

SENTENZA N. 5874/08  
N.15651/2005 REG. GEN.



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE DI MILANO  
SEZ. 2<sup>a</sup> CIVILE

N° OFC. 11
- 9 MAG. 2008
N° REP. 4788

composto dai Magistrati

dott. Bartolomeo Quatraro            PRESIDENTE  
dott. Mauro Vitiello                    GIUDICE  
dott. Roberto Fontana                 GIUDICE *rel*

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

Nella causa civile iscritta al numero di ruolo generale sopra riportato promossa con ricorso ex art. 98 L.F. depositato in data 23/1/2005 a ministero dell' Aiutante Ufficiale Giudiziario addetto all' Ufficio Notifiche del Tribunale di Milano

DA

, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. in  
, via che lo rappresenta per delega in atti

**-OPPONENTE-**

CONTRO

**FALLIMENTO** s.r.l.

**-OPPOSTO CONTUMACE-**

avente ad OGGETTO: OPPOSIZIONE ALLO STATO PASSIVO

All'udienza del 13/11/2007 l'opponente precisava le seguenti conclusioni:

AVANTI IL TRIBUNALE DI MILANO  
PRECISASIONE DELLE CONCLUSIONI

Nella causa di opposizione allo stato passivo promossa da

– opponente – coll'Avv.

CONTRO

FALLIMENTO S.R.L. in persona del curatore

– contumace

ooooo

Il procuratore dell'opponente dichiara che su istanza della Banca  
in data 12 dicembre 2006 l'immobile di proprietà di è stato venduto all'asta  
in forza del Decreto Ingiuntivo fondato sulla fideiussione rilasciata in favore della  
società fallita per l'importo di € 240.300,00.

Chiede di essere autorizzato a depositare il decreto di aggiudicazione del 12/02/207.

ooooo

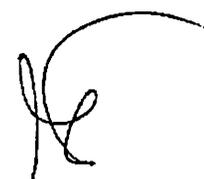
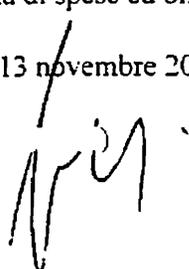
Precisa le sue conclusioni:

Voglia il Tribunale Ill.mo ammettere il credito di al passivo chirografario  
del fallimento in epigrafe per il totale di € 313.210,22.

Con vittoria di spese ed onorari.

Milano li. 13 novembre 2007

(Avv.



## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso ex art.98 Legge Fallimentare depositato il 6/7/2004 ha proposto opposizione contro il provvedimento di esclusione dallo stato passivo del Fallimento [redacted] s.r.l. del credito chirografario di €.313.210,22 di cui aveva chiesto l'ammissione condizionata.

Il ricorrente allegava che il 6/8/2003 si era reso fideiussore a favore della Banca [redacted] a garanzia dei crediti da questa vantati nei confronti della [redacted] s.r.l., che l'11/3/2004 la banca aveva ottenuto nei suoi confronti un decreto ingiuntivo per l'importo di €.179.636,52, e che essa, in data 17/9/2004, aveva proceduto al pignoramento di un appartamento in Bollate.

Il ricorrente allegava inoltre di avere prestato analoga garanzia fino alla concorrenza di €.120.000 a favore del Credito [redacted] che il 27/3/2003 aveva ottenuto un decreto ingiuntivo per l'importo di €.120.000 procedendo quindi all'iscrizione d'ipoteca giudiziale sull'immobile di sua proprietà.

All'udienza del 3/5/2005 era dichiarata la contumacia del Fallimento [redacted] s.r.l.

All'udienza del 30/5/2006, prodotte dall'opponente le certificazioni della Cancelleria Esecuzioni Immobiliari del Tribunale di Milano relative alla procedura esecutiva promossa nei confronti dello stesso dalla Banca [redacted] e dell'intervento in essa del Credito [redacted], veniva fissata l'udienza di precisazione delle conclusioni.

All'udienza del 13/11/2008 il procuratore dell'opponente precisava le conclusioni come da epigrafe.

