

Corte di Cassazione Sez. I Civile, 17 gennaio 2008, n. 903 – Pres. Proto – Est. Del Core.

**Fallimento – Effetti – Per i creditori – Concorso dei creditori – Fideiussore del fallito – Pagamento del creditore dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale – Credito di regresso nei confronti del fallito – Assenza di precedente ammissione al passivo con riserva – Azionabilità da parte del fideiussore solvente anche in via di insinuazione tardiva – Fondamento – Limiti.**

**Fallimento – Creditore di più coobbligati solidali – Regresso del coobbligato – Regresso tra coobbligati falliti – Condizione dell'integrale pagamento del creditore – Ratio della norma.**

*Il credito di regresso del fideiussore che abbia pagato integralmente il creditore dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale fallito ha natura concorsuale in quanto, oltre a trarre origine da un atto giuridico anteriore all'apertura della procedura fallimentare, esclude dal concorso, con effetto surrogatorio, il credito estinto e può quindi essere esercitato dal "solvens", nei limiti imposti dalle regole inderogabili del concorso, anche quando questi non abbia chiesto e ottenuto in precedenza la insinuazione al passivo con riserva, ex art.55 legge fall., della propria pretesa di rivalsa. (Fonte CED – Corte di Cassazione)*

*A norma degli artt. 61 e 62, commi 1 e 2, legge fallimentare, mentre per i pagamenti effettuati prima della dichiarazione di fallimento il coobbligato o il fideiussore può esercitare il regresso verso l'altro coobbligato fallito sempre e in ogni caso (mediante concorso nel fallimento della somma pagata), prescindendosi dal risultato dei pagamenti medesimi sulla sorte del credito principale (riduzione o estinzione), per i pagamenti effettuati dopo la dichiarazione di fallimento il regresso è sottoposto unicamente alla condizione che il creditore, per effetto del pagamento del coobbligato, resti completamente soddisfatto, così da non poter più concorrere nel passivo per alcuna entità residua. Ove detta condizione non si verifichi, per qualsiasi causa, il regresso non è ammesso ed è del tutto indifferente che il coobbligato, con il pagamento, abbia totalmente assolto la sua obbligazione (per esempio di fideiussione parziale) esigendosi per il sistema della legge l'adempimento per intero ex parte creditoris (e non debitoria). (fb) (riproduzione riservata)*

omissis

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo, l'amministrazione fallimentare denuncia testualmente "violazione dell'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, Errore di diritto. Omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia prospettato dalle parti". Critica la sentenza

nella parte in cui ha qualificato il rapporto come contratto autonomo di garanzia, la cui caratteristica saliente e valevole a differenziarlo dalla fideiussione, è la carenza dell'elemento dell'accessorietà (ovverosia la esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale), solitamente esplicitata con l'impiego di specifiche clausole, quali "a semplice richiesta" o "a prima domanda", non incluse nelle polizze in questione, dalle quali emerge con tutta chiarezza l'inesistenza di una qualsivoglia rinuncia del fideiussore a opporre al comune le eccezioni di cui all'art. 1945 c.c..

A parte l'erronea indicazione (ripetuta nei successivi mezzi), quale norma violata, dell'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, che è ovviamente norma strumentale in base alla quale gli errori, in indicando e/o in procedendo, possono essere denunciati, il motivo è infondato. Diversamente da quanto afferma parte ricorrente, la sentenza impugnata ha tenuto presente la distinzione tra i due menzionati tipi di polizze fideiussorie, ritenendo che le tre sottoscritte dal comune, dal debitore principale e dalla società garante contenessero una garanzia autonoma della società assicuratrice e non una garanzia accessoria all'obbligazione principale di esatta esecuzione delle opere di urbanizzazione. La interpretazione data dal giudice del merito al contenuto delle tre polizze in discorso è corretta sotto l'aspetto logico - giuridico, non ravvisandosi nel relativo discorso giustificativo alcuna violazione di legge ne' alcuna carenza motivazionale.

Per vero, una clausola specifica delle tre polizze - trascritta nella sentenza qui impugnata - è del seguente tenore: "Il pagamento delle somme dovute in base alla presente polizza sarà effettuato dalla Società (scilicet: Assicurazione) entro il termine massimo di 30 giorni dal ricevimento della richiesta scritta dell'Ente Garantito (il comune), restando inteso che, ai sensi dell'art. 1944 c.c., la Società non godrà del beneficio della preventiva escussione della Ditta Obbligata (la C., poi fallita). Il pagamento avverrà dopo un semplice avviso alla Ditta Obbligata senza bisogno di preventivo consenso da parte di quest'ultima, che nulla potrà eccepire alla Società in merito al pagamento stesso". È incontestato (vedi pagina 9 del ricorso) che altra clausola delle polizze escludeva la possibilità per l'appaltatore di sollevare eccezioni relative al rapporto principale intercorso con il committente per paralizzare l'azione di regresso del garante a fronte del pagamento da quest'ultimo effettuato.

L'esclusione, prevista dalla seconda parte della clausola in parola, della legittimazione del debitore principale a chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto fondamentale, nonché a opporle al garante successivamente al pagamento da questo effettuato, costituisce una chiara deroga alla accessorietà della obbligazione di garanzia assunta dalla società assicuratrice e ne sancisce l'autonomia rispetto all'obbligazione principale. Nella disciplina legale della fideiussione, infatti, il fideiussore ha l'onere di preavvisare il debitore principale dell'intenzione di procedere al pagamento (art. 1952 c.c., comma 2) e tale preavviso ha lo scopo di mettere il debitore principale in condizione di fare tempestiva opposizione al pagamento

ove sussistano idonee ragioni da eccepire al creditore (e poi opponibili al fideiussore che abbia pagato senza osservare l'onere del preavviso). Secondo le pattuizioni in esame, invece, il debitore principale, pur avvisato della richiesta di pagamento formulata dal creditore garantito, non può opporre alcuna contestazione in ordine a tale pagamento, poiché il garante non ha bisogno del suo consenso per effettuarlo e per poi pretendere da lui, "a semplice richiesta", il rimborso delle somme pagate.

Correttamente, quindi, la Corte di appello, valorizzando la clausola secondo cui la società garante avrebbe dovuto pagare entro un breve termine dalla richiesta del creditore dopo semplice avviso al debitore principale, che nulla avrebbe potuto eccepire in merito al pagamento, anche in sede di rivalsa del garante, ha ravvisato nelle tre polizze esaminate la pattuizione di un contratto autonomo di garanzia, la cui caratteristica fondamentale, che lo distingue dalla fideiussione, è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà, giacché il garante si impegna a pagare al creditore senza possibilità di opporre le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione posta dall'art. 1945 c.c.. Nel ricorso si sostiene che nella clausola n. 5 non possa essere ravvisata una garanzia autonoma poiché vi si prevede che il pagamento del garante doveva avvenire entro il termine massimo di trenta giorni dalla richiesta del creditore, anziché "a semplice richiesta" o "a prima richiesta" del creditore. L'uso dell'una o dell'altra espressione letterale non è, peraltro, decisiva per l'interpretazione del tipo di garanzia pattuita tra le parti (art. 1362 c.c., comma 1), che va desunto piuttosto dalla relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. D'altro canto, la formula "a semplice richiesta" - e la preclusione della possibilità di sollevare eccezioni relative al rapporto di appalto - si rinviene nella disciplina dei rapporti tra garante e debitore principale, onde, se si seguisse la interpretazione delle polizze sostenuta dalla curatela ricorrente si avrebbe il risultato di una polizza fideiussoria che garantisce più l'impresa assicuratrice che il creditore a cui favore essa è stipulata.

