitatamente responsabile), si poneva in ogni caso in rapporto di terzietà nei confronti della società, in ragione della autonoma personalità giuridica di quest'ultima e della sua autonomia patrimoniale>> e ne denuncia l'erroneità là dove presuppone la personalità giuridica di una società di persone.

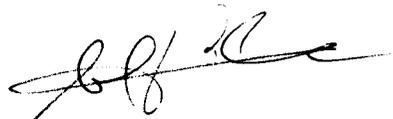
2.4.- Con il quarto motivo il ricorrente denuncia la violazione dell'art. 2291 c.c.



La censura si appunta contro la parte della motivazione della sentenza impugnata nella quale si afferma erroneamente che il ricorrente avrebbe concesso l'ipoteca a garanzia di un debito proprio mentre in virtù dell'art. 2291 c.c. il socio è solo "responsabile" solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali. Si tratta di obbligazione sussidiaria.

2.5.- Con il quinto motivo il ricorrente denuncia <<mancanza, o comunque insufficienza e contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata in ordine al presunto accertamento che l'ipoteca oggetto di causa sarebbe stata concessa per un debito personale del socio anziché per un debito sociale>>.

3.- La banca resistente sostiene che la falcidia concordataria, che nell'ambito del concordato sociale colpisce anche il credito da essa vantato nei confronti della società in quanto chirografario, non si estende al socio illimitatamente responsabile Giugni perché nei suoi confronti il credito è ipotecariamente privilegiato e sarebbe proprio l'estensione al ricorrente degli effetti del concordato sociale che comporta il pagamento integrale del debito garantito da ipoteca o <<quanto meno al diritto di escutere l'ipoteca>>. Il ricorrente, <<concedendo ipoteca, ha necessariamente garantito, non



soltanto il debito sociale, ma anche il debito proprio, come socio che, sia pure sussidiariamente risponde senza limiti ed in proprio dei debiti sociali>>. Richiama la pronuncia di questa Corte n. 23669/2006.

4.- I motivi di ricorso, in quanto connessi, possono essere esaminati unitariamente.

4.1.- Osserva preliminarmente la Corte che la giurisprudenza richiamata dalla banca resistente attiene a fattispecie diversa da quella oggetto del ricorso. In particolare, attiene alla diversa ipotesi nella quale il socio illimitatamente responsabile che abbia concesso una garanzia reale su un proprio bene per garantire un debito della società, sia dichiarato fallito come conseguenza del fallimento della società stessa.

Il principio applicabile nella concreta fattispecie, invece, è quello ricavabile dalla pronuncia delle Sezioni unite n. 3749/1989, resa proprio in tema di interpretazione dell'art. 184 l. fall. (unica norma che viene in considerazione nel caso concreto). Principio - recentemente ribadito dalla Corte, sebbene in fattispecie nella quale si è ritenuto che non operasse per l'avvenuto recesso del socio (Sez. 1, n. 29863/2011) - al quale il Collegio intende dare continuità, secondo il quale l'art. 184 secondo comma della legge fallimentare, ai sensi del



quale il concordato della società, salvo patto contrario (da stipularsi con tutti i creditori e coevamente al concordato stesso), ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, relativamente ai debiti sociali, opera anche quando, per tali debiti, i soci abbiano prestato fideiussione, considerato che il primo comma di detto articolo, nello stabilire che i creditori, soggetti alla obbligatorietà del concordato, conservano impregiudicati i diritti contro i fideiussori (nonché i coobbligati e gli obbligati in via di regresso), si riferisce ai terzi diversi dai soci, trovando titolo la responsabilità di questi ultimi, nel concordato come nel fallimento, proprio nella loro qualità di soci, in via assorbente rispetto ad eventuali diverse fonti di responsabilità per i medesimi debiti sociali.

Va ulteriormente precisato che, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, è valida la fidejussione prestata dal socio illimitatamente responsabile in favore della società di persone che, pur se sprovvista di personalità giuridica, costituisce un distinto centro di interessi e di imputazione di situazioni sostanziali e processuali, dotato di una propria autonomia e capacità rispetto ai soci stessi; ne consegue che la predetta garanzia rientra tra quelle prestate per le obbligazioni



altrui secondo l'art. 1936 cod. civ., 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'art. 2304 cod. civ., posto a tutela dei soci ma disponibile, senza alterazioni del tipo legale di società (Sez. 1, n. 26012/2007); fermo restando, però, che la norma di cui all'art. 184, comma 1 l. fall., il quale, nello stabilire che i creditori, soggetti alla obbligatorietà del concordato, conservano impregiudicati i diritti contro i fideiussori, 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 (così come affermato da Cass. Sez. Unite 24 agosto 1989, n. 3749; Cass. 1 marzo 1999, n. 1688 e ribadito espressamente da Sez. 1, n. 26012/2007). Invero, <<quella diversificazione tra la posizione del socio come tale e dello stesso quale fideiussore della società, che opera con riferimento al sorgere dell'obbligazione fideiussoria, quando i rapporti



tra le parti vivono il loro momento *fisiologico*, risulta negata dalle norme che disciplinano le procedure concorsuali, sistematicamente intese secondo la logica propria di esse ispirata a superiori esigenze pubblicistiche, con l'obbligo per tutti (creditori e debitori) di rispettare la par condicio creditorum, di sottostare a concorso nonché agli effetti del concordato preventivo, con la conseguenza che l'autonomia patrimoniale rileva ai soli fini della collocazione del credito al passivo del socio e non a quello della società, quando si tratti di suoi debiti personali>>

(Sez. Unite 24 agosto 1989, n. 3749).

