



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO**

---

**Facoltà di Giurisprudenza  
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza**

**OBBLIGAZIONI SOLIDALI E FALLIMENTO.  
PROFILI APPLICATIVI DEL DIRITTO DI REGRESSO**

Relatore:  
Dott.ssa Laura Baccaglini

Laureanda:  
Annalisa Fasoli

OBBLIGAZIONI SOLIDALI – FIDEIUSSIONE – FALLIMENTO  
REGRESSO – SURROGAZIONE

Anno Accademico 2010/2011



*Ai miei genitori  
e  
alla memoria del caro nonno Bruno*



*Le idee ispirate dal coraggio  
sono come le pedine negli scacchi,  
possono essere mangiate,  
ma anche dare avvio ad un gioco vincente.*

*Johann Wolfgang von Goethe*



# **OBBLIGAZIONI SOLIDALI E FALLIMENTO.**

## **PROFILI APPLICATIVI DEL DIRITTO DI REGRESSO**

### **Indice – sommario**

#### **Capitolo 1**

#### **Introduzione alla disciplina della solidarietà passiva e del regresso nel Codice Civile**

1.	Premesse d'indagine .....	1
2.	Solidarietà passiva. Cenni strutturali e funzionali .....	2
3.	Il lato esterno della solidarietà .....	8
4.	Il lato interno della solidarietà. Il principio della divisione in quote .....	10
5.	Il regresso tra condebitori e la figura della rivalsa con surrogazione .....	13
6.	Misura e oggetto del regresso .....	19
7.	Cenni ad altri aspetti di disciplina sostanziale .....	21

#### **Capitolo 2**

#### **Obbligazione solidale e diritto di regresso per pagamenti eseguiti durante il fallimento**

##### **Sezione I**

#### **Obbligazione solidale integralmente inadempita e fallimento di uno dei coobbligati**

1.	Cenni introduttivi alla disciplina della solidarietà nel fallimento .....	23
2.	Coobbligati solidali e creditore interamente insoddisfatto .....	27
3.	La posizione del creditore tra disciplina ordinaria e fallimento .....	34

4.	Il calcolo dell'ammontare del credito insinuabile alla data della dichiarazione di fallimento.....	38
----	--	----

## **Sezione II**

### **Il regresso per pagamenti eseguiti durante il fallimento**

5.	Il regresso tra i coobbligati falliti. Premessa.....	47
6.	Regresso in senso stretto e/o rivalsa con surrogazione? .....	49
7.	(Segue). Critica alle tesi che ritengono equipollenti regresso e surrogazione ....	57
8.	Esercizio del diritto di regresso.....	69

## **Sezione III**

### **L'esercizio del c.d. diritto di regresso parziale**

9.	Il regresso parziale: il divieto relativo di esercizio in sede concorsuale.....	75
10.	(Segue). La collocabilità sul ricavato del regresso parziale in caso di mancata partecipazione al concorso del creditore solidale .....	79
11.	(Segue). Collocazione sul ricavato del regresso parziale. Caratteri della domanda di ammissione. Effetti della successiva partecipazione del creditore dell'obbligazione solidale.....	83
12.	Il regresso parziale e il concorso della pretesa del creditore dell'obbligazione solidale.....	90
13.	(Segue). La forma dell'insinuazione al passivo del regresso del coobbligato non collocabile sul ricavato. Il curioso caso delle aziende di credito.....	95
14.	Rapporto tra inalterabilità dell'insinuazione e "divieto" di regresso parziale .....	97

## **Capitolo 3**

### **Obbligazione solidale e diritto di regresso per pagamenti eseguiti anteriormente al fallimento**

1.	Concorso del creditore .....	101
2.	Il diritto di regresso del coobbligato .....	103
3.	Coobbligato che ha diritto di regresso: condebitore e/o fideiussore? .....	111

4.	Limiti del regresso .....	113
5.	Insinuazione al passivo del regresso parziale. Effetti .....	118
6.	Il subingresso .....	120
7.	L'art. 62 co. 3 l.fall. e la domanda di sostituzione.....	121
8.	Effetti del subingresso.....	133
9.	Natura del subingresso .....	135
10.	Il subingresso a processo .....	136
11.	Il caso di inerzia del <i>solvens</i> parziale.....	143
12.	Insoddisfazione parziale persistente .....	149

## **Capitolo 4**

### **La posizione del coobbligato e del fideiussore non escusso alla data di dichiarazione di fallimento**

#### **Sezione I**

#### **Il regresso assistito da garanzie reali: la disciplina di cui all'art. 63 l.fall.**

1.	Articolo 63 l.fall.: coobbligato o fideiussore del fallito con diritto di garanzia. Il pagamento avvenuto anteriormente al fallimento .....	151
2.	(Segue). Pagamento parziale avvenuto dopo la dichiarazione di fallimento.....	157
3.	Il regresso del coobbligato con garanzia .....	159
4.	(Segue). Collocazione sul ricavato dell'importo garantito. Aspetti procedurali	166

#### **Sezione II**

#### **Il regresso non assistito da garanzie reali**

5.	La posizione del coobbligato solidale del fallito senza garanzia per il proprio regresso e non ancora escusso dal creditore .....	170
6.	L'ipotesi d'insinuazione del credito principale dell'obbligazione solidale. La tesi dell'insinuazione con riserva del coobbligato non escusso.....	172

7.	(Segue). Critiche. L'inammissibilità dell'insinuazione al passivo del regresso del coobbligato nella forma dell'ammissione con riserva .....	177
8.	(Segue). Critica della tesi che fa leva sull'art. 1953 Cod. civ.....	185
9.	Conclusioni: l'esercizio del regresso, quale domande giudiziale di ripetizione, è consentito dopo il pagamento .....	187
10.	Regresso anticipato in caso di non insinuazione del creditore dell'obbligazione solidale.....	189
11.	(Segue). Rilievo in liberazione e la tesi della collocazione del credito dell'obbligazione solidale su domanda del fideiussore .....	191
12.	(Segue). Critiche. Il coobbligato solidale deve attendere l'escussione per partecipare al concorso del suo condebitore .....	194

## **Indicazioni Bibliografiche**

## Capitolo 1

# Introduzione alla disciplina della solidarietà passiva e del regresso nel Codice Civile

### 1. Premesse d'indagine

Il presente lavoro intende analizzare le disposizioni di cui agli artt. da 61 a 63 l.fall., che il legislatore dedica alla disciplina della solidarietà nel fallimento, alla luce degli interventi più recenti della Suprema Corte e dei contributi resi dalla più autorevole dottrina.

La trattazione segue l'ordine dettato dal legislatore. Pertanto, in primo luogo, l'attenzione è rivolta all'ipotesi del coobbligato del fallito *escusso durante* la procedura concorsuale (art. 61 l.fall.), secondariamente al caso del coobbligato *escusso anteriormente* la dichiarazione di fallimento (art. 62 l.fall.), da ultimo al coobbligato *non escusso*, ma munito di garanzie reali a presidio della sua azione di regresso (art. 63 l.fall.). L'analisi di tale ultima fattispecie è l'occasione per proporre riflessioni quanto al caso in cui il coobbligato non escusso sia privo di garanzie per il suo regresso. In mancanza di una norma che regoli tale ipotesi, la sorte di tale coobbligato è fortemente dibattuta in dottrina e giurisprudenza.

Il lavoro muove da una premessa importante: il fallimento non comporta effetti sul vincolo solidale, non produce la liberazione dei condebitori né la divisione dell'obbligazione, ed è condotto con lo scopo di evidenziare le specialità della disciplina fallimentare. Quest'ultima si trova a coniugare, non senza difficoltà, i principi della materia concorsuale con quelli propri della solidarietà civilistica, a volte derogandovi in maniera evidente, altre mutuando da essi. Aspetti comuni nell'analisi di tutte le fattispecie sono, da un lato, l'indagine della portata dei termini utilizzati dal legislatore, per comprendere se le espressioni “coobbligato” e “regresso” si riferiscano anche al fideiussore e così alla rivalsa con surrogazione, dall'altro, l'individuazione dell'interesse

prevalentemente tutelato dalla disciplina. Quest'ultimo aspetto porta a riflettere sull'esistenza di un rapporto di causa ad effetto tra i poteri concessi al creditore dell'obbligazione solidale ed al coobbligato del fallito.

A giusta premessa di tutte le considerazioni che verranno svolte sulla solidarietà nel fallimento, riteniamo opportuno svolgere una breve disamina della disciplina civilistica della solidarietà, senza pretese di esaustività. Non intendiamo dar conto di tutte le problematiche che la dottrina ha denunciato quanto alle obbligazioni solidali. L'analisi che ci apprestiamo a condurre si limiterà a descrivere gli aspetti più salienti della disciplina stessa e ad esaminare le sole tematiche funzionali all'analisi del modo di essere dell'obbligazione solidale nel fallimento, obiettivo del presente lavoro. Per la medesima ragione, inoltre, l'attenzione sarà rivolta alla sola solidarietà passiva, cioè al caso delle obbligazioni facenti capo a più debitori, e non anche su quella attiva, dal momento che gli artt. da 61 a 63 della l.fall. si occupano solamente di questo aspetto.

## **2. Solidarietà passiva. Cenni strutturali e funzionali**

Le obbligazioni solidali, unitamente a quelle parziarie e collettive, formano la più ampia categoria di matrice dottrinale delle c.d. obbligazioni soggettivamente complesse, altrimenti dette obbligazioni plurisoggettive<sup>1</sup>. Esse si contrappongono alle obbligazioni soggettivamente semplici, intercorrenti tra un solo debitore ed un solo creditore, poiché caratterizzate dalla presenza di una pluralità di debitori e/o una pluralità di creditori<sup>2</sup>.

Il codice civile enuclea la disciplina nel Capo VII del Titolo I del Libro delle obbligazioni, precisamente alla sezione III denominata, appunto, "Delle obbligazioni in solido". Ai fini del presente lavoro, unitamente alle summenzionate norme di cui agli artt. 1292 – 1313 c.c., occorre considerare pure alcune norme contenute nel Titolo I "Delle obbligazioni in generale", quali ad esempio quelle in tema di surrogazione, nonché il

---

<sup>1</sup> DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 299.

<sup>2</sup> BUSNELLI, voce *Obbligazione. Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, 1990, p.1; BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, p. 33; RUBINO, *Delle obbligazioni (obbligazioni alternative - obbligazioni in solido - obbligazioni divisibili e indivisibili)*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja - Branca*, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Bologna - Roma, 1957, pp. 129-130.

Capo XXII del Titolo III del Libro IV dedicato al contratto di fideiussione. La fideiussione rientra, infatti, tra le c.d. obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo<sup>3</sup>.

“L’obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all’adempimento per la totalità e l’adempimento da parte di uno libera gli altri” (art.1292 c.c.). Da questa norma, rubricata “Nozione della solidarietà”, si deve necessariamente muovere per trarre gli elementi che caratterizzano tale ipotesi particolare di obbligazioni (la presenza di più debitori, l’unicità della prestazione), nonché le modalità di adempimento della medesima (unicità della *solutio*).

Infatti, tradizionalmente, sono considerati presupposti tipici delle obbligazioni solidali la pluralità di soggetti legati da un vincolo di comunione; l’unicità della prestazione o *eadem res debita*; l’*eadem causa obligandi*. Data una pluralità di soggetti dalla medesima parte (più debitori), è requisito imprescindibile che ciascuno di essi sia tenuto ad una medesima prestazione di dare, fare, o non fare<sup>4</sup>. Si tratta di identica prestazione dovuta da tutti i condebitori e non di una pluralità di prestazioni uguali quanti sono i debitori<sup>5</sup>. L’esecuzione della prestazione da parte di un condebitore estingue allora gli altri rapporti, non perché divenuti privi di oggetto, ma perché realizza esattamente la pretesa del creditore nei confronti di tutti (il creditore mira a ricevere una sola prestazione da parte dell’uno o dell’altro condebitore)<sup>6</sup>. A ciò si unisce il terzo elemento dell’unità della fonte. L’obbligazione solidale deve sorgere dal medesimo fatto giuridico, o almeno da fatti collegati da un nesso tale che valga a considerarli come un complesso unitario<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> BUSNELLI, voce *Obbligazioni divisibili cit.*, p. 3.

<sup>4</sup> BUSNELLI, voce *Obbligazioni cit.*, p. 2.

<sup>5</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 133. Il punto però è controverso in dottrina. V. per tutti e in senso difforme, BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1963, II ed. aumentata, p. 185.

<sup>6</sup> Il requisito della *eadem res debita* non vale ad escludere diverse modalità di adempimento con riguardo a tempo, luogo ed altri aspetti (art.1293 c.c.) e finanche la determinazione di modalità differenti che non riguardino il momento attuativo dell’obbligazione (es. apposizione di una condizione riguardante un solo debitore solidale). Proprio tali ultime diversità fanno propendere la dottrina per l’esistenza di una pluralità di rapporti, correnti tra ciascun condebitore e il creditore comune, poiché una stessa obbligazione non può essere al contempo condizionata e senza condizione.

<sup>7</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 134; BUSNELLI, *L’obbligazione soggettivamente complessa cit.*, p. 144: per l’art. 2055 c.c., l’interesse del danneggiato in tanto è unitario, in quanto è unico il danno subito. Irrilevante è se l’unico danno deriva da un fatto illecito plurisoggettivo o da più fatti illeciti distinti.

