

# Il fideiussore tra surroga e regresso

Francesca Fabris

## ABSTRACT

*Non sempre il fideiussore che diligentemente ha onorato le proprie obbligazioni "pagando" il debito altrui, trova concreta tutela nel caso in cui il debitore fallisca. In alcune ipotesi, infatti, egli può dover esperire il diritto di regresso, in altre il diritto di surroga. Il presente articolo mira ad analizzare le problematiche che il fideiussore può dover affrontare in tale ipotesi e, ad evidenziare possibili soluzioni delle stesse anche alla luce di recente Giurisprudenza.*

**SOMMARIO:** 1. IL RISCHIO DI INADEMPIMENTO DEL DEBITORE E LA FIDEIUSSIONE 2. SURROGA E REGRESSO DEL FIDEIUSSORE 3. IL PRINCIPIO DI CRISTALLIZZAZIONE DEI CREDITI NELL'INSINUAZIONE AL PASSIVO DEL FIDEIUSSORE

### 1. IL RISCHIO DI INADEMPIMENTO DEL DEBITORE E LA FIDEIUSSIONE

Stipulare un contratto impone la sopportazione del rischio dell'inadempimento del debitore, rischio che a detta stipulazione è imprescindibilmente collegato.

È ben vero che il debitore risponde con tutto il proprio patrimonio nel caso di inadempimento delle obbligazioni dallo stesso assunte<sup>1</sup>, ma sempre più spesso, purtroppo, ciò non è sufficiente. Vi è infatti una certa tendenza dei debitori a non tutelare i creditori spossessandosi magari dei propri beni o, più semplicemente, dilapidando proprio quel patrimonio che dovrebbe fungere da garanzia per il creditore.

Quest'ultimo che, ovviamente, mira alla propria completa soddisfazione ha quindi 1 art. 2740 co. I cc: «Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri».

## PAROLE CHIAVE

FIDEIUSSORE;  
REGRESSO;  
SURROGA;  
AZIONE,  
FALLIMENTO.

un'impellente necessità, quella di coprire il rischio di rimanere insoddisfatto a causa dell'insolvenza del debitore.

Al creditore giungono, allora, in aiuto le cosiddette garanzie semplici «quelle che si stabiliscono a vantaggio del creditore senza la costituzione di un particolare rapporto con una cosa determinata e senza la costituzione di un diritto di prelazione»<sup>2</sup>.

La costituzione di tale garanzia si concretizza nell'assunzione da parte di un soggetto terzo di un obbligo personale ed accessorio all'obbligazione del debitore principale.

L'affiancare all'obbligazione principale un'obbligazione accessoria determina un concreto allargamento della responsabilità patrimoniale e conseguentemente garantisce<sup>3</sup> il creditore dal rischio di inadempimento del debitore, o, quantomeno, riduce il rischio che il creditore rimanga insoddisfatto.

«È fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui. La

<sup>2</sup> A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, XXXIX ed., Padova, p. 621.

<sup>3</sup> È ovvio che tale garanzia viene meno nel caso in cui né il debitore principale né il fideiussore siano solvibili.

fideiussione è efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza»<sup>4</sup>, così il *Codice Civile* definisce la figura del fideiussore e, *de relato*, la fideiussione stessa. Questa si costituisce, generalmente<sup>5</sup>, per contratto, in forza del quale un soggetto terzo, sulla base dell'accordo concluso con il creditore<sup>6</sup>, si obbliga verso costui garantendo l'adempimento di una o più obbligazioni del debitore principale<sup>7</sup>.

Dopo la scadenza del debito, il creditore, può rivolgersi direttamente al fideiussore<sup>8</sup>.

A questo punto è opportuno esaminare cosa succede quando il fideiussore garantisce l'adempimento dell'obbligazione principale e, pertanto, paga il debito.

## 2. SURROGA E REGRESSO DEL FIDEIUSSORE

Il nostro ordinamento tutela il fideiussore che, in adempimento della obbligazione fideius-

4 art. 1936 cc.

5 Solitamente l'allargamento della responsabilità patrimoniale come sopra descritta dipende dalla volontà del garante e dall'accordo di costui con il creditore garantito, ma a volte la garanzia trova il proprio fondamento nella legge. Si rammenta, ad esempio, la responsabilità sussidiaria dei soci accomandatari nelle sas o la garanzia del pagamento che si assume il cedente nella cessione del credito fatta *pro solvendo*.