Per completezza di motivazione, è comunque da disattendere la doglianza concernente l'errore in cui sarebbe incorso il giudice di seconde cure nel ravvisare una clausola "a semplice richiesta" non presente tra le condizioni generali di contratto. In realtà, ha rilevato la Corte d'appello, la polizza cauzionale in oggetto prevedeva, tra l'altro, che il pagamento, da parte della società assicuratrice, della somma garantita sarebbe dovuto avvenire entro trenta giorni dalla richiesta del comune beneficiario e per l'importo dal predetto determinato con suo autonomo ed unilaterale accertamento, sulla base della contabilità dell'appalto; ne ha dedotto che la menzionata previsione integrasse una clausola di pagamento "a semplice richiesta", diretta a creare una disponibilità monetaria a favore del comune, in virtù di un suo unilaterale comportamento, pure se materialmente una simile locuzione non era trascritta in contratto.

Va, quindi, ribadito il principio, affermato da questa Corte in una fattispecie per molti versi simile a quella in esame, secondo cui ai fini

della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia, anziché di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta del creditore", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. Infatti, la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, insito nel fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c. ivi compresa la estinzione del rapporto (Cass. nn. 27333/2005, 10486/2004, 7502/2004, 52/2004, 8324/2001, 8540/2000, 3964/1999, 3552/1998). Con il secondo motivo, il fallimento ricorrente denuncia "violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5 e omessa motivazione su punto decisivo". Lamenta che la Corte, indulgiando sulla teorizzazione dell'autonomia dell'obbligo assunto dalla assicuratrice, ha trascurato di considerare che, in ogni caso, il garante avrebbe dovuto opporre al beneficiario l'*exceptio doli*, stante l'accertata inesistenza di qualsivoglia titolo risarcitorio in favore del comune committente (e a carico della compagnia) in conseguenza della estinzione ex lege (L. Fall., art. 81) del contratto di appalto indotta dal (conosciuto) fallimento dell'appaltatore.

Il motivo è inammissibile.

Della questione, involgente accertamenti di fatto, in base alla quale il garante avrebbe dovuto opporre al beneficiario l'*exceptio doli*, dacché la richiesta di pagamento immediato risultava prima facie abusiva o fraudolenta, non v'è traccia nella sentenza impugnata né nelle conclusioni riportate in epigrafe. In tale contesto, sarebbe stato onere del ricorrente indicare in seno al ricorso (e non solo in sede di discussione orale) in quale scritto difensivo o atto del giudizio di appello l'aveva sollevata. Ciò in ossequio al principio, ripetutamente affermato da questa Corte, secondo cui qualora una determinata questione giuridica - che implichi un accertamento di fatto - non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata, il ricorrente che proponga la predetta questione in sede di legittimità, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, ha l'onere di indicare in quale specifico scritto difensivo e/o atto del giudizio precedente l'ha dedotta, onde dar modo alla Corte di Cassazione di controllare ex actis la veridicità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la questione stessa (cfr., e plurimis, sentt. nn. 6656/2004, 12571/2003, 2331/2003, 14905/2002, 724/2001). Nella specie, non avendo il ricorrente minimamente assolto un tale onere, deve presumersi che la questione sia stata posta per la prima volta in questa sede. Con il terzo motivo, il ricorrente denuncia "violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 3, in relazione alla L. Fall., artt. 55 e 61, e vizi di motivazione". Sostiene che il credito di rivalsa del fideiussore, il quale non si sia tempestivamente insinuato con riserva, ma abbia proposto domanda di insinuazione tardiva dopo aver pagato il creditore, non può ritenersi concorsuale, oltretutto preesistente alla sentenza dichiarativa di fallimento, e non può quindi trovare ingresso. Solo nell'ipotesi in cui

abbia proposto domanda di ammissione con riserva in sede di verifica dello stato passivo, il fideiussore potrà diventare, da creditore concorsuale condizionato, creditore concorrente, a seguito dell'avvenuto pagamento del debito garantito, la cui dimostrazione indurrà il giudice delegato a sciogliere positivamente la riserva. Non può, invero, essere ammesso al passivo in via tardiva un credito condizionato o sorto successivamente alla sentenza dichiarativa di fallimento. Il motivo è infondato anche se la motivazione resa dal giudice del merito a supporto della soluzione prescelta, condivisibile nel risultato conclusivo, va emendata ai sensi dell'art. 384 c.p.c., in base alle considerazioni che seguono.

Come noto, secondo questa Corte, il fideiussore che non ha pagato il creditore prima del fallimento del debitore principale deve essere considerato creditore condizionale per quanto attiene all'eventuale esercizio delle azioni di regresso nei confronti del debitore fallito, onde va ammesso al passivo con riserva, la quale potrà ritenersi sciolta soltanto se e quando si sia verificato l'integrale soddisfacimento (ex parte creditoris e non debitoris) delle ragioni del creditore nel corso della procedura fallimentare (vedi Cass. nn. 3439/1978, 4419/1988, 7222/1990, 6355/1998).

Ritenendo non necessario affrontare il quesito consistente nel decidere se il fideiussore che non ha pagato prima della dichiarazione di fallimento del debitore garantito possa essere compreso, in base a una nozione estensiva della condizionalità, tra coloro che sono titolari di vero e proprio credito condizionale L. Fall., ex art. 55, comma 3, questa giurisprudenza ha ravvisato il dato normativo più idoneo a risolvere il problema della tutela delle ragioni di regresso del predetto soggetto in sede fallimentare nella disposizione della L. Fall., art. 61, comma 2, comunemente interpretata, in sintonia con la prevalente dottrina, nel senso che il regresso verso il coobbligato fallito sia consentito non solo all'altro coobbligato fallito (come testualmente recita la norma), ma anche agli altri coobbligati in bonis (attesa la ratio della norma, identica in tutte e due le ipotesi, volta ad escludere dal concorso - per evitare una duplicazione del credito - il coobbligato o fideiussore che, avendo pagato dopo la dichiarazione di fallimento, trova cristallizzata la situazione esistente al momento in cui il creditore aveva insinuato il suo credito al passivo per l'intero ammontare). Tale insinuazione con riserva, pertanto, assolverebbe, all'interno del giudizio fallimentare, la medesima funzione che l'azione di rilievo ex art. 1953 c.c. esplica nei normali rapporti tra fideiussore e debitore, azione considerata improponibile, per il suo carattere tipicamente cautelare, in un procedimento volto a garantire la par condicio creditorum.