Secondo la previsione generale di cui all'art. 1173 c.c. la *eadem causa obligandi* può essere individuata in un contratto, in un fatto illecito o in un altro atto o fatto idoneo a produrre (l'obbligazione soggettivamente complessa) in conformità con l'ordinamento giuridico<sup>8</sup>. Essa presuppone l'esistenza di un vincolo comunitario tra i coobbligati, i quali risultano per ciò stesso "intimamente legati"<sup>9</sup>. Si è parlato a riguardo di un pseudo - requisito, integrabile da un mero collegamento funzionale tra soggetti indipendenti, legati da una semplice comunione di interessi o scopo economico. Invero, un tale legame contingente e transitorio pecca di utilità scientifica e significato giuridico, laddove rischia di assimilare indebitamente una costellazione di ipotesi eterogenee<sup>10</sup>. Per questa ragione, si è detto da taluni che il vincolo comunitario tra i coobbligati sarebbe un'autentica comunione di debito<sup>11</sup>. In altri termini, all'interesse personale di ogni debitore si aggiunge un interesse comune che trascende i singoli interessi individuali e spiega la propagazione in tutti i rapporti di atti o fatti che hanno toccato il singolo rapporto<sup>12</sup>. In realtà, neppure una tale impostazione si sottrae a criticità, anche provenienti dalla stessa normativa che ammette un tipo diverso di solidarietà, contratta nell'interesse esclusivo di alcuno dei condebitori (art. 1298 c.c.). Se, allora, la solidarietà interviene in modo per così dire naturale nell'area del condebito, laddove la legge lo ammette espressamente, anche più debitori di identica prestazione, ma per cause diverse possono essere tenuti in solido

---

<sup>8</sup> BUSNELLI, voce *Obbligazioni cit.*, p. 3; RUBINO, *op. cit.*, p. 134: a differenza dei primi due, la legge non fa cenno esplicito di tale requisito. Uno spunto, seppur limitato alle obbligazioni extracontrattuali da fatto illecito, si può ricavare dall'art. 2055 co. 1 c.c. che recita "fatto dannoso imputabile a più persone"; BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa cit.*, p. 145: "per quanto attiene ai contratti, manca un'indicazione normativa di carattere generale volta ad orientare l'interprete nella concreta ricerca delle ipotesi di unico contratto, fonte di obbligazione soggettivamente complessa".

<sup>9</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli n. 597; DI MAJO, *op. cit.*, p. 314: "Punto di riferimento delle pronunce dei giudici sembra essere il modo di disporsi degli interessi sottostanti, con la tendenza ad affermare il vincolo di solidarietà nell'ipotesi in cui gli interessi sottostanti presentino un grado di coesione sufficientemente elevato e invece a negare la solidarietà quando questa coesione non sussiste e gli interessi si presentano con carattere di autonomia o divergenza".

<sup>10</sup> BUSNELLI, *ult. op. cit.*, pp. 117 e ss.

<sup>11</sup> Una tale qualificazione è ammissibile dal punto di vista logico e normativo. Così BUSNELLI F.D., *ult. op. cit.*, p. 125 e 128-129. L'art. 1294 c.c., nello stabilire la c.d. presunzione di solidarietà, discorre di "condebitori", risolvendo in modo affermativo la questione della possibilità di configurare una vera ipotesi di condebito.

<sup>12</sup> DI MAJO, *op. cit.*, p. 306.

all'adempimento. Così accade nella solidarietà fideiussoria (art. 1944 c.c.). Pertanto, il requisito della *eadem causa obligandi*, inteso sia come unità della fonte che come vincolo comunitario tra coobbligati, va qualificato come regola di presunzione legale della solidarietà, non anche come condizione necessaria della solidarietà stessa<sup>13</sup>. In mancanza di fonte unitaria o di interesse comune, il vincolo solidale può esistere in virtù di espressa previsione, legale o negoziale.

Come detto, la legge associa modalità di attuazione solidale a due figure di obbligazioni certamente disomogenee tra loro. La prima è composta da obbligazioni caratterizzate per la presenza di un unico rapporto obbligatorio tra più condebitori (legati da un vincolo di comunione) ed un creditore comune. La seconda è caratterizzata da obbligazioni distinte (una principale, l'altra accessoria), ma unite da un vincolo di garanzia che lega l'obbligazione del debitore-garante a quella dell'altro debitore principale, portatore esclusivo dell'interesse ad adempiere. In altri termini, l'obbligazione solidale può essere scissa in due distinte categorie: obbligazione solidale ad interesse comune ed obbligazione solidale ad interesse unisoggettivo, della quale la fideiussione risulta essere l'esempio più lampante. Tali ultime obbligazioni solidali con funzione di garanzia mancano del requisito già menzionato della *eadem causa obligandi* ed il presupposto dell'unicità della prestazione può essere talvolta, in esse sottoposto a qualche correttivo (es. fideiussione prestata *ex art. 1941 co. 2* solo per una parte di debito o a condizioni meno onerose)<sup>14</sup>.

La solidarietà così come descritta dall'art.1292 c.c. non può essere dunque riassunta in una nozione omogenea: essa può funzionare sia come strumento di attuazione di un'obbligazione soggettivamente complessa (e sarà il caso della solidarietà ad interesse comune), sia come vincolo tra obbligazioni distinte nell'ipotesi di solidarietà

---

<sup>13</sup> ANDREANI, voce *Regresso (azione di)* in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, XXXIX, p. 705.

<sup>14</sup> BUSNELLI, *op. cit.*, p. 55; RUBINO, *op. cit.* p.134: "qui [nella fideiussione] le due prestazioni possono anche non essere identiche, ed anzi neppure uguali, in quanto l'obbligazione fideiussoria è sempre pecuniaria, mentre invece quella principale, nel momento in cui sorge, può avere un diverso oggetto (e allora la prestazione fideiussoria consiste nel dare lo equivalente di quella principale)".

Di qui la tentazione di confinare l'ipotesi in questione nella solidarietà c.d. impropria, incappando però nell'errore di non considerare solidali obbligazioni che la legge stessa definisce tali (art.1944 c.c.). In verità dunque, se non si può fare a meno di riconoscere anche in esse genuine obbligazioni solidali, si deve ammettere la loro estraneità alle obbligazioni soggettivamente complesse, poiché di esse non possiedono tutti i necessari requisiti costitutivi.

unisoggettiva<sup>15</sup>. Allora, la solidarietà si presta ad essere nominata “forma astratta”, “forma complessiva”, incapace di atteggiarsi secondo un unico assetto di interessi, ma idonea a rispecchiare assetti variabili<sup>16</sup>.

Tale visione ha il pregio di condurre ad unità le diverse tesi che si sono via via sviluppate circa la struttura delle obbligazioni solidali. Infatti, la dottrina prevalente propende per la ricostruzione del fenomeno solidale in termini di insieme di rapporti obbligatori collegati, muovendo dalla relazione intersoggettiva intercorrente tra ciascun debitore e il comune creditore. All’opposto, la dottrina minoritaria è incline a qualificare la solidarietà come un unico rapporto obbligatorio, traendo argomento principale dall’unicità dell’interesse creditorio e dall’unicità della *solutio*. Entrambe le visioni si prestano ad essere criticate. La prima, per l’inconciliabilità razionale tra pluralità di rapporti e assenza per ognuno di essi di un *debitum* specifico, cioè di un elemento costitutivo del rapporto stesso. La seconda, in quanto non agevolmente adattabile alle ipotesi di solidarietà fideiussoria. D’altro canto, non pare neppure idoneo affermare che l’obbligazione ad attuazione solidale implichi necessariamente una pluralità di obbligazioni, poiché “rimarrebbe sempre da dimostrare se e in quale modo una constatazione riguardante uno solo dei due settori di ipotesi rette legislativamente dalla solidarietà si possa riferire anche all’altro settore, riconosciuta la loro non omogeneità”<sup>17</sup>. In conclusione, ci sembra condivisibile l’idea di chi ha visto nella questione della struttura dell’obbligazione solidale un pseudo - problema, non munito peraltro di molta importanza pratica<sup>18</sup>, e precisare che se esiste una *nozione* unitaria di *solidarietà* descritta legislativamente all’art. 1292 c.c., lo stesso non può dirsi per il *concetto di obbligazione solidale*, destinato nell’attuazione ad atteggiarsi in modo variabile, in base alla

---

<sup>15</sup> BUSNELLI, voce *Obbligazioni cit.*, pp. 3 e ss.

<sup>16</sup> DI MAJO, *op. cit.*, p. 298 e ss.

<sup>17</sup> BUSNELLI, voce *Obbligazioni cit.*, p. 4.

<sup>18</sup> BUSNELLI, voce *Obbligazioni cit.*, p. 3. RUBINO, *op. cit.*, p.139: “avrebbe [importanza pratica], e notevolissima, se dall’ammettere l’una [pluralità dell’obbligazione] o l’altra [unità dell’obbligazione] derivasse questa conseguenza: che con la prima costruzione i fatti influenti sulla sorte e le vicende dell’obbligazione, qualora verificatesi nei confronti di un solo consorte, spiegassero efficacia solo per costui, o, invece, con la seconda costruzione, la spiegassero anche per tutti gli altri consorti in uguale misura. Ma così non è per diritto positivo: numerosi casi del genere sono previsti dagli artt. 1300 e segg., però sono stati regolati non in base al criterio anzidetto, ma in base ad una valutazione degli interessi in conflitto, con soluzioni diverse a seconda dei vari casi”.

corrispondente variabilità di interessi. Quando tale substrato sarà costituito da due o più obbligazioni connesse, la soluzione sarà pacifica nel senso della pluralità di rapporti obbligatori. Quando, invece, la solidarietà opererà come strumento di attuazione di un'obbligazione soggettivamente complessa, il problema della struttura refluirà in quest'ultima<sup>19</sup>.

Quanto alla struttura che la solidarietà riveste, essa può considerarsi strumento a presidio dell'interesse del creditore, che ne rende più agevole e sicura la realizzazione del diritto. Infatti, il credito può essere integralmente soddisfatto anche là dove non tutti i debitori sono solvibili: è ciascun debitore a sopportare il rischio dell'insolvenza altrui, come emerge dall'art. 1299 co. 2 c.c. Tale *funzione* di garanzia non è da confondere però con la *causa* di garanzia<sup>20</sup>. Come ogni obbligazione, così anche quella solidale ha la causa che sta a fondamento del suo fatto costitutivo (vendita, donazione, locazione, appalto

---

<sup>19</sup> BUSNELLI, voce *Obbligazioni divisibili cit.*, p. 4.

Tale assunto implica la distinzione all'interno del regime normativo delle obbligazioni solidali di tre categorie di norme, ciascuna dotata di diversa portata operativa: 1. Norme per tutti i settori di rilevanza della solidarietà: tra le altre, l'art. 1292 c.c., già menzionata descrizione del funzionamento della solidarietà; l'art. 1293 c.c., al cui riguardo occorre però distinguere tra modalità d'attuazione compatibili con ogni obbligazione solidale e modalità che trascendono il momento attuativo e compatibili con il solo settore delle obbligazioni solidali ad interesse esclusivo. 2. Norme riferibili soltanto alle obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo: art.1298, co. 1, ultimo inciso c.c., art.1299, u. co, nonché art.1293 come sopra specificato. 3. Norme riguardanti le sole obbligazioni soggettivamente complesse ad attuazione solidale. Così BUSNELLI, *ibidem*, p. 8.

<sup>20</sup> Senza addentrarci nello specifico delle diverse teorie che hanno interessato la causa, occorre però dar conto della premessa dalla quale muove tale affermazione: la causa *astratta* è la funzione economica-sociale tipica del contratto. Per non sterilizzare elementi che meritano rilevanza nel caso concreto e per non incappare nell'errore di concludere che solo i contratti tipici hanno sempre, per definizione, causa lecita, anche abbracciando la teoria della causa *concreta*, l'asserzione di cui sopra può giustificarsi con il dire che causa concreta non è la ragione che astrattamente giustifica ogni contratto appartenente al tipo (es. compravendita: scambio fra cosa e prezzo), ma la ragione che concretamente giustifica il particolare contratto in esame, alla luce delle specificità che lo connotano (es. compravendita: scambio di *quella* cosa e *quel* prezzo, nel contesto di circostanze e finalità delle parti). Così, se più compratori partecipano alla vendita, s'instaura il vincolo di solidarietà in ordine al pagamento del prezzo. Tale vincolo di solidarietà assolverà di certo una funzione di garanzia per il venditore, capace di agevolare la sua soddisfazione integrale, ma non varrà certo ad incidere sulla causa, astratta o concreta che sia, del contratto. Essa rimarrà sempre scambio tra cosa e prezzo.

ecc.). Alla funzione di garanzia si unirà pure una causa di garanzia nel solo caso di obbligazione solidale ad interesse unisoggettivo<sup>21</sup>.

La solidarietà passiva, insomma, risponde ad una funzione pratica: evita al creditore il disagio di esercitare una pretesa per ciascun debitore e per la rispettiva quota. Ciascun debitore è tenuto per l'intero ed il creditore può esigere l'adempimento totale da parte dell'uno o dell'altro a sua scelta. Tuttavia, egli può anche esercitare il suo diritto contemporaneamente nei confronti di tutti i coobbligati, esigendo da ciascuno il pagamento dell'intero. Tale possibilità è pure mantenuta nella l.fall., come si avrà occasione di precisare meglio in seguito (art. 61 l.fall.).

Logica conseguenza del considerare la solidarietà appannaggio dell'interesse creditorio è l'affermazione che quando questo interesse non sia più in gioco, cioè nei rapporti interni tra condebitori, si ritorni a quello che sarebbe stato l'assetto naturale, cioè ad un trattamento parziario per i singoli consorti<sup>22</sup>.

### **3. Il lato esterno della solidarietà**

In tema di obbligazioni solidali, si è soliti individuare un lato esterno, che riguarda il rapporto tra i debitori ed il creditore comune, e un lato interno che concerne, invece, i rapporti tra i condebitori.

La distinzione precedentemente formulata in ordine ad obbligazioni solidali ad interesse comune ed obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo<sup>23</sup> incide pure nei rapporti esterni ed in quelli interni: l'obbligazione solidale non può non risentire del modo di essere degli interessi sottostanti.