6 Non è infatti necessario che il terzo ed il debitore si siano accordati affinché il terzo stipuli la fideiussione, ben potendo quest'ultimo ignorare il fatto stesso che un terzo stia garantendo l'adempimento delle sue obbligazioni, come espressamente stabilito dall'art. 1936 cc sopra citato.

7 La fideiussione si caratterizza non solo per essere un'obbligazione accessoria rispetto quella principale, ma anche per l'identità di oggetto con l'obbligazione principale garantita. La fideiussione può essere prestata per l'intero debito o per una sua parte, alle stesse condizioni o a condizioni meno onerose, ma mai a condizioni più onerose, *Codice Civile*, cit. art. 1941.

8 U. Salvestrioni, *Solidarietà di interessi e di obbligazioni*, Padova, 1974. Solitamente il fideiussore è obbligato in solido con il debitore principale che può rivolgersi indifferente e direttamente tanto a lui quanto al debitore. L'obbligazione del fideiussore ha, invece, carattere sussidiario solo nell'ipotesi in cui sia stato pattuito il *beneficium excussionis*. Ciò implica che il fideiussore cui il creditore ha richiesto il pagamento può opporre il beneficio al creditore, può, cioè, invitare il creditore ad escutere prima il debitore principale e solo successivamente il fideiussore.

soria, paga il creditore. Gli artt. 1949<sup>9</sup> e 1950<sup>10</sup> cc stabiliscono rispettivamente la surrogazione del fideiussore nei diritti del creditore ed il regresso del fideiussore contro il debitore principale.

Surroga e regresso si fondano su un identico presupposto, quello dell'adempimento da parte del fideiussore del debito garantito; rispondono, però, a *diversa ratio*.

Con la surroga, infatti, una posizione si sostituisce ad un'altra posizione<sup>11</sup>, il fideiussore acquisisce la stessa posizione del creditore garantito, potendo così esercitare i singoli diritti e le azioni che prima spettavano al creditore nei confronti del debitore principale. Ciò che caratterizza la surroga è il fatto che i diritti e le azioni che il fideiussore (nuovo creditore) fa valere scaturiscono inevitabilmente dal rapporto originario tra creditore e debitore principale, rapporto nel quale successivamente si è innestata la surroga. Tale surrogazione viene definita legale<sup>12</sup> in quanto opera di diritto, ovvero non vi

9 «Il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore».

10 «Il fideiussore che ha pagato ha regresso contro il debitore principale, benché questi non fosse consapevole della prestata fideiussione. Il regresso comprende il capitale, gli interessi e le spese che il fideiussore ha fatte dopo che ha denunziato al debitore principale le istanze proposte contro di lui. Il fideiussore inoltre ha diritto agli interessi legali sulle somme pagate dal giorno del pagamento. Se il debito principale produceva interessi in misura superiore al saggio legale, il fideiussore ha diritto a questi fino al rimborso del capitale. Se il debitore è incapace, il regresso del fideiussore è ammesso solo nei limiti di ciò che sia stato rivolto a suo vantaggio».

11 Corte d'Appello di Torino, sentenza del 23/2/2009: «Con unico, complesso ed articolato, motivo di gravame, la Bongiovanni Legno s.r.l. in a. s. deduce erronea interpretazione ed applicazione delle norme in tema di surrogazione e di accertamento dei crediti nel concorso fallimentare (con specifico riferimento all'estensione della prelazione e dell'entità della rivalutazione e degli interessi), dovendo la surroga prevista, in favore del Fondo di garanzia istituito presso l'I.N.P.S., essere correttamente intesa, anche sulla scorta di insegnamento giurisprudenziale richiamato, come sostituzione della sua posizione esattamente a quella del lavoratore sostituito, parimenti soggetto alle limitazioni stabilite dalla disciplina fallimentare per le voci di rivalutazione monetaria ed interessi».

12 artl 1203 cc.

è la necessità della volontà, in tal senso, del creditore e del debitore<sup>13</sup>.