Quindi, secondo l'indirizzo in discorso, la L. Fall., art. 61, comma 2, prevede l'ipotesi del regresso nel fallimento in corrispondenza all'analogo diritto esercitabile in sede extrafallimentare, ai sensi dell'art. 1299 c.c.; tuttavia, poiché i creditori divenuti tali dopo la dichiarazione di fallimento (L. Fall., art. 52) non sono legittimati a partecipare al concorso, mediante domanda di ammissione tempestiva o tardiva, il fideiussore (o il coobbligato in genere) che abbia pagato a procedura in

corso non può insinuarsi tardivamente al passivo, a norma della L. Fall., art. 101, ma potrà far valere, nel concorso degli altri creditori, il suo diritto di regresso reso operativo dall'integrale soddisfacimento delle pretese creditorie solo se (e sul presupposto che) in precedenza - e nella sede appropriata - il (futuro) credito sia stato ammesso con riserva. In sostanza, per i crediti i quali, pur derivando da fatti o atti posti in essere prima del fallimento, divengano certi, liquidi ed esigibili in epoca successiva, nella legge fallimentare non sussiste altra possibilità di recupero che quella di essere assimilati ai crediti condizionali di cui alla L. Fall., art. 55, comma 3, e ammessi con riserva. Dal coordinamento di questa norma con la citata disposizione della L. Fall., art. 61, discende, in via di interpretazione testuale, che la legge fallimentare considera il credito di regresso spettante al fideiussore (il quale abbia integralmente soddisfatto il creditore dopo la sentenza di fallimento) compreso nella categoria dei crediti condizionali e, dunque, ammissibile al passivo con riserva prima che il fideiussore abbia pagato: in tal modo, detta ammissione si configura come una sorta di prenotazione e il fideiussore, una volta che l'evento condizionante (ossia l'integrale soddisfacimento del creditore garantito) si sia verificato producendo lo scioglimento della riserva, può far valere le proprie ragioni di regresso in sede di ripartizione dell'attivo (vedi, in particolare, sentenze nn. 4419/1988 e n. 7222/1990, cit.). In altre parole, il principio di cristallizzazione della massa passiva di cui alla L. Fall., art. 52, non consente l'ammissione del credito di regresso facente capo al fideiussore che ha pagato, ove tale credito non sia stato insinuato come credito condizionale ai sensi della L. Fall., art. 55, comma 3, perché altrimenti esso sarebbe privo del carattere della concorsualità. Il fideiussore che paghi dopo la dichiarazione di fallimento non può far valere il suo diritto di regresso maturato con il soddisfacimento del creditore garantito se in precedenza il suo (futuro) credito non sia stato ammesso con riserva, non soccorrendo, al fine indicato, neppure la domanda di ammissione tardiva, riferibile non alle ragioni creditorie sorte dopo la dichiarazione di fallimento, ma all'ammissione, tardiva, degli stessi crediti previsti dalla L. Fall., art. 52; sicché il fideiussore (e il coobbligato in genere) potrà fare valere nel concorso degli altri creditori il diritto di regresso reso operativo dall'integrale soddisfacimento delle pretese creditorie solo sul presupposto che in precedenza, nella sede appropriata, abbia "prenotato" il futuro credito (e il corrispondente riparto dell'attivo), ottenendone l'ammissione con riserva.

Tale principio, cui fa rimando il mezzo in esame, non è condiviso dal Collegio, rivelandosi non convincente tanto nel presupposto, quanto nel profilo consequenziale.

Fulcro della tesi in commento è la equiparazione del credito di regresso a un nuovo diritto che nasce dal pagamento estintivo dell'originaria obbligazione e la conseguente impossibilità che esso sia considerato concorsuale quando il pagamento da parte del coobbligato venga effettuato dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale. A tale ottica si sottrae la sentenza impugnata, distinguendo tra diritto al regresso, che preesiste al pagamento del credito garantito ed è perciò di

natura concorsuale, ed esercizio della relativa azione, che sarebbe possibile (solo) dopo il pagamento da parte del coobbligato. Questa soluzione non appare condivisibile. Non convince, anzitutto, la possibilità della esistenza di un diritto compiutamente costituito che non sia azionabile; del resto, anche qualora ciò fosse astrattamente ammissibile, occorrerebbe almeno la espressa previsione normativa di una tale così particolare fattispecie giuridica, che invece non esiste nel nostro ordinamento. In secondo luogo, anche se il pagamento operasse come una condizione legale di esercizio del (l'azione di) regresso, questa dovrebbe comunque realizzarsi prima della decisione del giudice fallimentare sulla relativa domanda di insinuazione del coobbligato, che pacificamente da luogo a un giudizio di cognizione piena, idoneo a costituire giudicato endofallimentare.

La questione dibattuta si ricollega, dunque, alla limitazione del concorso dei creditori sul patrimonio del fallito ai soli crediti preesistenti al fallimento. A seguire il filone giurisprudenziale sopra richiamato, il fideiussore adempiente in corso di procedura, per esercitare l'azione di regresso, deve essere stato ammesso al passivo del fallimento necessariamente quale creditore condizionale poiché, in caso contrario, la sua posizione creditoria, sorta con il pagamento successivo all'apertura del concorso, si troverebbe del tutto sguarnita di tutela in sede fallimentare.

Siffatto convincimento, che poggia sul principio della cosiddetta cristallizzazione del passivo alla data della sentenza di fallimento, non appare giustificato, anzitutto, dall'esame delle disposizioni della legge fallimentare. La L. Fall., art. 44, si limita, infatti, a escludere l'ammissione al concorso dei crediti sorti in virtù di atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento. Il successivo art. 45 stesso codice, prevede solo l'inopponibilità alla massa degli atti perfezionati (le "formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi") successivamente al fallimento, regolando una questione affatto diversa, che non concerne il momento in cui il sorge il credito nei confronti del fallito, bensì il tempo in cui il terzo proprietario abbia assolto l'onere che gli incombeva ai fini della opponibilità al fallimento del proprio acquisto (di un bene, di un credito o di altra posizione giuridica). Peraltro, al principio generale della cristallizzazione del passivo alla data della sentenza di fallimento il legislatore ha espressamente derogato nell'ipotesi prevista dalla L. Fall., art. 71, a tenore del quale colui che, per effetto della revoca prevista nelle disposizioni precedenti, ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito. Anche la disposizione contenuta nella L. Fall., art. 56, rappresenta una deroga al concorso sistematizzato, a favore dei soggetti che si trovino ad essere al contempo creditori (ancorché per crediti non ancora scaduti alla data della dichiarazione di fallimento) e debitori del fallito, non rilevando il momento in cui l'effetto compensativo si produce e ferma restando l'esigenza dell'antioriorità del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte (cfr., per tutte, Cass. Sez. Un. n. 775/1999). Inoltre, diverse sono le soluzioni già adottate dalla giurisprudenza per