---

<sup>21</sup> ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 370 e ss.: “[la fideiussione] ha una causa, peraltro diversa sia dallo scambio giuridico e dallo scambio empirico,[...] l’elemento che si cerca è il rafforzamento del credito, attraverso la garanzia personale apprestata dalla fideiussione: una ragione idonea di per sé a giustificare l’impegno contrattuale del fideiussore; idonea a far concludere che la fideiussione – anche gratuita, anche disinteressata – ha comunque una causa che è causa di garanzia.”. “La fideiussione può reggersi in base alla semplice causa di garanzia, che tutte le fideiussioni condividono. Ma se una particolare fideiussione è prestata verso corrispettivo, o per un vantaggio fattuale del fideiussore, in essa ha rilevanza causale anche l’elemento dello scambio, che si affianca alla funzione di nel formare la *causa (concreta)*.” (corsivo nostro).

<sup>22</sup> RUBINO, *op. cit.*, sub art. 1298 Cod.civ., p. 185.

<sup>23</sup> Si veda sopra in questo Capitolo § 2.

Infatti, a proposito dei rapporti esterni, s'impongono considerazioni circa il differente modo di atteggiarsi dell'opponibilità delle cause estintive (diverse dall'adempimento) e del regime delle eccezioni, nelle due figure di obbligazioni solidali. Per il lato interno, vengono in considerazione l'impropriamente detto criterio di divisione in quote di cui all'art.1298 c.c. e le differenze in tema di restituzioni e di strumenti tecnici a loro presidio.

La legge disciplina singolarmente le varie cause di estinzione delle obbligazioni solidali, oltre all'adempimento, e si interessa di precisare i loro effetti sul lato esterno ed interno<sup>24</sup>. Il principio unitario ispiratore della materia è quello per cui le cause estintive giovano a tutti i condebitori, salvo siano personali al singolo debitore: in questo caso, incidono sugli altri rapporti in misura della quota di riparto estinta<sup>25</sup>. Le cause estintive non personali, ma di carattere negoziale, necessitano di accettazione da parte dei condebitori interessati. Ciò premesso, importa rilevare l'esistenza di una peculiare disciplina delle obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo, quanto ad alcune cause estintive. La novazione, per esempio, tra il creditore ed uno dei debitori in solido, libera gli altri debitori. Il debitore che ha stipulato la novazione si trova gravato del nuovo debito (effetto negativo), ed i suoi consorti giovano della liberazione dalla preesistente obbligazione (effetto positivo). La novazione può però essere causa estintiva personale al singolo debitore, quando l'accordo novativo sia voluto con riguardo esclusivo al suo debito: gli altri condebitori saranno liberati solo per la parte del debitore che ha novato. Ciò presuppone che gli altri condebitori abbiano parte nella divisione della prestazione, cosa che non avviene nelle obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo (si veda a tal proposito *infra*). Se il debitore che ha novato è colui nell'interesse esclusivo del quale l'obbligazione è sorta, la novazione estingue comunque tutti i rapporti obbligatori.

Nelle obbligazioni solidali la compensazione opera diversamente a seconda che il debitore opponga un credito proprio o il credito di un altro condebitore: il debitore può opporre per l'intero il proprio credito; può opporre il credito degli altri condebitori solo fino alla concorrenza della parte di questi ultimi, ossia nei limiti della quota interna del

---

<sup>24</sup> c.c., art. 1300: novazione; art. 1301: remissione; art. 1302: compensazione; art.1303: confusione; art. 1307: inadempimento- impossibilità sopravvenuta non imputabile; art. 1310: prescrizione.

<sup>25</sup> BIANCA, *Diritto civile. Libro IV. L'obbligazione*, ristampa emendata, Milano, 1993, p. 726.

condebitore per cui la compensazione direttamente si verifica<sup>26</sup>. Giocoforza, nel caso di obbligazione solidale ad interesse esclusivo, il debitore principale non può opporre in compensazione il credito del debitore in garanzia, non essendo il secondo obbligato onerato di alcuna quota di divisione interna.

Il debitore al quale sia richiesto l'adempimento può far valere le cause di invalidità e di inefficacia del titolo, nonché quelle di estinzione e di inesigibilità dell'obbligazione solidale. Tali eccezioni si distinguono in comuni, quando incidono su tutti i rapporti obbligatori (cause d'invalidità, estinzione, inesigibilità) e personali, allorché attinenti esclusivamente al rapporto del singolo condebitore. Ciò posto, potranno essere eccezioni personali anche le cause d'invalidità se fondate su incapacità d'agire o vizi del consenso concernenti il singolo debitore, ed ancora quelle fondate sulle diverse modalità della prestazione (es. termine più lungo per adempiere, beneficio di escussione). In generale, tutti i condebitori possono avvalersi delle eccezioni comuni nei confronti del creditore. Per le eccezioni personali, l'art. 1297 c.c. afferma che il debitore non può giovare di quelle inerenti gli altri consorti. La regola però si presta ad eccezioni: nelle obbligazioni solidali ad interesse esclusivo, il debitore può giovare delle eccezioni personali al debitore principale. La deroga trova espressa menzione nell'art. 1945 c.c., dove si sancisce appunto che il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità<sup>27</sup>.

#### **4. Il lato interno della solidarietà. Il principio della divisione in quote**

Ai rapporti interni tra consorti sono dedicati gli artt. 1298 e 1299 c.c. Principio fondamentale è che l'obbligazione si "divide" tra i diversi debitori, in parti che si presumono uguali e la divisione viene realizzata per il tramite dell'azione di regresso.

---

<sup>26</sup> BIANCA, *op. cit.*, p.731: supponiamo A e B obbligati in solido per 100 nei confronti di C, e che quest'ultimo abbia un debito di 100 verso A. Se il pagamento è richiesto ad A, egli può far valere per l'intero la compensazione: B rimane totalmente liberato nei confronti di C, ma deve rimborsare 50 ad A. Se il pagamento è richiesto a B, egli può opporre in compensazione il credito di A nei confronti di C solo per la quota di A, ossia 50 e per il resto eseguire il pagamento. Giova ricordare che la compensazione è causa di estinzione soddisfattiva dell'obbligazione: il creditore non può pretendere il pagamento del suo credito nella misura in cui questo sia stato oggetto di compensazione.

<sup>27</sup> BIANCA, *op. cit.*, pp. 715-716.

Riflettere sui rapporti interni ci consente di completare il quadro della struttura dell'obbligazione solidale. La dottrina si divide sul modo di concepire il rapporto tra lato interno e lato esterno della solidarietà, come del resto si è divisa con riguardo alla struttura unitaria o pluralistica dell'obbligazione solidale.

L'opinione più tradizionale abbraccia una solidarietà - sovrastruttura, rispetto ad una sottostante struttura di obbligazione parziaria<sup>28</sup>. L'obbligazione solidale, cioè, è creata nell'interesse esclusivo del creditore, cosicché quando costui è integralmente soddisfatto, l'obbligazione (nei rapporti interni) torna ad atteggiarsi secondo il suo assetto naturale, ovvero il trattamento parziario dei singoli consorti<sup>29</sup>. Allora, l'obbligazione, quale vincolo concepibile nei rapporti debitore - creditore, non può raffigurarsi nei rapporti interni (tra debitore e debitore) e *a fortiori* non può in essi dividersi. Obbligazioni tra consorti potranno certamente aversi, ma non si tratterà dell'originaria obbligazione (estinta con l'adempimento integrale del creditore): sulla scorta della precedente comunione, nasceranno nuovi rapporti di credito - debito<sup>30</sup>. Alla norma di cui all'art. 1298 c.c. va attribuito un carattere eminentemente descrittivo del criterio quantitativo con cui le conseguenze dei vari atti/fatti si ripercuotono nella sfera giuridica di ogni singolo consorte. Così concepita, la divisione può realizzarsi anche nel caso di prestazione indivisibile<sup>31</sup>.

Ad una tale visione si contrappone la considerazione unitaria dell'obbligazione solidale, per cui il problema dei rapporti interni non è altro dalla solidarietà, ma la rifrazione dell'*idem debitum* nei rapporti tra consorti dopo il pagamento<sup>32</sup>. Tale "rifrazione" non comporta una divisione in senso naturalistico dell'obbligazione solidale<sup>33</sup>: la divisione di cui all'art. 1298 c.c. non ha propriamente ad oggetto l'obbligazione (*debitum*), ma il suo contenuto oggettivo, ovvero la prestazione<sup>34</sup>. Ciò vuol

---

<sup>28</sup> RUBINO, *op. cit.*, pp. 185-186.

<sup>29</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 185 e 141.

<sup>30</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 185.

<sup>31</sup> RUBINO, *op. cit.*, pp. 185 e 186.

<sup>32</sup> DI MAJO, *op. cit.*, p. 319.

<sup>33</sup> DI MAJO, *op. loc. cit.*

<sup>34</sup> BIANCA, *op. cit.*, p.709.

dire che l'intento del legislatore è quello di assicurare un riparto proporzionato tra consorti del carico dell'esecuzione della prestazione<sup>35</sup>.

La presunzione di uguaglianza delle parti (art. 1298 co. 2 c.c.), che completa il criterio quantitativo, rinvia ad un principio di parità di trattamento che corrisponde a quanto dettato all'art. 1101 c.c. in materia di comunione<sup>36</sup>. Fino a prova contraria (che potrà essere fornita con ogni mezzo) le quote dei consorti si presumono uguali (c.d. quote virili)<sup>37</sup>.

L'interna ripartizione in quote spiega rilevanza anche nei rapporti esterni: certi atti o fatti producono i loro effetti, anche di fronte al creditore, solo per la parte di debito corrispondente alla quota interna di un dato debitore<sup>38</sup>. Spetta a chi assume che la quota interna di un debitore sia diversa dalla quota virile, sia esso un altro qualsiasi dei debitori o il creditore, di darne la prova<sup>39</sup>. A tal proposito, ci si permette di rinviare alle brevi considerazioni fatte in tema di compensazione.

Come la legge stessa ha cura di specificare nell'inciso conclusivo dell'art. 1298 c.c., nel caso in cui l'obbligazione sorga nell'interesse esclusivo di alcuno dei debitori, il summenzionato criterio di divisione in quote risulta inapplicabile. Al riguardo si parla di solidarietà diseguale<sup>40</sup>. Il debitore principale è tenuto per l'intero, cosicché se sarà lui ad adempiere, non avrà regresso verso gli altri, nemmeno *pro quota*. Se sarà un secondo

---

<sup>35</sup> BUSNELLI, voce *Obbligazioni cit.*, p. 9; BIANCA, *op. loc. cit.*; ANDREANI, *op. cit.*, p. 709.

<sup>36</sup> BUSNELLI, voce *Obbligazioni cit.*, p. 9; DI MAJO, *op. cit.*, p. 319. A tal proposito e per le obbligazioni nascenti da fatto illecito, si veda l'art. 2055 c.c.

<sup>37</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 187. Nel caso di obbligazione solidale derivante da negozio giuridico, la disuguaglianza (*id est* difformità tra quota reale e quota virile) può risultare dalla volontà delle parti (es. clausola *ad hoc* nel negozio generato dall'obbligazione; separato patto interno tra consorti, anche posteriore alla nascita dell'obbligazione). (L'A. fornisce un esempio con riguardo alla solidarietà attiva. Ciononostante esso può risultare chiarificatore: se due condomini vendono la cosa comune pattuendo la solidarietà per il credito del prezzo, le relative quote sono, per ciascun venditore, uguali a quelle che ciascuno aveva nella comproprietà, senza che allo scopo occorra un'apposita volontà contrattuale). Nelle obbligazioni nascenti da illecito extracontrattuale (art. 2055 c.c.), la disuguaglianza può essere determinata solo dalla diversa gravità della colpa dei vari responsabili e dalla diversa gravità delle conseguenze che ne sono derivate. In entrambi i casi, l'onere della prova spetta al debitore che ha pagato e vuole esercitare il regresso nei confronti degli altri consorti per un determinato ammontare.

<sup>38</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 710; RUBINO, *op. cit.*, p. 186.

<sup>39</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 718; RUBINO, *op. cit.*, pp. 188-189.

<sup>40</sup> CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, 1974, *passim*.

obbligato a pagare, costui avrà regresso per l'intero contro il debitore principale, ma non avrà regresso alcuno nei confronti degli altri debitori accessori (se al rapporto partecipano più di due soggetti passivi)<sup>41</sup>.

A riguardo, però, c'è chi non tarda a sollevare obiezioni, alla luce dell'ultimo co. dell'art.1299 c.c.<sup>42</sup>. La perdita conseguente all'insolvenza di uno dei condebitori si ripartisce per contributo tra gli altri, compreso quello che ha fatto il pagamento (art. 1299 co. 2 c.c.). Nell'ipotesi in cui il debitore ad interesse esclusivo si riveli insolvente, la parte di quest'ultimo dovrà necessariamente dividersi tra gli altri condebitori, pur privi d'interesse (art. 1299 co. 3 c.c.). Allora, postulare una non-divisione nelle obbligazioni solidali esclusive potrebbe risultare meno accettabile. La dottrina prevalente, dal canto suo, spiega un simile assetto nei termini che seguono: le quote interne degli altri coobbligati sarebbero zero, ma pur sempre uguali. Pertanto, anche in questo caso, per l'insolvenza del debitore principale, il debito va sopportato in parti uguali dai consorti<sup>43</sup>.

## **5. Il regresso tra condebitori e la figura della rivalsa con surrogazione**

Si è poc'anzi ricordato che l'art. 1299 c.c. prevede per il debitore in solido che ha pagato l'intero debito il diritto di ripetere dai condebitori la parte di ciascuno di essi,

---

<sup>41</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 190.

<sup>42</sup> DI MAJO, *op. cit.*, p. 320.