## MOTIVI

Non è contestato e comunque è provato dalla documentazione in atti che [redacted] il 6/8/2003 si era reso fideiussore della Banca [redacted] sino alla concorrenza di €.253.000 a garanzia dei crediti da questa vantati nei confronti della [redacted] s.r.l., che analoga garanzia, sono alla concorrenza di €.120.000, egli aveva prestato al Credito [redacted] e che entrambe le banche hanno escusso la fideiussione ottenendo dei decreti ingiuntivi per l'importo rispettivamente di €.179.636,52 oltre interessi maturati e maturandi al tasso del Prime Rate con decorrenza del 20/2/2004 e di €.120.000, oltre interessi legali dal 24/2/2004 al saldo.

La controversia verte quindi unicamente sulla questione di diritto della possibilità di un'ammissione condizionale del fideiussore nello stato passivo del fallimento del debitore principale.

Va preliminarmente rilevato, per focalizzare i termini esatti dell'alternativa che si prospetta, che in ogni caso, contrariamente probabilmente alle aspettative dell'opponente quali parrebbero evincersi dal tenore degli atti, è da escludersi che il coobbligato possa partecipare al riparto prima che sia integralmente soddisfatto il creditore, a meno che i pagamenti effettuati dal coobbligato non risalgano a prima della dichiarazione del fallimento del debitore (ed anche in tal caso il creditore, che non risulti in quel momento integralmente soddisfatto, può farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato).

In tal senso depone inequivocabilmente il coordinamento tra la previsione dell'art.61, comma 1, L.F. e quella dell'art.62, comma 1, L.F.

Se il creditore ha ricevuto dei pagamenti da un coobbligato prima del fallimento, il creditore può insinuarsi nel fallimento solo per la parte non riscossa e il coobbligato per la somma pagata ed entrambi, in proporzione agli importi ammessi, partecipano al riparto (salvo, come visto, il diritto del primo di farsi assegnare la quota di spettanza del secondo).

Se i pagamenti sono invece successivi il creditore ha comunque diritto all'ammissione al passivo per il credito esistente al momento della dichiarazione di fallimento e, indipendentemente dai pagamenti ricevuti in pendenza di procedura, partecipa al riparto sulla base di tale importo (ossia come se i pagamenti non fossero mai avvenuti) con il limite, ovviamente, del soddisfacimento integrale del credito.

Per entrambi le ipotesi appare evidente la volontà del legislatore di rafforzare la tutela del creditore rispetto al rischio determinato dall'insolvenza del debitore: nella prima, trovando applicazione (posto che i pagamenti sono anteriori al fallimento) la regola generale del diritto civile per cui i pagamenti parziali estinguono parzialmente il credito, il legislatore tutela il creditore intervenendo sulla disciplina del riparto e prevedendo il meccanismo dell'assegnazione della quota spettante al coobbligato; nella seconda ipotesi il legislatore interviene sulla disciplina dell'ammissione al passivo fallimentare prevedendo all'art.61 L.F. il diritto del creditore di concorrere in ogni caso per il credito esistente al momento del fallimento con conseguente irrilevanza dei pagamenti successivi fino all'integrale soddisfacimento del credito.

L'alternativa che si profila è quindi essenzialmente procedurale perché l'ipotetica ammissione con riserva del credito di regresso del fideiussore opponente non gli darebbe diritto a partecipare al riparto fino a quando il cumulo tra quanto ricevuto dal creditore come pagamento parziale dal fideiussore e quanto ricevuto in sede di riparto

fallimentare o da altri coobbligati non soddisfatti integralmente il credito. Solo in quel momento il fideiussore può chiedere lo scioglimento della riserva e partecipare alla distribuzione sulla base dell'ammontare della somma pagata.

Se si segue la tesi contraria all'ammissione condizionata nel momento in cui si verifica l'integrale soddisfacimento del creditore il fideiussore esercita l'azione di regresso o comunque si surroga nel credito del creditore soddisfatto presentando un'istanza d'insinuazione tardiva.