disciplinare casi rientranti in previsioni normative quali quelle della L. Fall., artt. 72, 74 o 80, con le quali si è ammessa la insinuazione al passivo di crediti maturati in costanza di fallimento. Anche la L. Fall., art. 61, comma 2, segna un'eccezione (peraltro apparente come si vedrà) al principio in discorso, prevedendo il regresso del coobbligato che, a fallimento già dichiarato, abbia soddisfatto il creditore comune. Se è vero, poi, che la cristallizzazione delle situazioni debitorie alla data del fallimento è un principio essenziale della procedura fallimentare, è pur vero, però, che l'esigenza ad esso connessa può considerarsi realizzata qualora il fatto genetico della situazione giuridica da cui deriva l'obbligazione si sia verificato in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento. Nulla sembra impedire, in via di principio, che siano ammessi al concorso crediti sorti successivamente al fallimento, purché in virtù di atti o fatti giuridici preesistenti o che, comunque, non siano riconducibili all'iniziativa del fallito. Anche quando il pagamento del fideiussore - e, dunque, il sorgere del diritto al regresso - avvenga in costanza di fallimento, il rapporto obbligatorio sottostante tra fallito e garante è preesistente. La tesi, qui criticata, finisce per comprendere il credito di regresso azionato dopo un pagamento successivo al fallimento tra le fattispecie che trovano la loro fonte in fatti o atti costitutivi posteriori all'apertura della procedura concorsuale, laddove il credito in parola non trae origine dall'evento pagamento, ma pur sempre da un atto genetico anteriore al fallimento.

D'altra parte, il principio della cristallizzazione del passivo esprime l'esigenza che non siano fatti valere, nel concorso fallimentare, pretese aggiuntive rispetto a quelle facenti parte del patrimonio del fallito alla data della sentenza di fallimento: esso non può essere invocato al fine di escludere la rilevanza per la massa fallimentare di mutamenti verificatisi nella titolarità di crediti preesistenti alla dichiarazione di fallimento; e, come meglio si vedrà in seguito, il credito di regresso del solvens in bonis rappresenta per definizione una pretesa che non si aggiunge, bensì si sostituisce ad altra (del creditore comune) idonea a partecipare al concorso. Non va dimenticato, infine, che al principio della cristallizzazione fa da contrappeso quello c.d. della universalità del fallimento, che va inteso come una procedura esecutiva destinata a soddisfare, in condizioni di parità di trattamento, tutti i creditori del fallito o la maggior parte possibile di essi. Già, dunque, sul piano generale del sistema della legge fallimentare sembra doversi escludere che non sussisterebbe "altra possibilità per i crediti, i quali, pur derivando da fatti o atti giuridici posti in essere prima del fallimento, divengano certi, liquidi ed esigibili in epoca successiva, che quella di essere ammessi con riserva, e cioè di rientrare nella categoria dei crediti condizionali L. Fall., ex art. 55, comma 3, " (così espressamente Cass. nn. 4419/1988 e 7222/1990, cit.).

Per contrastare tale affermazione (secondo cui, altrimenti che con l'ammissione condizionale, il regresso non sarebbe più esercitabile dal fideiussore o coobbligato che abbia pagato) potrebbe comunque bastare il mero dato letterale della L. Fall., art. 61, comma 2, che espressamente prevede la possibilità dell'esercizio del regresso dopo che



il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito. L'uso del verbo "esercitare" indica il promovimento dell'azione giudiziale; non v'è, dunque, esercizio del regresso se non con la proposizione della domanda giudiziale di ripetizione, possibile solo una volta effettuato il pagamento. In presenza di una norma che ammette il regresso per i pagamenti dei coobbligati successivi al fallimento, perde forza e coerenza il riferimento alla non concorsualità del credito per escluderne la possibilità di insinuazione al passivo in forma diversa da quella condizionata. Ma, oltre a quelli sin qui esposti, altri argomenti ostano a che venga data continuità all'indirizzo giurisprudenziale invocato dall'amministrazione fallimentare ricorrente. Si intende fare riferimento alle indicazioni ricavabili dalla disciplina della solidarietà nel fallimento e dalla ratio della L. Fall., art. 61 (vedi, infra., lettere A, B e C); alla impossibilità di far leva sul principio di cui alla L. Fall., art. 52, per giustificare la necessità di chiedere l'ammissione con riserva al passivo del credito di regresso (vedi lettera D); alla rilevanza assorbente, in senso favorevole all'ammissibilità dell'esercizio del diritto in parola, di quanto testualmente previsto dalla L. Fall., art. 63, (vedi sub E); alle incongruenze cui conduce la tesi sin qui seguita dalla Cassazione (vedi sub F); alla compatibilità dell'esercizio incondizionato del diritto di regresso con il principio della cristallizzazione del passivo, quale fotografato dalla sentenza dichiarativa del fallimento (vedi sub G); all'indubitabile riferimento, operato dalla disciplina fallimentare (L. Fall., artt. 61 e 63), al diritto di regresso in senso stretto (vedi sub H); al fatto che al riconoscimento della insinuabilità del diritto di regresso in senso stretto non sono di ostacolo i limiti indotti dalle regole che presiedono al concorso dei creditori (vedi sub I).

A) La L. Fall., artt. 61 e 62, regolano, rispettivamente, le ipotesi del creditore di più coobbligati solidali integralmente soddisfatto, durante il corso della procedura fallimentare, ed il relativo regresso tra coobbligati falliti di colui che ha pagato (L. Fall., art. 61); del creditore di più coobbligati solidali parzialmente soddisfatto da un coobbligato in solido col fallito o da un fideiussore, prima della dichiarazione di fallimento, e il relativo regresso del coobbligato verso il fallito (L. Fall., art. 62, commi 1 e 2).

Orbene, dal tenore letterale delle due disposizioni risulta che la distinzione fra le due ipotesi (L. Fall., artt. 61 e 62) si basa sulla data in cui sia avvenuto il pagamento del creditore da parte di un coobbligato, e cioè a secondo che tale pagamento sia posteriore alla data di dichiarazione di fallimento (nel qual caso si applica la L. Fall., art. 61) oppure sia anteriore alla dichiarazione (nel qual caso si applica la L. Fall., art. 62).