<sup>43</sup> RUBINO, *op. cit.*, pp. 209-211. Per aversi insolvenza del debitore è necessaria l'inutile escussione di costui: il consorte che ha pagato non riesce a soddisfare il regresso nemmeno con l'esecuzione forzata, non bastando allo scopo la mera richiesta di pagamento. Occorre poi che l'insolvenza sussista al momento in cui viene esercitato il regresso contro costui. Essa però può essere anteriore al pagamento o successiva a questo. L'espressione "per contributo" indica che la quota del debitore insolubile viene ripartita tra gli altri debitori in proporzione delle rispettive quote interne. Il debitore adempiente viene ad avere così regresso verso gli altri per l'originaria quota a loro carico, nonché per la loro sottoquota del coobbligato insolubile. E così anche nel caso di obbligazioni solidali ad interesse esclusivo, laddove le quote dei coobbligati non interessati, pur pari a zero, sono uguali tra loro. Se A, B, C sono condebitori solidali di 60 per un'obbligazione contratta nell'interesse esclusivo di A, che è insolvente, B dopo aver pagato l'intero e aver inutilmente escusso A, sopporta il debito per 30, e ha regresso verso C per gli altri 30. Con l'ovvia precisazione che se in seguito dovesse rinvenirsi un attivo nel patrimonio di A, B e C possono rinnovare a suo carico la procedura esecutiva.

ovvero il diritto di regresso<sup>44</sup>. Il condebitore adempiente ha effettuato un pagamento che si risolve in tutto o in parte nell'interesse di un terzo, e acquista perciò il diritto di vedersi restituita, in tutto o in parte, dal terzo la somma pagata o il valore della prestazione eseguita.

Come detto, il legislatore ha inteso favorire una partecipazione paritaria dei vari consorti all'obbligazione solidale. Se ciò si realizza sin dal momento della costituzione dell'obbligazione mediante la presunzione di uguaglianza delle quote interne (art. 1298 cpv. c.c.), lo stesso intento può dirsi perseguito con riferimento all'estinzione dell'obbligazione, con l'azione di regresso *ex art. 1299 c.c.*. Il regresso, cioè, realizza il riparto finale dei pesi derivanti dall'avvenuta prestazione, ripristinando la parità di trattamento tra consorti, che il funzionamento tipico dell'obbligazione solidale sul lato esterno aveva provvisoriamente alterato<sup>45</sup>.

Secondo i più, l'art. 1299 c.c. allude ad una nozione generale di regresso, cui è possibile ricondurre sia lo strumento del regresso in senso stretto che la surrogazione legale. Comunque inteso, lo strumento menzionato affonda le sue radici nel criterio quantitativo di cui all'art. 1298 c.c. Tradizionalmente, il fondamento del diritto di regresso è identificato con il principio dell'arricchimento in senso ampio (più che con l'istituto della *negotiorum gestio*<sup>46</sup>): ciascun debitore pagando l'intero (essendovi tenuto

---

<sup>44</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 193. ricorda come il regresso sia strumento che si presta a varie applicazioni, oltre all'obbligazione soggettivamente complessa ad attuazione solidale. Si pensi, ad esempio, al regresso del terzo che ha pagato il debito altrui, del mandatario verso il mandante, del gestore d'affari verso il *dominus negotii*, del socio verso gli altri soci. Le varie ipotesi si differenziano tra loro per diversa combinazione di interessi e ruoli dei tre soggetti coinvolti: adempiente, terzo che ne beneficia, creditore che riceve il pagamento; per la sussistenza o meno di preesistenti rapporti in essere tra le parti; nonché per la necessità che il pagamento sia eseguito con l'intenzione di avvantaggiare il terzo oppure per il caso in cui a bastare sia il vantaggio del terzo quale conseguenza obiettiva del preesistente rapporto. A presupposti vari, corrispondono altrettanto varie discipline.

<sup>45</sup> BUSNELLI, voce *Obbligazioni cit.*, p. 9.

<sup>46</sup> DI MAJO, *op. cit.*, p. 318. ; RUBINO, *op. cit.*, p.195. *Contra* CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVI, 1991, p. 2: l'azione di regresso si presenta come effetto *ex lege* o aspetto del vincolo solidale dal lato interno, originata dall'utilità ritratta dagli altri coobbligati in seguito al pagamento. Il regresso non è applicazione dell'azione generale di arricchimento, né dell'utile gestione d'affari, posto che esiste un interesse proprio del *solvens* all'adempimento. Resta esclusa pure la sua configurabilità come azione *ex mandato*, poiché il fondamento volontaristico della solidarietà è oggi superato dal principio dispositivo di cui all'art. 1294 c.c.

nei rapporti esterni) agisce nell'interesse proprio, per liberarsi dell'obbligazione e sottrarsi alle sanzioni cui in caso contrario soggiacerebbe. Ciò si risolve però a vantaggio degli altri coobbligati, i quali rimangono anch'essi liberati nei rapporti esterni. Tale ultima circostanza costituisce conseguenza obiettiva e riflessa dei legami intercorrenti tra i singoli consorti (se si è concordi nell'ammettere l'esistenza di una pluralità di obbligazioni al di sotto della sovrastruttura solidale) o *a fortiori* dell'unicità del vincolo (se invece si ritenga l'obbligazione solidale essere unica)<sup>47</sup>. A liberare gli altri coobbligati di fronte al creditore basta il mero fatto del pagamento e da tale liberazione deriva il regresso, senza necessità né della volontà della liberazione né dell'intenzione di far sorgere il regresso. Inoltre, la liberazione, nonché l'obbligo di regresso si realizzano a prescindere da una partecipazione attiva o passiva all'atto che li ha causati (*id est* il pagamento). Ciò spiega perché la gestione d'affari debba essere esclusa dal fondamento dell'azione di regresso, con l'indiscutibile vantaggio di non dover provare l'*utiliter gestum* per acquisire il diritto. Se gli altri debitori non conseguono un arricchimento in senso positivo (acquisto di un diritto), certamente lo ottengono nella forma negativa della liberazione da un'obbligazione. La fisionomia specifica dell'obbligazione solidale obbliga a non ricorrere alla generale azione di arricchimento senza causa di cui agli artt. 2041 e 2042 c.c. Infatti, l'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito. Preesistendo tra i coobbligati uno specifico rapporto, il *solvens* possiede l'azione *ex art.* 1299 c.c., e tanto basterebbe ad escludere l'azione di arricchimento, stante il suo carattere sussidiario, senza peraltro con ciò escludere il richiamo ai principi dell'arricchimento in senso ampio quanto al regresso<sup>48</sup>.

Perché sorga il diritto al regresso occorre un pagamento valido ed efficace, integrale, cioè tale da produrre l'estinzione del debito, o almeno superiore alla propria quota a carico spettante secondo i rapporti interni, nonché il vantaggio per gli altri debitori dell'estinzione del debito anche nei loro confronti<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Si rimanda a quanto detto sopra in questo Capitolo § 2.

<sup>48</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 195.

<sup>49</sup> INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori. Art.51-63*, in *Commentario Scialoja – Branca, Legge fallimentare* a cura di BRICOLA, GALGANO, SANTINI, Bologna – Roma, 1988, p. 249; RUBINO, *op. cit.*, p. 195- 196; CAMPOBASSO, *Regresso (azione di) cit.*, p. 3.

È opinione prevalente e tradizionale che il coobbligato che ha pagato disponga dell'azione di regresso e benefici della surrogazione *ex lege* nei diritti del creditore soddisfatto<sup>50</sup>. Tale ultimo effetto espressamente previsto per il fideiussore (art. 1949 c.c.), discende in via generale dall'applicazione dell'art. 1203 n. 3 c.c. Ne consegue la necessità di coordinare tali disposizioni con l'art. 1299 c.c., in considerazione dell'identica finalità recuperatoria dei due strumenti e dell'identità del loro presupposto (pagamento valido ed efficace, idoneo a liberare tutti nei confronti del creditore, giustificato da una situazione attuale di obbligo del *solvens*, il quale non si presenta come destinatario finale dell'intero peso del debito)<sup>51</sup>.

Nonostante la previsione dei due rimedi in distinte disposizioni normative, autorevole dottrina assorbe il regresso nell'ambito della surrogazione. Costituendo in ultima analisi momento dinamico del fenomeno surrogatorio, il regresso *ex art. 1299 c.c.* altro non sarebbe che una forma di surrogazione di colui che ha pagato nei diritti del

---

Le distinzioni in merito al regresso, alla sua natura, al suo oggetto, alla sua misura, danno sempre e comunque per avvenuto un pagamento. Sicché nelle obbligazioni solidali, il regresso pare esercitabile solo dopo aver pagato il creditore. Allo scopo occorre però far menzione dell'art.1953 c.c., rubricato "Rilievo del fideiussore", il quale accorda a quest'ultimo la possibilità di tutelare anticipatamente (*id est* prima del pagamento) le proprie ragioni, al verificarsi di determinate ipotesi. "Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore perché questi gli procuri la liberazione [*c.d. rilievo in liberazione*] o, in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso [*c.d. rilievo in cauzione*]". Sul punto, si veda FRAGALI, *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, pp. 372 e ss. La norma non sembra passibile di estensione analogica al caso delle obbligazioni solidali ad interesse comune. Così RUISI, JORIO, MAFFEI ALBERTI, TEDESCHI, *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* diretta da BIGIAMI, vol. I, Torino, 1978, ed. II riveduta e aggiornata, p. 559; PISANI MASSAMORMILE, *Il "regresso" del fideiussore nel fallimento del debitore principale* in *Diritto e giurisprudenza*, Napoli, 1984, vol. XL, 357, pp. 372-373; Cass., 13 maggio 2002 n. 6808 in *Foro.it*, 2002, I, 2694; Trib. Genova 6 marzo 2008 *Massima redazionale*, 2008. Ai fini del presente studio, occorrerà interrogarsi sulla natura del rilievo e sulla riconducibilità all'art.1953 n. 2 (debitore divenuto insolvente) dell'ipotesi del fallimento del debitore principale.

<sup>50</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 196; CAMPOBASSO, *ult. op. cit.*, p. 3; BIANCA, *op. cit.*, p. 717.

<sup>51</sup> CAMPOBASSO, *ult. op. loc. cit.*; RUBINO, *op. loc. cit.*

creditore soddisfatto, una forma di successione nel credito che però non può beneficiare della solidarietà di cui godeva il creditore originario<sup>52</sup>.

Al contrario, l'indirizzo prevalente in dottrina ritiene che al coobbligato spettino due distinte azioni<sup>53</sup>. Date le differenze intercorrenti tra tali rimedi, si tratta ora di individuarne il rapporto in termini di alternatività o di cumulabilità e di determinare eventualmente il loro diverso ambito di applicazione.

Il regresso sorge in via originaria in capo al *solvens* con il pagamento; la surrogazione, invece, sorge in via derivativa, dando luogo al subingresso nella stessa posizione del creditore. Il regresso presenta un contenuto più ampio, comprensivo degli interessi (in ragione del tasso legale, con decorrenza dal giorno del pagamento [art. 1282 co. 1 c.c.], anche se il credito originario non ne era produttivo) e delle spese sostenute. Per converso, la surrogazione non dà diritto agli interessi se il credito originario non li produceva. Ne dà diritto nell'ipotesi contraria, e nel caso in cui gli interessi pattuiti siano superiori al saggio legale, il condebitore agente in surrogazione potrà pretendere il medesimo saggio. Ciò perché nella surrogazione il diritto del debitore presenta le medesime qualità e riveste le medesime prerogative del credito originario. Per la stessa ragione, il debitore surrogante subentra anche nelle eventuali garanzie che assistevano il credito originario, comprese fideiussioni e privilegi (art. 1204 c.c.)<sup>54</sup>. Data, infatti, l'indivisibilità del pegno o dell'ipoteca, i beni che ne sono ad oggetto continuano ad essere integralmente vincolati<sup>55</sup>. E così per la fideiussione. Se abbraccia l'intero debito e non è stata limitata in favore di un solo coobbligato, il condebitore adempiente può agire

---

<sup>52</sup> FRAGALI, *op. cit.*, pp. 374 e ss. cui aderisce PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, pp. 384 e ss.; Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 in *Fallimento*, 2008, 8, 920 che richiama Cass., 4 maggio 1995 n. 4852 in *Dir. trasporti*, 1997, 479; Cass., 18 marzo 1982 n. 1762 in *Mass. Giur. it.*, 1982.

<sup>53</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 196; BIANCA, *op. cit.*, p. 722; PETTI, *Surrogazione e regresso del fideiussore nel fallimento*, nota a Cass., 12 ottobre 2007 n. 21430, in *Il fallimento*, 6, 2008, 649.

<sup>54</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 198; BIANCA, *op. cit.*, p. 723.

<sup>55</sup> RUBINO, *op. loc. cit.*: questa indivisibilità opera sia in senso oggettivo che soggettivo. Oggettivamente, in quanto il condebitore può espropriare l'intera cosa anche per il mancato pagamento di una sola quota di regresso da parte di un solo coobbligato. Soggettivamente, poiché se pegno o ipoteca sono stati originariamente concessi da un condebitore per l'intero debito, il concedente in sede di regresso non può pretendere la riduzione alla sola sua quota. Per evitare l'espropriazione, ha l'onere di pagare l'intero debito residuo, meno la parte interna del surrogato.

in via surrogatoria contro il fideiussore per l'intero debito meno la sua quota<sup>56</sup>. Il subingresso nella posizione giuridica di un altro soggetto trasferisce diritti e azioni, e con ciò anche le eccezioni inerenti il diritto che forma oggetto di surrogazione. Da tanto consegue che i condebitori nei cui confronti il *solvens* fa valere la surrogazione possono opporre a costui tutte le eccezioni opponibili al creditore, in ordine ad esistenza ed entità del debito<sup>57</sup>.