5.- I principi innanzi ricordati sono indubbiamente applicabili anche all'ipotesi di garanzia ipotecaria concessa dal socio illimitatamente responsabile a garanzia di un debito sociale e, trattandosi, come innanzi precisato, di debito altrui, occorre fare riferimento alla disciplina dell'ipoteca concessa dal terzo.

Secondo le Sezioni unite, il secondo comma dell'art. 184 (che costituisce la regola, quanto alla posizione dei debitori - società e soci - , della efficacia del concordato, laddove il primo comma indica la regola circa la posizione dei creditori rispetto al concordato), nella



sua portata totalizzante, riduce lo spazio riservato alla seconda parte del primo comma ai coobbligati, al fideiussore del debitore (cioè della società e dei soci illimitatamente responsabili) e agli obbligati in via di regresso, che siano estranei alla compagine sociale, e induce a considerare, essi soltanto, terzi rispetto alla società, in quanto, non potendo ovviamente il loro fallimento essere prodotto dal fallimento della società, non possono neppure giovare della estensione dei benefici del concordato. In altri termini, perchè possa trovare applicazione il primo comma dell'art. 184, occorre che colui nei cui confronti il creditore conserva i suoi diritti sia un soggetto al quale il fallimento della società non potrebbe estendersi, poiché il socio, che fallisce per effetto del fallimento della società sarebbe tenuto a rispondere dei debiti sociali in quanto fallito; e, in quanto potenziale fallito, beneficia del concordato volto a sostituire una procedura concorsuale all'altra (Sez. Unite 24 agosto 1989, n. 3749).

Pertanto dopo l'omologazione e l'esecuzione del concordato, obbligatorio ai sensi dell'art. 184 legge fall. per tutti i creditori anteriori alla procedura, il relativo effetto esdebitatorio, cioè di riduzione del credito alla sola percentuale offerta, si applica anche



nei confronti del predetto socio illimitatamente responsabile, tenuto nei soli limiti della citata percentuale in forza della norma di cui al secondo comma dell'art. 184.

L'assunto della banca resistente, secondo cui il proprio credito sarebbe chirografario nei confronti della società e privilegiato (ipotecario) nei confronti del socio e, come tale, nei confronti di quest'ultimo non soggetto alla falcidia concordataria, non tiene conto di quanto innanzi evidenziato, ossia che il socio, il quale fallisce per effetto del fallimento della società sarebbe tenuto a rispondere dei debiti sociali in quanto fallito; e, in quanto potenziale fallito, beneficia del concordato volto a sostituire una procedura concorsuale all'altra (Sez. Unite 24 agosto 1989, n. 3749). Sostituita la procedura concordataria al fallimento, il credito che la banca può far valere nei confronti del socio è solo quello di cui al secondo comma dell'art. 184 l. fall., perché la garanzia ipotecaria concessa concerne il debito (chirografario) della società e l'eventuale estinzione di quest'ultimo comporta l'estinzione dell'ipoteca ex art. 2878 n. 3 c.c.

6.- Sennonché, nella più recente giurisprudenza di questa Corte, peraltro, il principio enunciato da Sez. Unite 24



agosto 1989, n. 3749 non è apparso convincente (cfr. Sez. 1, Sentenza n. 21730 del 2010, in motivazione, § 4.1: <<pur se non si voglia mettere in discussione l'orientamento giurisprudenziale che estende gli effetti parzialmente esdebitatori del concordato ai soci illimitatamente responsabili che abbiano prestato fideiussione (cfr. Cass. n. 3749 del 1989 e Cass. n. 1688 del 1999) ...>>).

D'altra parte, il precedente innanzi richiamato, che ritiene valida la fideiussione prestata dal socio (Sez. 1, n. 26012/2007) è coevo (ed è stato preceduto) da altre pronunce che, direttamente pronunciando nell'ipotesi di ipoteca concessa dal socio illimitatamente responsabile a garanzia di debiti della società, hanno enunciato i seguenti principi:

<<La illimitata responsabilità del socio accomandatario per le obbligazioni sociali, ai sensi dell'art. 2313 cod. civ., trae origine dalla sua qualità di socio e si configura pertanto come personale e diretta, anche se con carattere di sussidiarietà in relazione al preventivo obbligo di escussione del patrimonio sociale, in sede di esecuzione individuale, di cui all'art. 2304 cod. civ., richiamato dal successivo art. 2318. Il socio illimitatamente responsabile non può, quindi, essere

considerato terzo rispetto all'obbligazione sociale, ma debitore al pari della società per il solo fatto di essere socio tenuto a rispondere senza limitazioni. Tale situazione di identità debitoria emerge con evidenza in sede fallimentare, ove il fallimento della società di persone produce con effetto automatico, ai sensi dell'art. 147 l. fall., il fallimento dei soci illimitatamente responsabili e il credito dichiarato dai creditori sociali nel fallimento della società si intende dichiarato per l'intero anche nel fallimento dei singoli soci (art. 148, comma terzo, l. fall.). Alla stregua di tali postulati, l'atto con cui il socio accomandatario rilascia garanzia ipotecaria per un debito della società non può essere considerato costitutivo di garanzia per un'obbligazione altrui, ma va qualificato quale atto di costituzione di garanzia per una obbligazione propria con la conseguenza che il creditore che, in relazione a un credito verso la società, in seguito fallita, sia titolare di garanzia ipotecaria prestata dal socio accomandatario, ha diritto di insinuarsi in via ipotecaria nel passivo del fallimento di quest'ultimo, assumendo egli la veste di creditore ipotecario del fallito, non già di mero titolare d'ipoteca rilasciata dal fallito quale terzo garante di un debito altrui>> (Sez. 1, Sentenza n. 23669 del 06/11/2006): <<Più in



generale, si è rilevato in giurisprudenza che la posizione del socio illimitatamente responsabile di una società personale non può essere assimilata a quella di un fideiussore, sia pure ex lege. Quest'ultimo, infatti, garantisce un debito altrui, e appunto per questo la legge prevede che, una volta effettuato il pagamento, egli abbia azione di regresso per l'intero nei confronti del debitore principale e sia inoltre surrogato nei diritti del creditore (artt. 1949 e 1950 c.c.). Invece, il socio illimitatamente responsabile risponde con il proprio patrimonio di debiti che non possono dirsi a lui estranei - poiché derivano dall'esercizio dell'attività comune, al cui svolgimento, data l'assenza di un'organizzazione corporativa, i soci partecipano direttamente (artt. 2257 e 2258 c.c.) - ed è tenuto a provvedere al loro soddisfacimento, se i fondi sociali risultano insufficienti, anche mediante contribuzioni aggiuntive rispetto a quelle effettuate in esecuzione dei conferimenti (art. 2280 c.c., comma 2). Me conseguono l'inammissibilità, sulla scorta di quanto stabilito dall'art. 1950 c.c., di un'azione di regresso nei confronti della società da parte del socio che abbia provveduto al pagamento di un debito sociale e l'inapplicabilità, del resto concordemente riconosciuta, degli artt. 1953, 1955 e 1957 c.c. che trovano il loro



presupposto proprio nell'esigenza di salvaguardare le possibilità di regresso del fideiussore. Tali conclusioni non trovano ostacolo nel fatto che anche le società personali costituiscono centri di imputazione di situazioni giuridiche, distinti dalle persone dei soci; la soggettività dei gruppi organizzati ha, infatti, carattere transitorio e strumentale, essendo i diritti e gli obblighi ad essi imputati destinati a tradursi (e questa volta definitivamente) in situazioni giuridiche individuali in capo ai singoli membri (cfr. Cass. nn. 12310/1999, 7228/1996, 12733/1995, 11151/1995, 3773/1994)>>.

<<La responsabilità del socio accomandatario per le obbligazioni sociali, prevista dall'art. 2313 cod. civ., è personale e diretta, anche se con carattere di sussidiarietà in relazione al preventivo obbligo del creditore di escutere il patrimonio sociale (artt. 2304 e 2318 cod. civ.). Pertanto l'atto con cui il socio accomandatario di una s.a.s. rilascia garanzia ipotecaria per un debito della società non può considerarsi costitutivo di garanzia per un'obbligazione altrui, ma per un'obbligazione propria, con la conseguenza che il creditore il quale, in relazione ad un credito verso la società, sia titolare di garanzia ipotecaria prestata dal



socio accomandatario, ha diritto di insinuarsi in via ipotecaria nel passivo del fallimento di quest'ultimo, assumendo egli la veste di creditore ipotecario del fallito, non già mero titolare d'ipoteca rilasciata dal fallito quale terzo garante di un debito>> (Sez. 1, Sentenza n. 18312 del 30/08/2007).

L'atto con cui il socio accomandatario di una s.a.s. rilascia garanzia ipotecaria per un debito della società non può considerarsi costitutivo di garanzia per un'obbligazione altrui, ma va qualificato quale atto di costituzione di garanzia per un'obbligazione propria, in quanto la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali è collegata alla qualità di socio accomandatario ed è, pertanto, personale e diretta (pur se sussidiaria, sussistendo, in sede di esecuzione individuale, il "beneficium excussionis" di cui all'art. 2304 cod. civ., richiamato dal successivo art. 2318); con la conseguenza che il creditore che, in relazione ad un credito verso la società, sia titolare di garanzia ipotecaria prestata dal socio accomandatario, ha diritto di insinuarsi in via ipotecaria nel passivo del fallimento di quest'ultimo, assumendo egli la veste di creditore ipotecario del fallito, non già mero titolare d'ipoteca rilasciata dal