Nella prima ipotesi, da una parte, il creditore concorre nel fallimento per l'intero credito che vanta al momento della dichiarazione di fallimento e mantiene fermo tale concorso fino al totale suo pagamento e, dall'altra, correlativamente, il coobbligato non può esercitare il suo diritto di regresso se non quando il creditore sia stato soddisfatto per intero; nella seconda ipotesi, il creditore, che abbia ricevuto da un coobbligato in solido col fallito o da un fideiussore una parte del proprio credito, concorre nel fallimento per la porzione non corrisposta e,

correlativamente, il coobbligato che ha diritto di regresso verso il fallito concorre nel fallimento per la somma pagata.

Pertanto, può concludersi che, a norma della L. Fall, art. 61 e art. 62, commi 1 e 2, mentre per i pagamenti effettuati prima della dichiarazione di fallimento il coobbligato o il fideiussore può esercitare il regresso verso l'altro coobbligato fallito sempre e in ogni caso (mediante concorso nel fallimento della somma pagata), prescindendosi dal risultato dei pagamenti medesimi sulla sorte del credito principale (riduzione o estinzione), per i pagamenti effettuati dopo la dichiarazione di fallimento il regresso è sottoposto unicamente alla condizione che il creditore, per effetto del pagamento del coobbligato, resti completamente soddisfatto, così da non poter più concorrere nel passivo per alcuna entità residua. Ove detta condizione non si verifichi, per qualsiasi causa, il regresso non è ammesso ed è del tutto indifferente che il coobbligato, con il pagamento, abbia totalmente assolto la sua obbligazione (per esempio di fideiussione parziale) esigendosi per il sistema della legge l'adempimento per intero ex parte creditoris (e non debitoria). Specularmente, non appare ammissibile che il diritto di regresso possa in qualche modo trovare ingresso in sede di verifica dei crediti prima del pagamento del creditore principale. B) La portata precettiva della L. Fall., art. 61, coincide con quella dell'art. 1299 c.c.; se la prima disposizione non avesse una precisa funzione connessa alla sedes materiae, sarebbe meramente ripetitiva del generale principio stabilito dal codice civile e, come tale, del tutto pleonastica. In realtà, diversamente da quanto opinato dalla giurisprudenza in discorso, la L. Fall., art. 61, si spiega come norma speciale introduttiva di una eccezione al principio della opponibilità al creditore comune dei pagamenti parziali ricevuti e completa la tutela così apprestata al creditore predetto sottraendolo al concorso con il credito di regresso del fideiussore, che pure fosse esercitabile da costui sulla base della disciplina di diritto comune.

La ratio del sistema poggia sull'esigenza che non si creino, per effetto dei pagamenti da parte dei coobbligati e dell'esercizio di regresso contro i falliti, duplicazioni di concorso dello stesso credito nel passivo, con conseguenti duplicazioni di accantonamenti in sede fallimentare a favore di una stessa pretesa creditoria, diminuendo la massa ripartibile fra gli altri creditori; donde la necessità che la situazione sia stabilizzata al momento della dichiarazione di fallimento e sia mantenuta ferma sino a che il credito principale non scompaia per intero dal passivo (cfr. Cass. nn. 703/1962, 188/1966).

La tesi qui avversata, pur ritenendo di attribuire alla norma di cui alla L. Fall., art. 61, la ratio di evitare la duplice ammissione nello stato passivo dello stesso credito, esercitato in via principale e in via di regresso (sia pure "con riserva"), finisce per interpretarla nel senso che realizza proprio una tale duplicazione, creando così varie situazioni problematiche nel rapporto tra i due crediti, per le quali la legge fallimentare non prevede alcuna disciplina (si pensi, tra l'altro, al calcolo della massa passiva e al diritto di voto nel procedimento di concordato fallimentare). Particolarmente problematica sul piano pratico sarebbe la

soluzione del caso che verrebbe a crearsi quando il creditore comune si insinui al passivo dopo che vi sia stato già ammesso sotto condizione il coobbligato (dovendo, secondo taluno, in tale ipotesi farsi un improprio ricorso alla l. Fall., art. 102), nonché l'ipotesi del creditore che ottenga un pagamento soltanto parziale dal coobbligato in bonis già ammesso al passivo per l'intero suo futuro credito di regresso. Senza considerare che, essendo obbligatorio per i crediti ammessi con riserva dell'avveramento della condizione l'accantonamento L. Fall., ex art. 113, si verificherebbe, sia pure in via temporanea, il concorso di due soggetti per lo stesso credito, con ingiusto danno per gli altri creditori concorrenti. In realtà, al contrario di quanto si afferma nelle sentenze sopra citate, tra la L. Fall., art. 55, comma 3, e la l. Fall., art. 61, comma 2, vi è un'antinomia che si risolve con la prevalenza della seconda norma sulla prima, non potendosi considerare credito condizionale ammissibile con riserva un credito oggetto di un'azione che la stessa legge consente di esperire solo in presenza di determinati presupposti.

Non sussiste, quindi, alcuna regola atta a impedire al fideiussore di far valere il suo credito di regresso verso il fallito, una volta che abbia onorato la fideiussione prestata, e così ugualmente a chiunque divenga creditore del fallito successivamente al fallimento, in virtù di un atto o fatto giuridico che trovi una causa genetica prima dell'apertura del concorso ovvero che non sia compiuto o determinato proprio dal fallito. L'ammissione con riserva indicata dalla giurisprudenza che si contrasta non può mai essere considerata una iniziativa necessaria, perché al coobbligato in bonis rimane sempre aperta la via di una insinuazione, anche tardiva, al passivo a titolo diretto e definitivo (e con attitudine a trovare utile collocazione sul ricavato), dopo essere stato escusso dal creditore. D'altronde, non si comprende in che modo si possa considerare il credito del fideiussore come sorto da fatti giuridici posti in essere prima del fallimento, ma divenuto liquido ed esigibile in epoca successiva e poi escluderne l'ammissibilità a pagamento avvenuto a seguito di istanza L. Fall., ex art. 101, per il solo fatto che in precedenza, nella sede appropriata (verifica dei crediti), non se ne sia chiesta l'ammissione con riserva.

La concorsualità del credito di regresso del fideiussore in bonis, pur se riveniente da pagamento effettuato dopo la dichiarazione di fallimento del coobbligato e materialmente nascente in siffatto momento, è dunque implicita nella normativa dettata per la regolamentazione della solidarietà, giacché la L. Fall., art. 61, comma 2, come si è visto, consente inequivocamente e senza condizioni l'esercizio del regresso del coobbligato quando il creditore sia stato integralmente soddisfatto dopo la dichiarazione di fallimento di altro coobbligato. Mentre, in caso di pagamento parziale, il fideiussore non può trovare ingresso nel passivo fallimentare - in quanto, a norma della L. Fall., art. 61, comma 1, il creditore resterebbe insinuato o potrebbe insinuarsi per l'intero fino all'integrale soddisfacimento, e quindi l'ammissione del fideiussore creerebbe una duplicazione di debiti - in caso di pagamento integrale, l'ammissione del fideiussore al passivo fallimentare si accompagna

all'automatica estromissione del creditore originario. Ne deriva che, ai sensi della suesposta ricostruzione giuridica, resta precluso il campo ad ogni possibile duplicazione della medesima posta creditoria, atteso che, anteriormente al pagamento, può ricevere riconoscimento nel fallimento soltanto il diritto del creditore e, posteriormente ad esso, solo quello del fideiussore che l'abbia effettuato.