Ciò detto, dalla differente natura e dal diverso contenuto delle due azioni, alcuni desumono la possibilità di cumulo, utile quando il debito solidale sia assistito da garanzie specifiche. In altri termini, il condebitore farebbe valere la sua surrogazione nel diritto e nelle garanzie spettanti al creditore ed esperirebbe l'azione di regresso per la parte eccedente (spese ed interessi)<sup>58</sup>.

Non mancano, e anzi sono prevalenti, le opinioni contrarie sul punto<sup>59</sup>. I rimedi sarebbero alternativamente concorrenti, non cumulabili tra loro, al punto da consentire una libera scelta del condebitore solvente, tanto nel caso delle obbligazioni solidali ad interesse comune, che in quello delle obbligazioni solidali fideiussorie.

A quest'ultimo riguardo, a partire dalle differenze di struttura e funzione tra i due istituti, una dottrina relativamente più recente ha dedotto la non applicabilità della surrogazione all'obbligazione solidale ad interesse comune e confinato il suo ambito nelle obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo, laddove esemplare è l'art. 1949 c.c. che prevede la surrogazione del fideiussore nei diritti del creditore<sup>60</sup>. Secondo alcuni però lo schema della surrogazione risulterebbe inapplicabile anche a questo settore delle obbligazioni solidali. La circostanza che l'adempimento di uno dei condebitori libera tutti

---

<sup>56</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 199, prevede pure il diverso caso in cui la fideiussione sia stata limitata a favore di un condebitore. Solo il creditore originario potrà agire verso il fideiussore per la totalità; il condebitore che agisca dopo aver pagato potrà chiedere solo la quota del condebitore garantito.

<sup>57</sup> Cass., 30 marzo 1981 n. 1818 in *Mass. Giur. it.*, 1981.

<sup>58</sup> RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, pp. 226 e ss.

<sup>59</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 196; BIANCA, *op. cit.*, p. 724; Cass., 6 giugno 1972 n. 1744; Cass., 18 agosto 2004 n. 16078; Cass., 12 ottobre 2007 n. 21430.

<sup>60</sup> BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa cit.*, pp. 425 e ss.; ANDREANI, *op. cit.*, p. 712.

gli altri estingue in via diretta e immediata tutti i debiti, rendendosi incompatibile con la persistenza dell'obbligo presupposta dal pagamento con surrogazione<sup>61</sup>.

## 6. Misura e oggetto del regresso

L'argomento merita alcuni rilievi. Anzitutto occorre distinguere tra pagamenti per la totalità e pagamenti parziali superiori alla propria quota, da un lato, e pagamenti parziali pari o inferiori alla propria quota, dall'altro. Si ritiene che, né a mezzo di regresso in senso stretto né di surrogazione, il debitore integralmente adempiente possa chiedere agli altri suoi consorti un pagamento integrale. Egli dovrà detrarre una parte corrispondente a quella che era la quota interna del debito a sé spettante e chiedere solo la quota interna del singolo condebitore cui si rivolge, nell'intento di evitare inutili giri di regresso (criterio di economia) ed in conformità ad un trattamento parziario di un'obbligazione non più solidale<sup>62</sup>. La pretesa che il debitore adempiente potrà vantare nei confronti dei condebitori sarà dunque soggetta ad un duplice vincolo di ammontare.

Non diverso il caso in cui il debitore paghi solo una parte di debito, ma in misura superiore alla sua quota. Pur rimanendo ancora obbligato per il residuo nei rapporti esterni, il *solvens* ha regresso per l'eccedenza pagata rispetto alla quota interna spettantegli ed in proporzione della quota del consorte nei cui confronti esercita l'azione<sup>63</sup>.

Se invece il debitore paga solo una parte di debito, ma in misura pari o inferiore alla sua quota interna, ancora obbligato verso il creditore per il residuo, non ha regresso verso gli altri consorti. Consentire il regresso anche in questa ipotesi, quando la somma

---

<sup>61</sup> GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, II ed. rivista ed ampliata, Napoli - Roma, 1987, in particolare pp. 21 e ss.

<sup>62</sup> RUBINO, *op. cit.*, pp. 197-198 fornisce quest'esempio. Dato un debito solidale di 60 con tre debitori A, B, C per quote interne uguali: se A paga l'intero e poi agisce contro B in regresso o in surrogazione, non può pretendere 40, cioè l'intero meno la quota interna di A, ma solo 20, cioè la quota interna di B. I rimanenti 20 potranno essere pretesi solo da C. Se così non fosse, e A potesse chiedere 40 a B, B avrebbe a sua volta regresso verso C per 20.

<sup>63</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 203. formula questo esempio: A, B, C devono 60 in base a quote interne rispettivamente di metà (A:30), due sesti (B:20), un sesto (C:10), e A paga 40, per l'eccedenza di 10 rispetto alla sua quota ha regresso per 6,66 contro B e 3,33 contro C.

pagata è solo quella che nei rapporti interni gravava sul debitore adempiente, creerebbe inutili duplicati e complicazioni<sup>64</sup>.

L'adempiente, poi, in sede di regresso, ha diritto al proporzionale rimborso delle spese sostenute per l'adempimento, nonché gli interessi dal giorno del pagamento<sup>65</sup>. Infatti, l'art. 1196 c.c. stabilisce che le spese siano a carico del debitore, ed in questo caso dunque di tutti i consorti. In tema di fideiussione, l'art.1950 c.c. espressamente prevede che il regresso comprenda capitale, spese ed interessi: la norma, in quanto conforme ai principi generali, può dirsi certamente estensibile alle obbligazioni solidali ad interesse comune<sup>66</sup>.

Quanto all'oggetto del regresso, cioè alla cosa che va corrisposta dagli altri condebitori, bisogna distinguere tra regresso per equivalente e regresso in natura. Se la prestazione eseguita era di fare o di non fare, oppure di consegnare una cosa infungibile, il regresso ha per oggetto il valore della prestazione o della cosa: l'adempiente può pretendere dai consorti *pro quota* solo una somma di denaro. Se, invece, la prestazione di consegnare aveva ad oggetto una cosa fungibile, l'adempiente ha diritto di pretendere da ciascun consorte una quantità del medesimo tipo di cose, pari alla quota interna spettante a ciascun consorte. Ciò permette di sottolineare come il regresso non abbia soltanto funzione di rimborso spese, ma sia realmente strumento di attuazione del riparto finale dell'obbligazione solidale. Lo stesso può dirsi per la surrogazione, il cui esercizio consente al debitore adempiente di maturare il diritto alla consegna *pro quota* di cose del medesimo genere, perché egli subentra esattamente nella posizione del creditore, salva solo una minore quantità della cosa dovuta.

---

<sup>64</sup> RUBINO, *op. loc. cit.* propone quest'esempio: A e B sono condebitori solidali di 40 in base a quote virili. Se A pagando 20 avesse regresso per 10, B dopo aver a sua volta pagato i residui 20, avrebbe a sua volta regresso contro A per 10. In quest'ipotesi, il regresso, oltre che inopportuno, mancherebbe del fondamento necessario. Infatti, il vantaggio per i condebitori si è realizzato solo nei rapporti esterni, rimanendo liberati verso il creditore nei limiti della parte pagata.

<sup>65</sup> RUBINO, *op. loc. cit.*, precisa che se un condebitore ha pagato solo dopo un giudizio e relativa sentenza di condanna cui non hanno partecipato gli altri coobbligati, egli non ha regresso per le spese giudiziali: un comportamento strettamente personale, una sua colpa, cioè non aver provveduto tempestivamente alla richiesta di pagamento, ha reso necessario il processo.

<sup>66</sup> RUBINO, *op. loc. cit.*

## 7. Cenni ad altri aspetti di disciplina sostanziale

In vista delle problematiche che andremo ad esaminare oltre, meritano cenno ulteriori aspetti di disciplina sostanziale, oltre quelli già trattati nei paragrafi precedenti. In particolar modo, la facoltà del creditore di scegliere il debitore dal quale esigere l'adempimento. Come già accennato<sup>67</sup>, lo *jus eligendi* accordato al creditore, non esclude che egli possa esercitare il suo diritto contemporaneamente nei confronti di tutti gli obbligati, esigendo da ciascuno il pagamento dell'intero. Conseguito il pagamento da parte di uno, il creditore non può persistere nel pretendere il pagamento da parte degli altri e così nel caso in cui abbia ottenuto un pagamento parziale, potrà pretendere solo il residuo. La scelta di un debitore, poi, non preclude al creditore la facoltà di esigere l'adempimento dagli altri condebitori e di agire separatamente nei loro confronti<sup>68</sup>. Al diritto di scelta si accompagna, infatti, il c.d. *jus variandi*. E ciò anche se contro il primo debitore sia già stata proposta domanda giudiziale. Dopo aver percorso invano l'intero *iter* processuale (conclusosi con un'inutile escussione), oppure lasciato estinguere il primo giudizio<sup>69</sup>, o ancora non dando esecuzione forzata alla sentenza di condanna ottenuta contro il primo debitore, il creditore potrà riprovare contro un altro debitore. Al creditore è anche concesso di proporre più domande giudiziali distinte contro i vari debitori, ciascuna per l'intero, oppure successivamente una all'altra e *a fortiori* gli è possibile convenire tutti i condebitori in un unico giudizio. In questi casi rimane libero di eseguire la sentenza o le sentenze contro uno o l'altro debitore a sua scelta, ma può anche condurre l'esecuzione forzata contro ciascun debitore per l'intero. L'eseguibilità della condanna contro ciascun debitore è però subordinata al presupposto che nel frattempo il

---

<sup>67</sup> Si veda sopra in questo Capitolo § 2.

<sup>68</sup> Si osservi che la richiesta di pagamento, formulata in forma processuale o stragiudiziale, costituisce in mora il destinatario, ma non gli altri condebitori (art. 1308 co. 1 c.c.) e interrompe la prescrizione. In virtù di quanto stabilito all'art. 1310 c.c., l'atto con il quale il creditore interrompe la prescrizione contro uno dei debitori in solido ha effetto riguardo gli altri debitori.

<sup>69</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 175. L'Autore precisa che l'estinzione può avvenire per mancata comparizione, mancata riassunzione nel termine, rinuncia agli atti, ma non per rinuncia all'azione perché quest'ultima, salvo il caso in cui sia fatta per ragioni strettamente personali ad un determinato debitore, incide direttamente sul diritto dedotto in giudizio estendendo la sua efficacia quindi agli altri condebitori.

creditore non abbia conseguito (per via volontaria o di esecuzione forzata) il pagamento da un altro creditore.

Occorre ora indagare come la libera scelta del creditore, così come descritta, possa conciliarsi con previsioni quali i cc.dd. beneficio d'ordine e beneficio di escussione. Rispettivamente il primo comporta l'onere per il creditore di richiedere preventivamente l'adempimento ad altro debitore, il secondo l'onere di procedere preventivamente in via esecutiva sui beni di un determinato debitore. Entrambi gli istituti comportano comunque al debito beneficiato carattere sussidiario, rispetto ad altro debito principale. Viene da chiedersi se l'obbligazione conservi la sua natura solidale nel caso in cui il creditore sia limitato nella sua facoltà di scelta. Un simile dubbio non appare giustificato: il diverso grado delle obbligazioni dei singoli condebitori non impedisce che tutti siano obbligati per l'intero, in modo che l'adempimento di uno liberi gli altri<sup>70</sup>. La sussidiarietà presenta caratteri compatibili con la solidarietà. Tipici esempi sono il fideiussore con beneficio di escussione (art.1944 co. 2 c.c.), ed il socio per i debiti sociali (art. 2268 c.c.).

---

<sup>70</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 712.

## Capitolo 2

# Obbligazione solidale e diritto di regresso per pagamenti eseguiti durante il fallimento

### Sezione I

## Obbligazione solidale integralmente inadempita e fallimento di uno dei coobbligati

### 1. Cenni introduttivi alla disciplina della solidarietà nel fallimento

Prima di analizzare nel dettaglio la disciplina che la legge fallimentare detta con riguardo alla solidarietà passiva nel fallimento, occorre ricordare come essa sia collocata agli artt. 61, 62 e 63, non modificati né dalla riforma di cui al D.lgs. 9 gennaio 2006, n.5, né dalle correzioni apportate con D.lgs. 12 settembre 2007, n.169. Le norme pur contenute nella Sezione II del Capo III del Titolo II della legge fallimentare, intitolata “Degli effetti del fallimento per i creditori”, non hanno quindi avuto la stessa sorte delle molte altre inserite nel medesimo settore di disciplina. Un loro aggiornamento, invero, sarebbe stato opportuno. Ciò soprattutto a fronte di copiosa dottrina che da decenni ormai denuncia l’assoluta necessità di intervento legislativo in merito alla sorte del credito di regresso del coobbligato del fallito non ancora escusso, tentando nel contempo di sopperire a tale lacuna normativa mutuando aspetti di disciplina dal Codice civile<sup>1</sup>.

Si tratta di un *modus operandi* apprezzabile, ma foriero di numerose obiezioni, contrasti e perplessità, non appaganti in termini di certezza del diritto. L’opportunità di un mutamento normativo si spiegava poi in relazione ad un altro aspetto: il D.lgs. 5/2006 ha

---

<sup>1</sup> *Codice commentato del fallimento. Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria* diretto da LO CASCIO, Milano, 2008, I ed., p. 489.

sostituito il vecchio Capo IX del Titolo II “Della riabilitazione civile” con l’attuale “Della esdebitazione” del debitore principale, il cui art.142 nel suo ultimo comma lascia salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso. La liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti dal fallito-persona fisica non coinvolge questi diritti, rendendo ancor più necessaria una tutela di tali soggetti coobbligati del fallito energica ed efficace in ogni ipotesi, alla luce della loro permanente esposizione alle richieste del creditore, anche a fallimento concluso. Essi rimangono obbligati senza possibilità di regresso. Se dunque, in costanza di fallimento, il creditore comune riceve tutela con gli articoli 61 – 63 l.fall., a fallimento chiuso, costui, ove insoddisfatto, potrà agire nei confronti dei coobbligati non falliti, senza che questi possano più sperare nel regresso verso il consorte fallito. Il regresso rimarrà esercitabile solo per i debiti per i quali l’esdebitazione non possa operare; i coobbligati potranno anch’essi ottenere l’esdebitazione al ricorrere di tutti i suoi presupposti<sup>2</sup>.