Con il regresso, invece, il fideiussore che ha pagato va a recuperare dal debitore principale le somme tassativamente indicate nell'art. 1950 cc<sup>14</sup> e ciò a prescindere dal rapporto intercorso tra creditore e debitore principale. Il regresso vedrebbe quindi sorgere un diritto, quello alla restituzione degli esborsi sostenuti, in via originaria, per effetto dell'avvenuto pagamento e solo dopo che il fideiussore abbia pagato il debito cui la garanzia afferisce.

Surrogazione e regresso, alla luce di quanto sin qui brevemente evidenziato, sono due rimedi distinti che producono effetti nettamente diversi<sup>15</sup>.

Posto che al fideiussore che adempie la propria obbligazione pagando il debito principale vengono riconosciuti il diritto di surroga ed il regresso, passiamo ad esaminare se, il fideiussore è surrogato nei diritti del creditore ed ha regresso contro il debitore principale anche nel caso in cui il fideiussore paghi dopo che il debitore principale è stato dichiarato fallito.

### 3. IL PRINCIPIO DI CRISTALLIZZAZIONE DEI CREDITI NELL'INSINUAZIONE AL PASSIVO DEL FIDEIUSSORE

La dichiarazione di fallimento provoca la cristallizzazione della situazione patrimoniale del fallito.

13 Secondo l'indirizzo prevalente in dottrina la surrogazione legale opererebbe automaticamente, addirittura a prescindere dalla dichiarazione del terzo che ha pagato di volersi surrogare al creditore soddisfatto. Cfr, in tal senso E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, Milano, 1955, p. 62; F. Galgano, *Obbligazioni in generale*, in *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, p. 126. In Giurisprudenza in tal senso si rammenta la sentenza n. 6240 del 24/11/1981 della Corte di Cassazione.

14 Capitale, interessi e spese sostenute per effetto dell'esecuzione della prestazione di garanzia.

15 L'orientamento giurisprudenziale in tal senso è ormai consolidato, ciononostante una parte minoritaria della dottrina mira a sostenere che il regresso sarebbe, invece assorbito nella surrogazione rappresentando il momento dinamico di quest'ultima. Si veda in tal senso M. Fragali, *Fideiussione e mandato di credito*, in AA.VV., *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1968, pp. 350ss.

Ciò implica *in primis* che il corso degli interessi convenzionali o legali viene sospeso alla data della dichiarazione di fallimento<sup>16</sup>. Proprio alla luce di quanto sopra visto relativamente al regresso, ne consegue che «il fideiussore che abbia pagato il debito dopo il fallimento del debitore principale può esercitare nella procedura concorsuale soltanto l'azione surrogatoria e non quella di regresso, più ampia e comprensiva degli interessi e delle spese sostenute, poiché, ai sensi dell'art. 55 l.fall., la dichiarazione del fallimento sospende il corso degli interessi; comportando l'azione di surroga un mutamento meramente soggettivo nella persona del creditore, senza incidere sulla qualità e quantità del credito, deve escludersi che l'insinuazione al passivo del fideiussore possa porsi in contrasto con il principio di cristallizzazione dei crediti determinata dalla procedura fallimentare»<sup>17</sup>. Secondo alcuni, però, l'azione surrogatoria dovrebbe dal fideiussore comunque essere esercitata tempestivamente; egli dovrebbe insinuarsi al passivo del fallimento del debitore principale sostituendosi al creditore pagato entro i trenta giorni antecedenti l'udienza di verifica dei creditori del fallimento<sup>18</sup>.

La dichiarazione di fallimento funge poi da spartiacque per l'insinuazione al passivo del fallimento.

Vengono ammessi al passivo del fallimento i creditori i cui crediti esistevano già al momento del fallimento<sup>19</sup>.

Emerge sin da subito una delle problematiche relative all'ammissione del fideiussore al passivo del fallimento del debitore.

Se, infatti, nessun dubbio vi può essere in merito all'ammissione al passivo del fideiussore che abbia pagato il creditore prima del

16 A meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca pegno o privilegio come stabilito dagli artt. 55 e 54 del r.d. 16/3/1942 n. 267.

17 Cass. civ., sez. I, 12-10-2007, n. 21430.

18 Salva sempre la non conoscibilità, per causa al fideiussore non imputabile. da parte del fideiussore stesso dell'intercorso fallimento del debitore garantito, ipotesi questa che consentirebbe l'insinuazione tardiva al fallimento.