D) Prevedendo la L. Fall., art. 61, comma 2, l'ipotesi specifica del regresso del coobbligato per il pagamento effettuato dopo il fallimento, non si può dire che il regresso non è consentito per la regola angolare dettata dalla L. Fall., art. 52, perché, come è stato efficacemente rilevato, ciò significa dare prevalenza a una disposizione generale su una speciale, contenute entrambe nello stesso testo legislativo ed aventi, perciò, pari efficacia nel sistema delle fonti normative; così facendo, si finisce per ricondurre un'ipotesi particolare, disciplinata espressamente dalla legge fallimentare, sotto la disciplina generale e, per rendere questa compatibile con quella, si ritiene ineludibile, ai fini del riconoscimento in sede concorsuale, l'ammissione condizionata o con riserva, di contro non richiesta nel testo di legge.

E) Una conferma che il regresso in senso stretto può essere autonomamente esercitato in sede fallimentare anche per i pagamenti successivi al fallimento (e senz'uopo di previa ammissione condizionale del relativo credito) si ricava dal disposto della L. Fall., art. 63, che prevede espressamente l'ipotesi del coobbligato solidale ad interesse comune o del fideiussore munito di una garanzia reale sui beni del consorte fallito a tutela "della sua azione di regresso" e dispone la collocazione sul ricavato della somma per la quale ha pegno o ipoteca (anche se nulla è stato ancora da lui pagato); ciò è previsto in funzione dell'assegnazione al creditore dell'importo ottenuto dalla vendita dei beni, che erano stati ipotecati o costituiti in pegno a favore del coobbligato solidale (L. Fall., art. 63, comma 2). Qui, evidentemente, il termine regresso è usato nella sua accezione tecnica o in senso stretto (non, cioè, come equipollente dell'azione di surrogazione), perché c'è una divergenza tra la posizione del creditore, in cui il coobbligato o fideiussore potrebbe surrogarsi, e l'azione di regresso assistita da garanzie reali; in altri termini, la norma presuppone inequivocabilmente una distinzione netta tra azione di regresso del coobbligato e azione diretta del creditore, perché la prima si suppone assistita da una garanzia reale che non potrebbe essere fatta valere con la proposizione della seconda. Sebbene, poi, la L. Fall., art. 63, supponga che il coobbligato in bonis non sia stato ancora escusso, il tenore della norma depone comunque a favore dell'attribuzione del regresso in senso stretto contro il debitore principale fallito anche al coobbligato - fideiussore già escusso dal creditore; sarebbe, infatti, privo di obiettiva giustificazione consentire al coobbligato del fallito di conseguire gli effetti favorevoli di tale garanzia, pur non avendo pagato alcunché (poiché l'assegnazione del ricavato al creditore va imputata, ovviamente, a deconto dell'obbligazione di garanzia), e decidere invece in senso opposto per il caso che lo stesso coobbligato sia stato costretto a soddisfare il creditore (perché la limitazione della ripetizione di quanto pagato nelle sole forme

della rivalsa con surrogazione non produrrebbe la collocazione in prelazione ipotecaria o pignoratizia). In definitiva, a seguire l'opinione secondo la quale il diritto di regresso in relazione a pagamento eseguito in corso di procedura sarebbe estraneo al concorso, al coobbligato solidale del fallito non sarebbe consentito di far valere nel fallimento le garanzie costituite a favore del suo (eventuale) credito di regresso. Tale conclusione, a parte che proporrebbe una visione della disciplina per lo meno poco equilibrata, è comunque contraddetta dal disposto della L. Fall., art. 63.

F) La tesi che giustifica la necessità dell'ammissione con riserva del credito di regresso con l'impossibilità per il solvens di insinuarsi dopo il pagamento non può essere accettata per la contraddizione concettuale su cui si fonda; infatti, il credito di regresso o è concorsuale, e allora la sua insinuazione prescinde dal momento in cui avviene il pagamento e può essere insinuato anche tardivamente, o non è concorsuale, ed allora non può essere insinuato neanche con riserva, ne' tardivamente, ne' tempestivamente. Invero, nella valutazione della concorsualità il momento rilevante rispetto all'insorgenza del credito non è quello della chiusura della verifica dinanzi al giudice delegato, ma quello precedente della dichiarazione di fallimento. Inoltre, l'interpretazione fatta propria dall'indirizzo qui contrastato porterebbe, secondo le ragioni che lo sostengono, alla illogica conseguenza che il fideiussore, se non chiede di essere ammesso in via condizionale prima del pagamento del debito garantito, una volta pagato il debito, non può più insinuarsi. È del pari difficilmente concepibile che, mentre al coobbligato che ha pagato prima del fallimento spetta il diritto di regresso, ugual diritto non debba spettare al coobbligato che abbia pagato invece dopo il fallimento, soddisfacendo per intero il creditore. L'opinione qui disattesa, peraltro, implica contraddittoriamente che il coobbligato o fideiussore non può attendere di essere prima escusso e poi insinuarsi in via pura e semplice, a differenza di quanto è consentito a tutti i creditori condizionali che possono partecipare al concorso anche dopo il verificarsi della condizione (con evidente penalizzazione del coobbligato o fideiussore che non facesse in tempo ad insinuarsi tempestivamente). In aggiunta a tali argomentazioni, va evidenziata l'irragionevolezza della conclusione cui si perviene ritenendo possibile l'ammissione con riserva di un credito non ancora sorto ed impossibile, per conseguenza, l'ammissione di quello stesso credito quando è ormai sorto a seguito dell'integrale pagamento del creditore principale. È innegabile, infatti, che se l'ammissione trova ostacolo nella L. Fall., art. 52, per un credito già sorto, a maggiore ragione dovrebbe incapparvi lo stesso credito quando è ancora eventuale. D'altra parte, ancorando la soluzione della questione dibattuta a una visione formalistica del disposto della L. Fall., art. 52, si verrebbe a realizzare una vera e propria anamorfosi, cioè l'inserimento nel quadro generale di un elemento avente una prospettiva diversa da quella che sorregge l'architettura dell'oggetto principale: infatti, invece di assicurare la par condicio si verrebbe a penalizzare un creditore (il fideiussore) con un indebito e non giustificato vantaggio per il restante ceto creditorio.