Tutta la disciplina della solidarietà nel fallimento muove da una premessa importante: il fallimento di un condebitore non ha effetti sul vincolo solidale, non produce la liberazione degli altri coobbligati, né la divisione del debito nei confronti del creditore, né libera il fallito dalla fideiussione anteriormente prestata. Dunque la solidarietà è destinata ad armonizzarsi con i connotati, le esigenze ed i principi che regolano i casi di acclarata insolvenza e quindi di esecuzione concorsuale universale: il risultato è quello di una disciplina speciale che sa coniugare i principi generali della materia solidale con le esigenze ed i principi del procedimento concorsuale, a volte derogandovi in maniera evidente, altre mutuando da essi quanto manchi alle sue stesse disposizioni<sup>3</sup>.

La disciplina comune conserva cioè un’efficacia suppletiva ed integrativa. A questo punto della trattazione, bastino delle esemplificazioni che troveranno compiutezza più innanzi. Si pensi all’espressione utilizzata dal legislatore al secondo comma dell’art. 62, ovvero “coobbligato che ha diritto di regresso”, l’art. 1950 c.c. soccorre l’interprete al fine di determinarne la portata, ed in particolar modo, l’estensione della disposizione alla figura del fideiussore.

---

<sup>2</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 508.

<sup>3</sup> RUISI, JORIO, MAFFEI ALBERTI, TEDESCHI, *Il fallimento*, cit., p. 556; LO CASCIO, *op. loc. cit.*

All'opposto, il riconoscimento del diritto del creditore dell'obbligazione solidale di non ridurre l'importo del credito insinuato al fallimento – nonostante adempimenti parziali ricevuti *medio tempore* (art. 61 l.fall.) – costituisce deroga palese all'opponibilità al creditore dell'eccezione di adempimento parziale di cui all'art. 1292 c.c. ("l'adempimento da parte di uno libera gli altri"), nell'operatività della quale al creditore non sarebbe mai dato di percepire da un coobbligato (fallito) in proporzione ad un importo pari all'ammontare originario del credito. L'insensibilità del *quantum* insinuato al fallimento costituisce conseguenza del fenomeno della cristallizzazione della massa passiva, motivata dalla volontà di riconoscere al creditore percipiente una certa utilità dalla partecipazione alla procedura, nonostante la soggezione alla falcidia fallimentare. Ciò però non deve far ritenere che il legislatore abbia voluto creare nel fallimento un assetto eccezionale, rispetto a quello comune della solidarietà passiva: il principio cardine di tutela del creditore non può dirsi, infatti, derogato<sup>4</sup>. Se quindi, già al di fuori del fallimento, il creditore è posto al riparo dall'insolvenza di uno dei suoi condebitori dall'esistenza di più patrimoni su cui soddisfarsi per l'intero, dalla possibilità di procurarsi tanti titoli esecutivi quanti sono i debitori, nonché dallo *jus electionis* che gli consente massima libertà di scelta del debitore da escutere; nel fallimento, poiché ulteriormente svantaggiato dalla falcidia fallimentare, il creditore riceve tutela maggiore. In altri termini, il sistema fallimentare mantiene pure in questo settore di disciplina la sua genetica autonomia, e le sue norme, non meramente riprodottrici delle analoghe civilistiche, conferiscono una forma peculiare e rafforzata di tutela alle sue ragioni.

Come già accennato, la citata normativa fallimentare si occupa della sola solidarietà passiva e trova applicazione sia quando tutti i condebitori siano dichiarati falliti, sia ove tale evento riguardi solamente uno o più di essi. Ciò posto, rimane da chiarire se essa tuteli diversamente la figura del coobbligato ad interesse comune da quella del coobbligato ad interesse unisoggettivo: l'interrogativo sorge a cagione del fatto che, come si dirà più avanti, l'art. 61 l.fall. non fa mai esplicita menzione dei termini di

---

<sup>4</sup> BONFATTI, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*. Quaderni di giurisprudenza commerciale n.104, Milano, 1989, p. 4 e pp. 213 e ss.; LO CASCIO, *op. cit.*, p. 489. *Contra* VACCARELLA, *La solidarietà passiva nel fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Milano, 1967, parte prima, volume XLII, pp. 46 e ss., per il quale ad una disciplina speciale della solidarietà passiva nel fallimento corrisponde anche una diversa funzione dell'istituto in questa sede, quella di riconoscere una protezione speciale al coobbligato solidale del fallito.

fideiussore o surrogazione, ma si riferisce genericamente ai coobbligati ed al regresso; l'art.62 l.fall. nomina il fideiussore nel suo primo comma, ma già al comma successivo troviamo riferimento esplicito al solo "coobbligato che ha diritto di regresso"; e così l'art.63. Occorrerà chiedersi, dunque, quale sia la portata di tali espressioni, se esse siano volutamente generiche, per comprendere la posizione del legislatore verso il coobbligato ad interesse unisoggettivo, e così capire se la tutela accordata a quest'ultimo si trovi negli articoli 61 e seguenti o altrove (nella – o fuori dalla – legge fallimentare). Ove si propenda per l'applicabilità degli articoli 61 e ss. anche all'obbligazione solidale contratta nell'interesse esclusivo di un debitore, la stessa disciplina dovrà estendersi anche al fideiussore sussidiario, cioè tenuto a pagare dopo l'escussione dell'obbligato principale fallito. Data comunque la compatibilità tra solidarietà e sussidiarietà cui abbiamo già avuto modo di accennare<sup>5</sup>, l'insolvenza del debitore principale determina l'equiparazione, ai fini fallimentari, del fideiussore al condebitore solidale, non potendo il garante sollevare l'eccezione *ex art.1944 co. 2 c.c.*, indicando i beni del debitore principale da sottoporre all'esecuzione. "La sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento" (art. 42 l.fall.): il debitore convenuto dal creditore non potrà valersi del beneficio di escussione del debitore principale<sup>6</sup>.

In questa sede introduttiva, bisogna pure dar conto del fatto che la disciplina summenzionata (artt. 61 – 63 l.fall.) si occupa di regolare due distinti temi, corrispondenti ad altrettante separate categorie di creditori: il tema della partecipazione al concorso del creditore non ancora soddisfatto e quello del trattamento riservato al credito di "regresso"<sup>7</sup> maturato dai coobbligati del fallito, escussi in tutto o in parte, prima o durante il fallimento o non escussi. Quest'ultimo caso, poi, ci impegnerà particolarmente nell'esame dell'art. 55 comma terzo della legge fallimentare e dell'art. 1953 c.c.

---

<sup>5</sup> Si veda sopra Capitolo 1 § 7.

<sup>6</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 490, evidenzia come esuli dalla normativa in esame l'ipotesi in cui sia il fideiussore sussidiario a fallire. Essa sarà regolata dal terzo comma dell'art. 55 l.fall., con ammissione del creditore al concorso, sia pure con riserva.

<sup>7</sup> Virgolettare consente in questa fase di fare riferimento al noto "diritto al rimborso" spettante al coobbligato, senza prendere posizione sullo strumento tecnico a suo presidio, sia esso una vera azione di regresso o piuttosto una rivalsa con surrogazione. Per ogni approfondimento si rinvia *infra*.

L'indagine che intendiamo svolgere si articolerà nel modo seguente: si partirà dall'analisi dell'art. 61 l.fall. per seguire poi l'*iter* della legge fallimentare. Pertanto, nel prosieguo di questo capitolo, individuato il contenuto e l'ambito d'applicazione dell'art. 61 l.fall., la nostra attenzione sarà rivolta *in primis* al creditore di più coobbligati soddisfatto nelle more della procedura concorsuale, ai caratteri peculiari del suo diritto al concorso, nonché ai rapporti di un tale diritto (e quindi dell'importo insinuabile nel fallimento) con gli adempimenti parziali ricevuti nell'intervallo tra la sentenza di fallimento e la domanda di ammissione al passivo. Successivamente, ci occuperemo del diritto di regresso dei coobbligati per i pagamenti eseguiti durante il fallimento, stabilendo forme e modalità della sua insinuazione, i limiti alla sua collocabilità sul ricavato, nonché i suoi rapporti con la partecipazione al concorso del creditore dell'obbligazione solidale.

## **2. Coobbligati solidali e creditore interamente insoddisfatto**

“Il creditore di più coobbligati in solido concorre nel fallimento di quelli tra essi che sono falliti, per l'intero credito in capitale e accessori, sino al totale pagamento. / Il regresso tra i coobbligati falliti può essere esercitato solo dopo che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito”. Così recita l'art. 61, rubricato “Creditore di più coobbligati solidali”.

L'ipotesi qui normata si riferisce al caso in cui il creditore comune non abbia ricevuto alcun pagamento prima del fallimento di uno o di alcuni dei condebitori tenuti alla prestazione. Nei suoi due commi la norma menzionata regola sia la partecipazione del creditore comune al fallimento che l'esercizio del regresso spettante ai consorti che abbiano adempiuto in costanza di fallimento.

Certamente, la norma unisce elementi di normativa ordinaria di cui al Codice civile ed elementi speciali che permettono un coordinamento con i principi di funzionamento della procedura fallimentare. Non importa stabilire se dall'unione di tali due elementi derivi un semplice adattamento della disciplina ordinaria alle caratteristiche peculiari dell'esecuzione concorsuale, o piuttosto una disciplina nel complesso speciale di solidarietà. Nel caso di lacune, saremo comunque legittimati a fruire della disciplina ordinaria, attribuendole dunque funzione suppletiva, pur nella consapevolezza di operare

all'interno del fallimento e delle sue logiche, non sempre conformi a quelle extrafallimentari. Considerazioni più approfondite sul punto verranno comunque svolte trattando degli interessi tutelati dalla norma in esame, e del rapporto di causa ad effetto intercorrente tra i suoi due commi.

Dunque, la prima regola posta dalla disciplina della solidarietà nel fallimento riproduce il principio generale dettato dall'art. 1292 c.c., secondo il quale il creditore di più coobbligati in solido può rivolgersi a ciascuno per ottenere il pagamento dell'intero. Infatti, l'art. 61 l.fall. dispone che il creditore comune partecipi al concorso formale in ciascuno dei fallimenti dei condebitori falliti, per l'intero credito e sino al totale pagamento. Il principio, invero, come già seppe evidenziare la dottrina nel vigore dell'abrogato codice del commercio, ha carattere di specialità, strettamente connesso con le esigenze della disciplina di diritto fallimentare<sup>8</sup>. Ove siano più d'uno o tutti i condebitori solidali ad essere falliti, il creditore percepisce nell'ambito di ciascun fallimento, sempre in proporzione dell'entità del credito insinuato in origine, senza dover ridurre la base di partecipazione al concorso delle somme *hic et inde* ricevute. Il creditore, insomma, si sottrae all'eccezione di riduzione parziale del debito alla quale sarebbe soggetto, invece, nell'ambito dell'esecuzione forzata ordinaria. La c.d. cristallizzazione della massa<sup>9</sup> passiva gioca qui un'efficacia favorevole ai creditori stessi, ovvero l'inopponibilità al fallimento delle variazioni del credito per effetto dell'adempimento parziale nel corso di fallimento dei diversi obbligati. Il creditore continua a concorrere in ciascuna procedura per l'importo di credito ammesso.

---

<sup>8</sup> BONELLI, *Del fallimento. Commento al codice del commercio* a cura di ANDRIOLI, II, Milano, 1938, pp. 468-469: "il creditore di più obbligati solidali [...] ha diritto di insinuare l'intero credito in tutti i fallimenti e di concorrere ai riparti di ciascuna massa in proporzione al credito insinuato, e ciò fino a che si trovi d'aver ricevuto l'intero pagamento. In altri termini, egli percepisce il dividendo in base al credito totale in ciascun riparto di ciascun fallimento, come farebbe se si trovasse d'aver insinuato in un fallimento solo. Il curatore di un fallimento che sa d'aver quel creditore incassato parte del credito nel fallimento d'un coobbligato, non può pretendere che egli detragga questo acconto e si presenti a concorrere soltanto per il residuo. Questa specialità del diritto fallimentare in addietro contrastata, è oggi universalmente riconosciuta. [...] essa risponde alle esigenze pratiche"; INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori. Art.51-63*, cit., p. 241.

<sup>9</sup> La partecipazione al concorso è limitata alle pretese di coloro che sono creditori del fallito per titolo anteriore alla sentenza dichiarativa e limitatamente all'importo vantato in quella data. A tal proposito, BONFATTI, *op. cit.*, p. 134.

Il carattere pratico di questo principio di insensibilità ai pagamenti parziali, non completamente soddisfatti *ex parte creditoris* e successivi al fallimento<sup>10</sup>, è facilmente intuibile: si accorda al creditore la possibilità di percepire una somma totale il più vicino possibile o addirittura pari all'intero suo credito, pur a fronte della falcidia fallimentare che egli si trova naturalmente a sopportare in qualità di creditore concorsuale.

A questo riguardo, la dottrina ha talvolta definito tale assetto quale *temperamento equitativo*, non in sé deducibile dallo schema dell'istituto della solidarietà, bensì peculiare alla procedura fallimentare<sup>11</sup>; altra dottrina, invece, ha visto in esso una conseguenza pura e semplice del concetto di obbligazione solidale, concepito, appunto, per (ed in funzione de) la sola ragione di accordare efficace tutela al creditore<sup>12</sup>.