19 Non sono ammissibili crediti successivi alla dichiarazione di fallimento.

fallimento del debitore<sup>20</sup>, non vi è la medesima certezza nel caso in cui il fideiussore abbia effettuato il pagamento dopo la dichiarazione di fallimento del debitore.

Secondo una parte della Giurisprudenza il fideiussore che non abbia pagato il creditore prima del fallimento del debitore principale dovrebbe essere annoverato tra i creditori condizionali di cui all'art. 55 l.fall. Ne consegue che, secondo detta Giurisprudenza<sup>21</sup>, il fideiussore dovrebbe essere ammesso al passivo con riserva, in tal modo le somme corrispondenti verrebbero accantonate a suo favore in vista del verificarsi della *conditio* per l'esercizio del diritto di regresso o surroga da parte del fideiussore stesso.

Il fine di detta soluzione è chiaro: evitare che l'esecuzione di riparti nelle more dell'escussione della garanzia possa pregiudicare i diritti di credito del fideiussore.

Questa interpretazione è stata sovvertita dalla sentenza n. 903 del 17 gennaio 2008 della Corte di Cassazione, ove si legge «Motivi della decisione. – (Omissis). Con il terzo motivo, il ricorrente denuncia “violazione dell'art. 360, n. 3, c.p.c. in relazione agli art. 55 e 61 l.fall. 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, ovvero sia 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.

20 In tal caso infatti il credito del fideiussore esisteva sicuramente prima della dichiarazione di fallimento

21 Cass. 21 luglio 2004, n. 13508; 27 giugno 1998, n. 6355; 12 luglio 1990, n. 7222; 5 luglio 1988, n. 4419

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 (v. Cass. 3439/78, Foro it., Rep. 1978, voce Fallimento, n. 331; 4419/88, id., 1988, I, 2873; 7222/90, id., Rep. 1991, voce cit., n. 488; 6355/98, id., Rep. 1999, voce cit., n. 689).

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 ex art. 55, 3° comma, l.fall., 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 dell'art. 61, 2° comma, l.fall., 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, l'art. 61, 2° comma, l. fall. prevede l'ipotesi del regresso nel fallimento in corrispondenza all'analogo diritto esercitabile in sede 21 Cass. 21 luglio 2004, n. 13508; 27 giugno 1998, n. 6355; 12 luglio 1990, n. 7222; 5 luglio 1988, n. 4419. *extrafallimentare*, ai sensi dell'art. 1299 c.c.; tuttavia, poiché i creditori divenuti tali dopo la dichiarazione di fallimento (art. 52 l. fall.) 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 dell'art. 101 l. fall., 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 al 3° comma dell'art. 55 l. fall. e ammessi con riserva. Dal coordinamento di questa norma con la citata disposizione dell'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 (v., in particolare, sentenze 4419/88 e 7222/90, cit.).

In altre parole, il principio di cristallizzazione della massa passiva di cui all'art. 52 l. fall. 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 dell'art. 55, 3° comma, l. fall. 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 dall'art. 52 l. fall.; sicché il fideiussore (o 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 dell'esistenza di un diritto compiutamente costituito che non sia azionabile; del resto, anche qualora ciò fosse astrattamente ammissibile, occorrerebbe almeno l'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 dell'azione di regresso, questa dovrebbe comunque realizzarsi prima della decisione del giudice fallimentare sulla relativa domanda di insinuazione del coobbligato, che pacificamente dà luogo a un giudizio di cognizione piena, idoneo a costituire un 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 c.d. cristallizzazione del passivo alla data della sentenza di fallimento, non appare giustificato, anzitutto, dall'esame delle disposizioni della legge fallimentare. L'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 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 sorge il credito nei confronti del fallito, bensì il tempo in cui il terzo proprietario abbia assolto l'onere che gli incombeva ai fini dell'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 dall'art. 71 l. fall., a tenore del quale colui che, per effetto della revoca prevista nelle dispo-

sizioni precedenti, ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito. Anche la disposizione contenuta nell'art. 56 l. fall. 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'antiorità del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte (cfr., per tutte, Cass., sez. un., 775/SU/99, id., 2000, I, 2892). Inoltre, diverse sono le soluzioni già adottate dalla giurisprudenza per disciplinare casi rientranti in previsioni normative quali quelle degli art. 72, 74 e 80 l. fall., con le quali si è ammessa l'insinuazione al passivo di crediti maturati in costanza di fallimento. Anche l'art. 61, 2° comma, 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 ex art. 55, 3° comma, l. fall.» (così, espressamente, Cass. 4419/88 e 7222/90, 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 dell'art. 61, 2° comma, 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 paga-