La cartina di tornasole delle irrazionali conseguenze alle quali si andrebbe incontro aderendo alla tesi che qui si contrasta è data proprio dalla fattispecie esaminata, la cui peculiarità risiede nel fatto, davvero insolito, che il credito di regresso, del quale il fideiussore ha chiesto in via tardiva l'ammissione con riserva (alla stregua di quanto richiesto dalla giurisprudenza qui oggetto di revisione), è divenuto esigibile e liquido a seguito dell'escussione da parte del creditore in corso di procedimento L. Fall., ex art. 101, sfociato nella fase contenziosa per l'opposizione del curatore. In questo caso, al momento della sua proposizione, la domanda era "rituale" e il credito ammissibile con riserva, non essendo stato ancora il fideiussore escusso dal creditore. Sarebbe veramente singolare ritenere che il credito di regresso sia divenuto insinuabile perché, nelle more del procedimento avviato ai sensi della L. Fall., art. 101, il fideiussore ha dovuto pagare il creditore comune e, quindi, che proprio il verificarsi dell'evento cui era condizionata l'ammissione al passivo della pretesa del fideiussore è valso a impedirne l'ammissione ormai in via definitiva.

G) Pur avendo la sua causa diretta nel pagamento eseguito dal consorte in bonis, il credito di regresso sostituisce in pratica nella massa passiva quello del creditore comune. Per tale effetto di sostituzione soggettiva questa Corte, in sintonia con autorevole dottrina, ha più volte riconosciuto che l'azione di regresso spettante al debitore solidale che abbia effettuato il pagamento è in sostanza un'azione di surrogazione mediante la quale egli subentra nei diritti del creditore soddisfatto, di modo che, se il creditore non poteva più agire nei confronti di uno dei condebitori solidali, per il verificarsi di una prescrizione o di una decadenza, detto fatto estintivo può essere utilmente opposto anche al condebitore attore (vedi Cass. nn. 4852/1995, 1762/1982, 5777/1973). Il diritto di regresso, quindi, non porta alcun incremento illegittimo del passivo, dato che alla collocazione sul ricavato del regresso corrisponde l'esclusione del diritto al riparto del creditore originario, per un importo equivalente o superiore.

Il principio della cristallizzazione del passivo, cui in apparenza deroga la L. Fall., art. 61, comma 2, in realtà non viene derogato, perché la norma di cui alla L. Fall., art. 52, destinata alla tutela della massa creditoria, è perfettamente compatibile con la norma speciale, riferita testualmente ai soli coobbligati falliti, ma estesa anche all'ipotesi di pagamento effettuato dal fideiussore in bonis del fallito; di vero, al pagamento previsto dal predetto enunciato normativo si accompagna la fuoriuscita dal concorso del creditore eventualmente insinuato al passivo e successivamente soddisfatto o la preclusione di una sua insinuazione dopo l'avvenuta estinzione del credito.

È, dunque, evidente che la insinuazione incondizionata del regresso del fideiussore al passivo del fallimento del debitore principale fallito - contenuta nei limiti del capitale e degli accessori, di cui il creditore aveva chiesto, o avrebbe potuto chiedere, l'ammissione - non urta contro il preteso ostacolo costituito dalla L. Fall., art. 52. Il fideiussore che ha pagato interamente il credito dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale viene surrogato ex lege (art. 1203 c.c., n. 3) nei

diritti del creditore, azionati o no dallo stesso creditore in sede fallimentare;

se, quindi, si insinua al passivo fallimentare, tempestivamente o tardivamente, dichiarando che esercita il diritto di rivalsa, dovrà essere ammesso al passivo nei limiti in cui era stato ammesso, o poteva essere ammesso, il creditore; il principio della immutabilità del passivo, che non riguarda le modificazioni soggettive nell'ambito della categoria dei crediti collocabili sul ricavato fallimentare, risulta così rispettato nella sostanza. Non vi è alcuna modificazione della situazione creditoria cristallizzata con la dichiarazione di fallimento: nel passivo vi era un certo ammontare di credito che rimane tale anche dopo che un terzo abbia provveduto, al di fuori del fallimento, al pagamento; a variare è il nome del creditore, ma ciò non comporta alcuna mutazione in peius per il restante ceto creditorio. Il pagamento ad opera del fideiussore, in definitiva, integra l'elemento che gli permette di insinuare il proprio credito di regresso nel fallimento del debitore e che opera, in pari tempo, come causa estintiva del credito vantato verso il medesimo debitore da parte del creditore in cui favore è stata prestata la fideiussione.

H) Ciò non vuoi dire, però, che il regresso previsto dalla L. Fall., art. 61, comma 2, sia contenutisticamente limitato alla sola rivalsa con surrogazione del solvens nei diritti del creditore soddisfatto; anzi, come si è già evidenziato (vedi sub E), l'espressa previsione del regresso ha un significato proprio se riferito al regresso in senso stretto, giacché la rivalsa con surrogazione, lo ha recentemente affermato anche questa Corte (vedi sent. n. 19097/2007), deriva comunque dai principi (artt. 1203 e 1949 c.c.), trattandosi del subentro in un diritto idoneo a partecipare al concorso, ove non sussiste alcun dubbio di violazione della L. Fall., art. 52.

A comprova del fatto che la L. Fall., art. 61, si riferisce all'azione di regresso in senso stretto, va rilevato che, solo esercitando detta azione, il fideiussore solvente può chiedere il rimborso delle spese sostenute (e il risarcimento degli eventuali danni patiti) anteriormente al fallimento, dopo avere denunciato al debitore le istanze rivolte contro di lui.

In diversi termini, il credito che si fa valere col regresso potrebbe certamente essere più esteso del credito in cui il coobbligato è surrogato, comprendendo anche diritti (interessi, spese), acquistati in proprio dal fideiussore con il pagamento, che non derivano dalla posizione del creditore soddisfatto, con la conseguenza che, almeno in relazione a questi ultimi diritti sorti dopo il fallimento, non potrebbe essere ammesso nel fallimento per l'ostacolo derivante dalla citata L. Fall., art. 52. Tuttavia, l'obiezione, indubbiamente valida, comporta soltanto che il regresso è esercitabile nel fallimento limitatamente ai diritti che il creditore aveva preteso, o avrebbe potuto pretendere, in sede fallimentare e in cui il fideiussore resta surrogato, nonché alle spese sostenute da quest'ultimo ex art. 1950 c.c., comma 2, con esclusione degli interessi maturati sul capitale dopo la dichiarazione di fallimento (salvo si tratti di credito garantito da ipoteca, pegno o privilegio) e degli ulteriori diritti che il solvens acquista in proprio dopo il fallimento.