È questa però un'opinione non condivisibile: si è scritto, infatti, che la conseguenza diretta della solidarietà è soltanto questa, che il creditore possa insinuarsi per l'intero nei vari fallimenti; non certo che gli adempimenti parziali si abbiano per non avvenuti, se posteriori alla dichiarazione di fallimento<sup>13</sup>. Certamente, la disciplina di diritto comune tutela in maniera preminente il creditore dell'obbligazione solidale, ed

---

<sup>10</sup> BONELLI, *op. cit.*, p. 473 fornisce questa interpretazione: l'apertura del fallimento paralizza ogni rapporto giuridico tra il fallito ed i suoi creditori; la posizione di questi ultimi è, pertanto, fissata da quel primo momento, come se la liquidazione fosse incominciata e compiuta in quello stesso punto. L'atto liberatorio, cioè il pagamento, si suppone eseguito nel momento in cui si proclama il fallimento, per cui la liquidazione trova il pagamento già effettuato, sebbene non ancora materialmente incassato. L'impostazione è criticata per due profili da VACCARELLA, *op. cit.*, p. 50: primo, perché se si trattasse di vera paralisi essa si verificherebbe in ogni ipotesi, ma ciò non accade nell'ipotesi in cui sia un terzo ad adempiere parzialmente (sul punto v. *infra*); secondo, la lettura in esame non spiega perché si mantenga significato liberativo al pagamento integrale (v. *infra*).

<sup>11</sup> *Commentario breve alla legge fallimentare e alle leggi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, a cura di MAFFEI ALBERTI, Padova, 2009, p. 297; BONELLI, *op. cit.*, p. 469.

<sup>12</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 495. *Contra* INZITARI, *op. cit.*, p. 247, che ritiene non convincente l'opinione di chi vede in tale regola un'espressione della funzione stessa della solidarietà, cioè assicurare il pagamento dell'intero credito ponendo il creditore al riparo dell'insolvenza del singolo debitore. Al contrario, essa costituirebbe eccezione oltretutto frontale alle regole della solidarietà passiva finalizzata a salvaguardare le esigenze di una "soddisfazione fallimentare"; AA. VV., *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, *cit.*, pp. 557-558: il mantenimento della insinuazione nella misura iniziale costituisce peculiarità del procedimento concorsuale deroga evidente ai principi generali da spiegare alla luce dell'effetto tipico del fallimento sui crediti concorrenti, ovvero la c.d. cristallizzazione.

<sup>13</sup> Letteralmente VACCARELLA, *op. cit.*, p. 48.

oggettivamente riconosce a quest'ultimo piena libertà di scelta del debitore cui richiedere il pagamento, la possibilità di variare tale scelta chiedendo il pagamento ad altro debitore (per l'intero o per il residuo), nonché la facoltà di cumulare le richieste di adempimento a più coobbligati, a mezzo di un unico giudizio, ovvero più domande giudiziali contemporanee o successive. Tuttavia, riteniamo tutto ciò sia volto esclusivamente all'ottenimento di una sentenza di condanna all'adempimento per l'intero e ad *iniziare* l'azione esecutiva – pure per l'intero – nei confronti di ciascuno dei coobbligati, sempre che questi dopo la sentenza o prima di essa non adempiano spontaneamente alla prestazione. Ora, posto che, per effetto dell'esecuzione forzata o dell'adempimento volontario, il creditore consegue il pagamento da parte di uno dei condebitori, in conformità al principio per cui “l'adempimento di uno libera gli altri”(art. 1292 c.c.), nel diritto comune non sarà più possibile eseguire la sentenza di condanna nei confronti degli altri condebitori, pur già condannati al pagamento. Quella sentenza diverrà titolo esecutivo inefficace in caso di adempimento integrale<sup>14</sup>: il debitore potrà opporre *ex art. 615 C.p.c.* l'adempimento altrui; al contrario, in caso di soddisfazione parziale, il creditore potrà eseguire la sentenza solamente per la parte di credito non ancora soddisfatta, ossia per la parte di debito per cui i consorti non sono stati liberati. In effetti, come osservato in dottrina, l'eseguibilità della condanna contro ciascun debitore è subordinata al fatto che nel frattempo il creditore non abbia conseguito il pagamento da un altro debitore, per via volontaria o di esecuzione forzata<sup>15</sup>. L'eccezione di pagamento parziale, di cui alla disciplina civilistica, non solo impedisce al creditore di esigere dal coobbligato più di quanto basti a soddisfarlo per il residuo, ma ha anche l'effetto di imporre al creditore stesso di ridurre corrispondentemente l'importo per cui viene chiesta la collocazione sul ricavato dell'esecuzione.

Diversa sembra essere la disciplina fallimentare: al creditore è concesso di partecipare al concorso di ciascuno dei condebitori falliti, per l'intero vantato al momento dell'apertura del fallimento, in ognuna delle procedure e mantenere artificialmente intatta

---

<sup>14</sup> Cass., 30 marzo 1981 n. 1818, in *Mass. Giur. it.*, 1981. Il debitore solidale non può paralizzare l'azione di condanna del creditore, eccependo che quest'ultimo ha già ottenuto altra sentenza di condanna passata in giudicato contro altro condebitore, ma può solo paralizzare l'azione esecutiva successiva eccependo che il condebitore ha già pagato l'intero debito comune [...].

<sup>15</sup> Quasi letteralmente RUBINO, *Delle obbligazioni (obbligazioni alternative- obbligazioni in solido-obbligazioni divisibili e indivisibili)*, cit., p. 176.

la sua insinuazione nonostante eventuali adempimenti percepiti nel frattempo (nelle ripartizioni di altri fallimenti o pagamenti parziali da parte dei coobbligati *in bonis*), consci del fatto che la soddisfazione che il creditore trarrà dal fallimento sarà in percentuale. Il creditore, insinuato al fallimento, vede trasformato il proprio credito in un diritto al dividendo determinato in base all'attivo realizzato ed al volume complessivo dei crediti concorrenti. Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno dei creditori chirografari è stato ammesso al passivo (art. 111 n. 3 l.fall.). Se l'ammontare del credito solidale insinuato dovesse essere diminuito in misura pari al pagamento riscosso dal creditore da altro coobbligato (come discenderebbe dall'art.1292 c.c.), anche il dividendo della ripartizione fallimentare andrebbe proporzionalmente diminuito, con restituzioni alla procedura fallimentare<sup>16</sup>. Un sistema, inoltre, che prevedesse la riduzione del credito all'effettivo residuo avrebbe dovuto comportare la contemporanea possibilità del regresso per quanto corrisposto dagli altri coobbligati, con il pericolo che i consorti siano soddisfatti, in tutto o in parte, prima della soddisfazione integrale del creditore<sup>17</sup>. Invero, si tratta di un rischio che si corre anche nell'ipotesi regolata dall'art. 62 l.fall., ma in questo caso, come avremo modo di precisare in seguito, esso è fortemente attenuato dalla previsione che consente l'assegnazione al creditore della quota di riparto spettante al coobbligato per il regresso anticipato. Mancando nell'art. 61 una simile previsione, e anzi vietando il regresso prima che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero, il legislatore ha deciso di tutelare il creditore comune con il meccanismo dell'inalterabilità dell'insinuazione ai pagamenti parziali: mantenendo intatta la sua insinuazione originaria, il creditore dell'obbligazione solidale ha diritto di percepire un dividendo commisurato ad essa. In questo modo, il legislatore ha fatto ricadere le conseguenze dell'insolvenza dei condebitori sulla massa dei creditori concorrenti, e non invece sui consorti come prevede l'art. 1299 c.c.<sup>18</sup>. Essendo il momento cruciale per l'accertamento definitivo del credito anticipato alla

---

<sup>16</sup> INZITARI, *op. cit.*, p. 247.

<sup>17</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 495, riporta questo esempio: in seguito al fallimento del debitore principale, il fideiussore paga 50 dell'intero credito di 100. Se il creditore dovesse ridurre a 50 la sua insinuazione al passivo e il fideiussore potesse insinuarsi per 50, e supponendo che nel fallimento i crediti siano soddisfatti al 50%, il creditore percepirebbe 25, finendo complessivamente per ricevere 75 (50+25), e il fideiussore, pure, percepirebbe 25, recuperando metà dell'esborso prima che il creditore riesca ad ottenere l'intero.

<sup>18</sup> LO CASCIO, *op. loc. cit.*

sentenza dichiarativa di fallimento, l'ammontare della partecipazione del creditore solidale<sup>19</sup> viene a stabilizzarsi in quella data<sup>20</sup> cosicché, in seguito ad adempimenti parziali ricevuti durante il fallimento, una tale somma si può dire solo fittiziamente spettante al creditore. Il legislatore permette, quindi, la partecipazione al concorso di un passivo inesistente (*rectius* non più esistente), gonfiando la massa passiva di una somma parzialmente non più dovuta. Infatti, solo nella solidarietà ad interesse esclusivo, l'importo originario del credito coincide con il residuo sommato al regresso (il coobbligato senza interesse potrebbe richiedere al debitore principale l'intera somma sborsata *ex art.* 1298 co. 1, ultimo inciso c.c.). All'opposto, nelle obbligazioni solidali ad interesse plurisoggettivo, il credito originario non coincide con la somma tra credito residuo (credito originario meno acconti già ricevuti) e crediti di regresso parziale, poiché, come noto<sup>21</sup>, ciascun coobbligato può esercitare il regresso solo per la parte pagata eccedente la propria quota di competenza<sup>22</sup>. Da un tale assetto, i creditori concorrenti non trarranno certo giovamento, stante l'avvenire della soddisfazione concorsuale secondo parametri percentuali, connaturati all'entità dell'attivo, al numero ed alla qualità dei creditori, nonché all'ammontare dei loro crediti<sup>23</sup>. Se, come rilevato in

---

<sup>19</sup> L'espressione sintetica "creditore solidale" deve essere intesa, in questa sede e così nelle pagine che seguiranno, nel significato di "creditore dell'obbligazione solidale". Lo stesso dicasi per l'espressione "credito solidale", la quale, dunque, va intesa come "credito dell'obbligazione solidale".

<sup>20</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>21</sup> Si veda sopra Capitolo 1 § 6.

<sup>22</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 496, fornisce un esempio: A titolare di un credito di 120 nei confronti dei coobbligati B-C-D, in parti uguali. Dopo il fallimento di B e C, A riceve 80 dei quali 40 dal fallimento di B e 40 da D. Secondo il sistema fallimentare, A rimane insinuato nel fallimento di C per 120. Se si fosse ammesso il regresso di D e del curatore del fallimento di B e la contestuale riduzione del credito di A alla parte non riscossa, cioè 40 (120-80), non si avrebbe una somma pari al credito originario: nell'esempio, infatti, nessuno dei due coobbligati avrebbe titolo per insinuarsi al fallimento di C, poiché il loro adempimento non supera la quota interna a loro carico. Nel fallimento di C rimarrebbe solo il credito residuo di A pari a 40.

<sup>23</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, pp. 56 e ss.: l'Autore considera tre ipotesi: a) il fallito A è il coobbligato nel cui esclusivo interesse fu contratta l'obbligazione solidale. Poiché il suo patrimonio deve rispondere non solo per quanto il creditore abbia ancora ragione di pretendere, ma anche per tutto ciò che i coobbligati hanno pagato, l'insinuazione del creditore per l'intero non danneggia gli altri creditori concorrenti. Se fallisce A nel cui interesse esclusivo è stata contratta l'obbligazione di 100, e successivamente il consorte B paga 50 a C, il fatto che C continui a figurare nel passivo per 100 (e non per 50) non danneggia i creditori concorrenti,

dottrina, è normale che il creditore dell'obbligazione solidale possa agire contro ognuno dei coobbligati, chiedendo a ciascuno il pagamento dell'intero (art. 1292 c.c.), non è normale, invece, che il creditore possa *mantenere* immutato l'importo originario, per il quale procede contro ciascun obbligato, anche dopo aver ricevuto dei pagamenti *parziali* da parte di taluno di essi<sup>24</sup>. Lo si ammette, però, per salvaguardare le esigenze di una "soddisfazione fallimentare" e quale effetto tipico della cristallizzazione sui crediti concorrenti. Si è osservato che il dividendo, quale forma di soddisfazione concorsuale dei crediti, è la quantificazione (della distribuzione tra i creditori) delle perdite conseguenti all'insolvenza del debitore fallito, in quanto l'intera procedura fallimentare è diretta in primo luogo a consentire un'equa distribuzione delle perdite dell'insolvenza tra i creditori. Se ciò è vero, non si vede perché quel creditore che abbia *per avventura* ricevuto successivamente alla dichiarazione di fallimento un pagamento parziale da un coobbligato non fallito debba, nella partecipazione al concorso, essere costretto a subire più perdite di quante non ne avrebbe subite se tale parte del credito non fosse stata pagata<sup>25</sup>. Nel condividere queste affermazioni, estendendole, però, alla luce di quanto sopra, pure agli adempimenti parziali provenienti dalla partecipazione ai ripari di altri fallimenti, ribadiamo, forse utilizzando un lessico ritratto dalla filosofia, il pagamento parziale essere un accidente, al quale, pertanto, non possono essere ricondotte differenze così drastiche in tema di tutela del creditore comune.

---

perché nei 100 sono assorbiti anche i 50 che B non può ripetere. b) fallito è il coobbligato che non aveva alcun interesse nell'obbligazione solidale. Ogni pagamento effettuato da altri coobbligati non comporta alcuna possibilità di regresso verso il garante fallito, e ciononostante il creditore gode di un dividendo proporzionale all'intero credito, con un danno secco per gli altri creditori. Ma il fallimento potrà sempre ripetere dal debitore garantito quanto pagato al creditore, cosicché nemmeno in questa ipotesi i creditori concorrenti risentiranno di alcun danno. c) fallito è il coobbligato tenuto nei rapporti interni allo stesso modo degli altri condebitori. I creditori concorrenti sopportano parzialmente l'onere dell'insolvenza perché il creditore fa pesare in sede di riparto l'intero credito, ossia un ammontare superiore alla somma tra il residuo ed il regresso, stante il suo ammontare a ciò che è stato pagato in più della quota di debito spettante. Fallendo A, tenuto per quote virili con B al pagamento di 100 a C, e pagando B 70 a C, che continua ad insinuarsi per 100, si verifica un danno per i creditori concorrenti: B avrebbe regresso per 20 (70-50), mentre C residuerebbe creditore per 30; un danno ammontante alla moneta fallimentare corrispondente per 50 [100- (20+30)].