menti 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* dell'art. 61 (v., infra, lett. A, B e C [sic]); all'impossibilità di far leva sul principio di cui all'art. 52 l. fall. per giustificare la necessità di chiedere l'ammissione con riserva al passivo del credito di regresso (vedi lett. D); alla rilevanza assorbente, in senso favorevole all'ammissibilità dell'esercizio del diritto di parola, di quanto testualmente previsto dall'art. 63 l. fall. (v. sub lett. E); alle incongruenze cui conduce la tesi sin qui seguita dalla Cassazione (v. sub lett. F); alla compatibilità dell'esercizio incondizionato del diritto di regresso con il principio della cristallizzazione del passivo, quale fotografato dalla sentenza dichiarativa del fallimento (v. sub lett. G); all'indubitabile riferimento, operato dalla disciplina fallimentare (art. 61-63), al diritto di regresso in senso stretto (v. sub lett. 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 (v. sub lett. I).

A) Gli art. 61 e 62 l. fall. 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 (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 (art. 62, 1° e 2° comma).

Orbene, dal tenore letterale delle due disposizioni risulta che la distinzione fra le due ipotesi (dell'art. 61 e dell'art. 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 l'art. 61) oppure sia anteriore alla dichiarazione (nel qual caso si applica l'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 degli art. 61 e 62, 1° e 2° comma, l. fall., 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 *debitoris*). 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 dell'art. 61 l. fall. 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, l'art. 61 l. fall. si spiega come norma speciale introduttiva di una eccezione al principio dell'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. 703/62, id., 1962, I, 926; 188/66, id., 1966, I, 1792).

La tesi qui avversata, pur ritenendo di attribuire alla norma di cui all'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 all'art. 102 l. fall.), 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 all'avveramento della condizione l'accantonamento ex art. 113 l. fall., si verifichebbe, 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 l'art. 55, 3° comma, e l'art. 61, 2° comma, l. fall. 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 ex art. 101 l. fall. 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 il 2° comma

dell'art. 61 l. fall., 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 dell'art. 61, 1° comma, 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 suesa posta 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 quella del fideiussore che l'abbia effettuato.

D) [sic] Prevedendo l'art. 61, 2° comma, 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 dall'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 dell'art. 63, che prevede espressamente l'ipotesi del coobbligato solidale ad interesse comune o del fideiussore muni-

to 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 (art. 63, 2° comma, l. fall.). 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, l'art. 63 l. fall. 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 pignoratoria). 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 dell'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, né tardivamente, né 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 nell'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 dell'art. 52 l. fall., 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 ex art. 101 l. fall. 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 ininsinuabile perché, nelle more del procedimento avviato ai sensi dell'art. 101 l. fall., 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 creditore 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 (v. Cass. 4852/95, id., Rep. 1996, voce Trasporto marittimo, n. 71; 1762/82, id., Rep. 1983, voce Obbligazioni in genere, n. 40; 577/73, id., 1973, I, 2126). 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 l'art. 61, 2° comma, in realtà non viene derogato, perché la norma di cui all'art. 52 l. fall., 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 l'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 dall'art. 52. Il fideiussore che ha pagato interamente il credito dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale viene surrogato *ex lege* (art. 1203, n. 3, c.c.) nei diritti del creditore, azionati o no dallo stesso creditore in sede fallimentare; se, quindi, s'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 dell'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 cristallizzatasi 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 d'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 vuol dire, però, che il regresso previsto dall'art. 61, 2° comma, sia contenutisticamente limitato alla sola rivalsa con surrogazione del *solvens* nei diritti del creditore soddisfatto; anzi, come si è già evidenziato (v. sub lett. 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 (v. sent. 19097/07, id., Mass., 1551), deriva comunque dai principî (art. 1203 e 1949 c.c.), trattandosi del subentro in un diritto idoneo a partecipare al concorso, ove non sussiste alcun dubbio di violazione dell'art. 52 l. fall.