Ciò premesso si ritiene condivisibile l'orientamento più volte espresso dalla Corte di Cassazione per cui "il fideiussore che non ha pagato il creditore prima della dichiarazione di fallimento del debitore principale è considerato, a norma degli artt. 61 comma secondo e 55 comma terzo legge fallimentare, creditore condizionale in relazione all'eventuale esercizio dell'azione di regresso nei confronti del debitore fallito e va pertanto ammesso al concorso dei creditori con riserva che potrà ritenersi sciolta soltanto quando si sia verificato l'integrale soddisfacimento "ex parte creditoris" delle ragioni del creditore nel corso della procedura fallimentare" (cfr. Cass.10/7/1978 n.3439, Cass.5/7/1988 n.4419, Cass.12/7/1990 n.7222, Cass.27/6/1998 n.6355, Cass.3/5/2000 n.5510, Cass.8/8/2003 n.11953, Cass.21/7/2004 n.13508), tenuto conto tra l'altro che la soluzione dell'ammissione con riserva, senza creare pregiudizio per gli altri creditori (non verificandosi alcuna duplicazione dei crediti ammessi posto che quello del fideiussore ammesso con riserva è in sostanza un credito postergato rispetto a quello del creditore), per l'effetto prenotativo che determina tutela pienamente il fideiussore con riferimento in particolare all'ipotesi in cui solo in sede di riparto finale si verifichi il presupposto del soddisfacimento integrale del creditore (per il cumulo dei pagamenti parziali effettuati dal fideiussore e quanto dal creditore ricevuto in sede di riparto fallimentare).

Né si ritiene di dover pervenire a diversa conclusione alla luce della recente pronuncia della Corte di Cassazione n.903 del 17/1/2008 che, nell'escludere la necessità della tempestiva ammissione con riserva del credito futuro di regresso del fideiussore, ammette con ampia e pienamente convincenti argomentazioni (sul presupposto che il credito di regresso è in ogni caso un credito concorsuale anzitutto in ragione dell'espressa previsione all'art.61, comma 2, L.F. della possibilità dell'esercizio del regresso dopo la dichiarazione di fallimento) la possibilità di un'insinuazione tardiva pura e semplice del credito di regresso. una volta avvenuto l'integrale soddisfacimento del creditore. Non si ritiene infatti che la condivisibile ammissione della possibilità

dell'insinuazione tardiva (posto che, come giustamente anche in dottrina si è sottolineato, o il credito è concorsuale ed allora è sempre possibile la sua insinuazione o il credito non è concorsuale e in tal caso non si potrebbe mai ammettere al passivo) implichi l'esclusione della possibilità dell'ammissione con riserva. Non convincente in particolare appare l'asserita incompatibilità con la previsione dell'art.61 comma 2 L.F., che (a differenza dell'art.62, comma 2, L.F.) subordina il regresso all'integrale soddisfacimento del creditore, per cui non sarebbe ammissibile che il diritto di regresso possa in qualche modo trovare ingresso in sede di verifica dei crediti prima dell'integrale pagamento del creditore principale, apparendo evidente che è solo con il verificarsi della condizione che può ritenersi esercitata l'azione di regresso, perché è solo in quel momento che il fideiussore è nella condizione giuridica di poter esercitare il proprio diritto sul patrimonio del debitore, mentre l'ammissione con riserva integra un'attività meramente prodromica.

L'opposizione va pertanto accolta con la conseguente ammissione del credito di regresso di \_\_\_\_\_, nel limite indicato di €.312,210,22, subordinata alla condizione dell'integrale soddisfacimento del creditore, fermo rimanendo che all'atto dello scioglimento della riserva si dovrà verificare l'effettiva entità dei pagamenti eseguiti dal fideiussore (cfr.Cass.21/7/2004 n.13508).

Considerate le incertezze dottrinali e giurisprudenziali in materia sussistono giusti motivi per dichiarare irripetibili le spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale di Milano, definitivamente pronunciando nel giudizio ex art.98 L.F. iscritto al n.15651/2008, così provvede:

- 1) in accoglimento dell'opposizione proposta ammette al passivo fallimentare il credito di \_\_\_\_\_, nel limite di €.312,210,22, subordinatamente alla condizione dell'integrale soddisfacimento del creditore;
- 2) dichiara irripetibili le spese di lite.

Milano, 7/2/2008

Il Giudice rel.

dr. R. Fontana

Il Presidente

G. Quattrone

IL PRESIDENTE LA SEZIONE  
DEPOSITATO C.C.I.A.A.  
G. Quattrone