È, dunque, erronea la premessa del ragionamento fatto dalla giurisprudenza in esame, non essendo affatto vero che tutti i diritti del coobbligato agente in regresso sorgano dopo il fallimento. Col che si conferma l'insussistenza del ravvisato ostacolo della L. Fall., art. 52 all'esercitabilità e insinuabilità incondizionata del diritto di regresso per l'integrale pagamento del creditore successivo al fallimento del consorte fallito limitatamente ai diritti derivati dai crediti del creditore soddisfatto e a quelli propri del fideiussore solvente anteriori al fallimento. I) Pertanto, non è sostenibile che il credito del fideiussore che ha pagato dopo la dichiarazione di fallimento non può partecipare al concorso ove in precedenza non ammesso con riserva. Il credito di regresso del fideiussore che paga il creditore durante la procedura concorsuale mutua preminentemente il connotato della concorsualità dal credito che ha contribuito a estromettere o a mantenere fuori dal concorso. Non può ravvisarsi nella L. Fall., art. 52, alcun ostacolo all'insinuazione tardiva del credito di regresso dopo il completo soddisfacimento del creditore, posto che il fideiussore che paga resta surrogato nei diritti del creditore contro il debitore e, agendo in regresso, non fa valere un credito nuovo e più ampio sorto dopo il fallimento, bensì lo stesso credito insinuato o insinuabile dal creditore soddisfatto e i propri crediti, per spese e (eventuali) danni, anteriori al fallimento.

Detta conclusione consente una equiparazione del trattamento delle azioni che competono al fideiussore escusso dal creditore nei confronti del condebitore o dei condebitori, al di là della diversità delle relative vicende attributive, e cioè l'azione di regresso (artt. 1299 e 1950 c.c.) e l'azione di surroga (artt. 44 1203 e 1949 c.c.), cui si riconosce natura sicuramente concorsuale, in quanto essa, anche se il fideiussore che ha pagato l'obbligazione del debitore fallito dopo l'apertura del fallimento non abbia provveduto in precedenza all'insinuazione del credito in via condizionale, comporta semplicemente una modifica soggettiva dell'obbligazione che si realizza col subentro del fideiussore nella posizione del creditore soddisfatto (così Cass. n. 19097/2007 cit.). È indifferente, nell'un caso come nell'altro, che il creditore risulti insinuato, o meno, al passivo fallimentare. Il fideiussore può infatti surrogarsi, nella prima ipotesi nella posizione creditoria già insinuata nel fallimento e, nella seconda, nel diritto di insinuazione spettante al creditore. Analogamente, il fideiussore può esercitare il diritto di regresso, deducendo il pagamento della somma per la quale il creditore era già insinuato o avrebbe potuto insinuarsi e gli eventuali ulteriori crediti maturati in proprio prima dell'apertura della procedura concorsuale. In entrambi i casi, intervenuto il soddisfacimento integrale del creditore, sussiste per il fideiussore la possibilità di insinuare nel fallimento il proprio credito verso il debitore principale, nelle forme dell'insinuazione tempestiva oppure di quella tardiva, a seconda dello stadio cui la procedura sia pervenuta all'atto del pagamento.

Nè l'esercizio del regresso, in caso di avvenuta ammissione del creditore cui il fideiussore subentra, sarebbe escluso dalla intangibilità dello stato passivo, ovverosia dalla efficacia preclusiva, all'interno della procedura fallimentare, dello stato passivo approvato e reso esecutivo dal giudice



delegato e non impugnato nelle forme e nei termini di legge (come invece affermato da Cass. n. 16078/2004). Invero, l'estinzione di un credito già ammesso al passivo fallimentare può, anzi deve essere tenuta presente dal curatore nel predisporre il riparto e le eventuali contestazioni vanno risolte in sede di decisione sulle osservazioni al progetto di riparto e/o di reclamo avverso il decreto che rende esecutivo il piano medesimo (vedi, per qualche riferimento, Cass. n. 8669/1995).

Nè, ancora, potrebbe dirsi che il diritto di regresso in senso stretto sarebbe snaturato ove non fossero insinuabili al passivo anche i crediti per interessi e spese successivi al fallimento. Di vero, con riferimento al fallimento del debitore principale, la normale dinamica del rapporto fideiussorio, quando esso interagisce con il procedimento concorsuale, subisce gli effetti determinati dalla insolvenza del debitore medesimo. La inderogabilità del principio della par condicio creditorum e la correlativa stabilizzazione delle posizioni giuridiche al momento della dichiarazione di fallimento tendono, cioè, a imporre alla disciplina fisiologica della fideiussione diverse anomalie. Per un necessario adattamento al sistema fallimentare il credito di regresso non può far ricavare più di quanto poteva chiedere il creditore e lo stesso fideiussore per crediti acquistati in proprio anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

Non è in definitiva esatto affermare che le regole inderogabili del concorso consentono la surrogazione del fideiussore perché solo in tal modo si potrebbe far valere una pretesa creditoria concorsuale che non sarebbe, invece, connaturata al diritto di regresso. Il pagamento compiuto dal fideiussore viene utilizzato dalla legge quale presupposto del mutamento soggettivo del rapporto obbligatorio, fermi restando la causa iniziale e il contenuto originario dell'obbligazione. Il credito fatto valere dal fideiussore, quindi, sia in via di surrogazione ex art. 1949 c.c. o in via di regresso ex art. 1950 è (in toto nella prima ipotesi, prevalentemente nella seconda) quello che faceva capo al creditore e la sua natura non può che restare concorsuale. Non lo è, invece, quella parte di obbligazione accessoria che consegue al diritto di regresso per la quale, come per la surrogazione, non sussiste alcun ingresso per l'ammissione al passivo. Ciò non sposta minimamente i termini relativi alla concorsualità del diritto di regresso e della compatibilità della relativa azione con la procedura fallimentare. Un conto è infatti il profilo dell'esercitabilità e della insinuabilità del diritto di regresso al passivo fallimentare, altro conto è il profilo del quantum insinuabile a tale titolo al passivo fallimentare.

Va, in conclusione, affermato il principio per cui "il credito di regresso del fideiussore che abbia pagato integralmente il creditore dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale fallito ha natura concorsuale in quanto, oltre a trarre origine da un atto giuridico anteriore all'apertura della procedura fallimentare, esclude dal concorso, con effetto surrogatorio, il credito estinto e può quindi essere esercitato dal solvens, nei limiti imposti dalle regole inderogabili del concorso, anche quando questi non abbia chiesto e ottenuto in precedenza la insinuazione al passivo con riserva, L. Fall., ex art. 55, della propria pretesa di rivalsa". Poiché nella specie non risulta neanche dedotto dalla

curatela ricorrente che la Assicurazione abbia chiesto di insinuarsi per un importo complessivamente superiore al credito, soddisfatto, dei comuni garantiti e a quello (eventualmente) acquisito in proprio prima del fallimento, corretta è la statuizione della corte lagunare che ne ha accolto la domanda di insinuazione pura e semplice del credito di regresso azionato nelle forme di cui alla L. Fall., art. 101.

Nella natura delle questioni trattate si ravvisa la presenza di giusti motivi per la totale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.  
LA CORTE

Rigetta il ricorso e compensa le spese.

Così deciso in Roma, il 13 dicembre 2007.

Depositato in Cancelleria il 17 gennaio 2008.

(Provvedimento e massime tratti dalla rivista on-line [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) – riproduzione riservata)