A comprova del fatto che l'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 denunziato 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 dal citato 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, 2° comma, c.c., 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 soltanto dopo il fallimento. Col che si conferma l'insussistenza del ravvisato ostacolo dell'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 nell'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 un'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 (art. 1299 e

1950 c.c.) e l'azione di surroga (art. 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. 19097/07, 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 d'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.

Né l'esercizio del regresso, in caso di avvenuta ammissione del creditore cui il fideiussore subentra, sarebbe escluso dalla intangibilità dello stato passivo, ovvero 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. 16078/04, id., Rep. 2004, voce Fallimento, n. 522). 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 (v., per qualche riferimento, Cass. 8669/95, id., Rep. 1996, voce cit., n. 541).

Né, 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 dall'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 dell'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 l'insinuazione al passivo con riserva, ex art. 55 l. fall., della propria pretesa di rivalsa».

Poiché nella specie non risulta neanche dedotto dalla curatela ricorrente che la Llyod Adriatico abbia chiesto d'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 all'art. 101 l. fall.».

La Suprema Corte rammenta innanzitutto che, accanto al principio di cristallizzazione del diritto, vi è anche quello dell'universalità del fallimento.

Il primo tutela 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, in forza del secondo la procedura concorsuale mira a soddisfare tutti o almeno la maggior parte possibile dei creditori del fallito e ciò «in condizioni di parità di trattamento».

La surrogazione del fideiussore nella posizione del creditore pagato non viola il principio di cristallizzazione del diritto in quanto non si ha un credito nuovo ma un mero mutamento nella titolarità di crediti preesistenti alla dichiarazione di fallimento. «Il fideiussore che ha pagato interamente il credito dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale viene surrogato ex lege (art. 1203, n. 3, c.c.) nei diritti del creditore, azionati o no dallo stesso creditore in sede fallimentare; se, quindi, s'insinua al passivo fallimentare, tempesti-

vamente 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 dell'immutabilità del passivo, che non riguarda le modificazioni soggettive nell'ambito della categoria dei crediti collocabili sul ricavato fallimentare, risulta così rispettato nella sostanza». Con la surroga ciò che muta non è il credito ma il nome del titolare dello stesso.

Non viola i principi basilari del fallimento nemmeno il regresso del fideiussore nei confronti del debitore e quindi del fallimento.

La tesi sopra richiamata che condiziona l'insinuazione del fideiussore che abbia pagato il debito dopo la dichiarazione di fallimento ad una precedente e tempestiva domanda di insinuazione al passivo con riserva, pena l'impossibilità per il fideiussore di insinuarsi, non può, secondo la Suprema Corte, essere accettata perché si fonda su un'evidente contraddizione concettuale. In breve, rimandando al testo integrale della sentenza riportato in nota, «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, né tardivamente, né tempestivamente». Non bisogna dimenticare, infatti, che nella procedura concorsuale lo spartiacque per l'ammissibilità di un credito non è quello della chiusura della verifica dinanzi al giudice delegato, ma quello della dichiarazione di fallimento, sono ammissibili i crediti esistenti al momento della dichiarazione di fallimento.

Non si può poi non considerare l'illogica conseguenza cui si giungerebbe seguendo la precedente interpretazione giurisprudenziale; il fideiussore che non chiedesse di essere ammesso in via condizionale con riserva prima del pagamento del debito garantito, una volta pagato il debito, non potrebbe più insinuarsi. Secondo detta interpretazione si riterrebbe, quindi, paradossalmente ammissibile, sia pur con riserva, un credito non ancora sorto ed impossibile l'ammissione di quel credito quando è ormai sorto a seguito dell'integrale pagamento del creditore principale, giustifi-

candone l'esclusione sulla mancanza di una precedente insinuazione con riserva.

«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. 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».

Alla luce di quanto sin qui esposto, il fideiussore che paga il debito dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale ben può far valere il proprio diritto di surroga nonché quello di regresso insinuandosi al passivo fallimentare, anche tardivamente, senza che sia necessaria alcuna preventiva istanza di insinuazione con riserva, condizionata al pagamento del debito.

*Francesca Fabris è dottore di ricerca presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova, è, inoltre, iscritta all'Albo degli Avvocati presso l'Ordine degli Avvocati di Padova ed esercita la libera professione come avvocato civilista*