<sup>24</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 120.

<sup>25</sup> INZITARI, *op. cit.*, p. 247.

L'intento pratico del legislatore di facilitare al creditore il pagamento dell'intero, nei modi testé descritti, si traduce, da ultimo, nell'interesse dei coobbligati, che restano così meno esposti alle pretese del creditore insoddisfatto (maggiore è la soddisfazione del creditore in seno ai fallimenti, minore e per minore ammontare è l'esposizione ad ulteriori richieste di adempimento dei coobbligati *in bonis*)<sup>26</sup>. Il concorso del creditore solidale per l'intero credito assicura la massima soggezione possibile del patrimonio del fallito per l'obbligazione solidale<sup>27</sup>.

La regola della stabilizzazione del credito vale non solo ai fini della collocazione sul ricavato, come finora precisato, ma anche in relazione al calcolo delle maggioranze nel concordato secondo le regole stabilite dagli articoli 127 e 128 l.fall.<sup>28</sup>. Inoltre, “non sono ammesse clausole atipiche di ammissione al passivo, e pertanto deve ritenersi come non apposta la clausola mediante la quale il creditore di più coobbligati venga ammesso al passivo salvo quanto sarà pagato da un condebitore”<sup>29</sup>.

### **3. La posizione del creditore tra disciplina ordinaria e fallimento**

Tutt'altro che infrequente è il caso in cui solo uno o alcuni dei condebitori dell'obbligazione solidale versino in condizioni di acclarata insolvenza e siano allora dichiarati falliti. Occorre, pertanto, indagare le modalità, nonché il coordinamento delle iniziative creditorie nei confronti dei coobbligati falliti ed *in bonis*.

Negli anni scorsi, per l'eventualità in cui al momento della dichiarazione di fallimento di un coobbligato fosse già pendente un giudizio di condanna contro gli altri, la giurisprudenza aveva drasticamente ritenuto che tutto il processo dovesse essere rimesso al foro fallimentare. Quindi, al ricorso al sistema speciale per il fallito si accompagnava la riassunzione con riunione del procedimento ordinario a quello speciale<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 59.

<sup>27</sup> BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, III ed., Padova, 2009, p. 137.

<sup>28</sup> MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 297.

<sup>29</sup> Trib. Udine 17 dicembre 1982, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Fallimento* [2880], n. 472.

<sup>30</sup> PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Milano, 2008, p. 340. Gli AA., pur riportando la soluzione della riassunzione con riunione del procedimento ordinario a quello speciale, ritenevano più corretta quella del procedere parallelo dei due procedimenti dinnanzi allo stesso giudice. In tema di *simultaneus processus* si veda Cass., 6 luglio 1979 n. 3878 in *Giur. comm.*, 1980, II, 346.

Più recentemente, all'opposto, da una lettura più ragionata delle norme si è ritratta l'opportunità di scindere, laddove possibile, il *simultaneus processus*, cosicché il processo nei confronti delle parti non fallite s'instauri o prosegua secondo le normali regole di competenza, dinnanzi al giudice ordinario. Quindi, l'ammissione al passivo del fallimento dei coobbligati falliti non preclude la prosecuzione dell'azione ordinaria nei confronti degli altri *in bonis*<sup>31</sup>.

Per l'ipotesi, dunque, in cui non tutti i coobbligati siano dichiarati falliti, la sola domanda nei confronti del o dei falliti va proposta nelle forme di cui all'art. 93 l.fall.<sup>32</sup>, non operando, invece, per i condebitori *in bonis* il principio dell'esclusività del procedimento di accertamento del passivo (c.d. concorso formale di cui all'art.52 co. 2 l.fall.: "ogni credito [...] deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diversa disposizione di legge.").

Se al momento della dichiarazione di fallimento sia già pendente un giudizio nei confronti di tutti i consorti, il giudizio in sede ordinaria diventa improcedibile nei confronti del/dei condebitore/i dichiarato/i fallito/i, ma prosegue nei confronti degli altri<sup>33</sup>. Ogniqualevolta quindi il creditore proponga una domanda diretta ad ottenere un

---

<sup>31</sup> PAJARDI, PALUCHOWSKI, *op. cit.*, pp. 340-341.

<sup>32</sup> Domanda di ammissione al passivo: si propone con ricorso, da depositare presso la cancelleria del tribunale almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo, allegando i documenti dimostrativi del diritto, e contenente i requisiti di cui all'art.93 l.fall.

<sup>33</sup> Cass., 22 dicembre 2005 n. 28481 in *Fallimento*, 2006, 10, 1207: nel sistema delineato dagli artt. 52 e 95 l.fall., qualsiasi ragione di credito nei confronti della procedura fallimentare deve essere dedotta, nel rispetto della regola del concorso, con le forme dell'insinuazione al passivo. Qualora pertanto, a seguito della dichiarazione di fallimento, la parte che aveva agito in giudizio nei confronti del debitore coltivi la propria azione nei confronti del curatore, subentrato all'originaria parte ai sensi dell'art. 43 l.fall., la domanda deve essere dichiarata improcedibile, in quanto inidonea a condurre ad una pronuncia di merito opponibile alla massa. Nell'ipotesi in cui il creditore intenda partecipare al concorso deve presentare domanda d'insinuazione al passivo al giudice delegato, allegando documentazione idonea a giustificare la ragione del suo credito. Tale schema procedimentale disegna un rito esclusivo che attribuisce al giudice delegato una cognizione inderogabile sull'esistenza, l'ammontare ed il grado dei crediti, i quali solo dopo tale verifica diventano concorrenti e partecipano al riparto, ed è chiaramente finalizzato ad esaltare il concorso, consentendo suddetta verifica nel contraddittorio universale di tutti i creditori, con celerità e speditezza; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *op. cit.*, p. 341: l'improcedibilità è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, trattandosi di una *exceptio litis ingressum impediens*. Attenendo la questione il rito e non

titolo per partecipare al concorso sostanziale, l'azione esercitata nella sede ordinaria diviene improcedibile, ma senza che ciò riguardi i condebitori non falliti, il cui giudizio prosegue senza essere attratto nella competenza del tribunale fallimentare<sup>34</sup>. Infatti, secondo giurisprudenza costante, l'obbligazione solidale e quindi la presenza di più coobbligati dal lato passivo, trattando di rapporti scindibili, determina un litisconsorzio solo facoltativo<sup>35</sup> e non vale ad integrare una deroga alla regola posta dall'art. 52 co. 2, ultimo inciso<sup>36</sup>: la struttura del procedimento di verifica dei crediti e la finalità dello stesso non consentono che avanti il giudice delegato possa farsi valere una pretesa nei confronti di un soggetto non fallito, non intercorrendo tra lui ed il fallito un rapporto inscindibile. Il giudice fallimentare, così come il giudice ordinario, potranno procedere ad accertare il credito solidale senza la presenza in giudizio di tutti i coobbligati<sup>37</sup>.

In aggiunta a ciò, il fallimento di uno non comunica i suoi effetti sugli altri consorti *in bonis*, nemmeno per quanto riguarda la scadenza anticipata del credito *ex art. 55 co. 2*, né la regolamentazione degli interessi *ex artt. 54 e 55 l.fall.*: queste norme

---

l'ampiezza dei poteri del giudice, non può trattarsi di un'eccezione di incompetenza, seppure in proposito esista una competenza funzionale del giudice delegato.

<sup>34</sup> Cass., 20 giugno 2000 n. 8366 in *Mass. Giur. it.*, 2000. E così: Cass., 21 novembre 2008 n. 27856 in *Mass. Giur. it.*, 2008; Cass., 26 settembre 2005 n. 18770 in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass., 1 settembre 1995 n. 9211 in *Mass. Giur. it.*, 1995; Cass., Sezione lavoro, 19 maggio 1995 n. 5493 in *Fallimento*, 1996, 1, 34; Cass., 30 maggio 1994 n. 5283 in *Mass. Giur. it.*, 1994.

<sup>35</sup> Cass., 20 giugno 2000 n. 8366 *cit.*; Cass., 11 febbraio 2000 n. 1519 in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass., 5 novembre 1999 n. 12325 in *Mass. Giur. it.*, 1999: l'obbligazione solidale passiva non fa sorgere un rapporto unico ed inscindibile e non dà luogo a litisconsorzio necessario nemmeno in sede d'impugnazione e neppure sotto il profilo della dipendenza di cause, bensì a rapporti giuridici distinti, anche se fra loro connessi, e, potendo il creditore ripetere da ciascuno di quei condebitori l'intero suo credito, è sempre possibile la scissione del rapporto processuale che può svolgersi utilmente anche nei confronti di uno solo dei condebitori; Cass., 28 settembre 1994 n. 7896 in *Mass. Giur. it.*, 1994.

<sup>36</sup> *Ex multis*: Cass., 26 settembre 2005 n. 18770 in *Fallimento*, 3, 349: dati il carattere solidale dell'obbligazione del fideiussore e la conseguente autonomia dell'azione di pagamento proposta contro di lui rispetto a quella proponibile contro il debitore principale, il fallimento di quest'ultimo, dichiarato in pendenza del giudizio di pagamento proposto contro il fideiussore, non importa il trasferimento al giudice fallimentare della causa proposta contro il fideiussore, la quale, ove configuri una controversia riservata alla competenza funzionale di altro giudice, rimane a questo affidata senza essere attratta nella competenza del giudice fallimentare.

<sup>37</sup> MAFFEI ALBERTI, *op. loc. cit.*; LO CASCIO, *op. cit.*, p. 490; AA. VV., *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, *cit.*, p. 557.

producono effetti solo ai fini del concorso fallimentare e, in mancanza di una norma espressa, non possono operare al di fuori di esso<sup>38</sup>. Alla base di dette norme stanno esigenze tecniche-pratiche. L'anticipata scadenza dei crediti pecuniari agevola le complesse operazioni processuali fallimentari. Il blocco degli interessi sui crediti pecuniari evita una generalizzata lievitazione di tutti i crediti, motivata dalla considerazione che quasi sempre dalla partecipazione al fallimento i creditori chirografari non ricevono nemmeno l'intero credito per capitale. Allora, considerare operativi ed esigibili gli interessi non farebbe altro che accrescere solo virtualmente il credito, senza poterne mai soddisfare l'entità (il passivo aumenterebbe a fronte di un attivo immutato)<sup>39</sup>. La sospensione degli interessi, poi, riguarda la sola inesigibilità dei medesimi in sede di fallimento, e non già la loro maturazione, ragion per cui detto assetto può avvantaggiare esclusivamente il soggetto fallito, e non i suoi fideiussori o coobbligati<sup>40</sup>. Il creditore potrà quindi insinuare al passivo del fallimento il debito prima della sua scadenza, dovendo lo stesso ritenersi scaduto secondo l'articolo menzionato, ma dovrà attendere la naturale scadenza per agire nei confronti del debitore *in bonis*. Nonostante l'indubbia natura accessoria dell'obbligazione fideiussoria, per le stesse ragioni di cui sopra, in caso di fallimento del debitore principale, il fideiussore *in bonis* conserverà il beneficio del termine pattuito<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> PAJARDI, PALUCHOWSKI, *op. cit.*, pp. 348-350.

<sup>39</sup> PAJARDI, PALUCHOWSKI, *op. loc. cit.*; MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, *sub art. 55 l.fall.*, pp.271-272.

<sup>40</sup> PAJARDI, PALUCHOWSKI, *op. loc. cit.* In punto alla portata dell'art. 55 co. 1 limitata alla procedura concorsuale e quindi al debitore principale fallito e non al fideiussore si veda Cass., 6 febbraio 2004 n. 2288 in *Guida al diritto*, 2004, 19, 49; Trib. Ascoli Piceno 14 febbraio 2002 in *Dir. lav. Marche*, 2003, 502 e in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Fallimento*, 502: nei confronti del debitore-fideiussore del fallito è possibile chiedere gli interessi sino alla data del fallimento del debitore principale, dichiarato in consecuzione dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo, non operando alcuna ipotesi di sospensione del corso degli interessi di cui al combinato disposto degli art. 55 e 169 l.fall., norme applicabili solo nei confronti del debitore principale fallito; Cass., 14 agosto 1997 n. 7603 in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Interessi*, 16: la sospensione del corso degli interessi disposta agli effetti del concorso dell'art. 55 l.fall. non si estende al fideiussore del fallito; Cass., 3 dicembre 1997 n. 12262 in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Fallimento*, 393; Cass., 12 novembre 1981 n. 5985 in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Fallimento*, 244.

<sup>41</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 491. In punto all'applicabilità dell'art. 55 co. 2 l.fall. ai soli effetti del concorso si veda App. Roma, 4 agosto 2005 *Massima redazionale* 2005. *Contra* Trib. Milano 14 febbraio 1985 in *Riv. it. Leasing*, 1985, 497.

#### 4. Il calcolo dell'ammontare del credito insinuabile alla data della dichiarazione di fallimento

In accordo ai principi della disciplina fallimentare, "l'intero credito" insinuabile al fallimento va valutato alla data della sentenza dichiarativa di ciascun fallimento, a norma del noto principio di cristallizzazione della massa passiva. Pertanto, esso non necessariamente sarà pari all'ammontare originario del credito. Nel caso in cui a fallire siano diversi consorti, ma in momenti successivi uno all'altro, si da procedersi a riparti per alcuni dei fallimenti quando certi altri non siano ancora dichiarati, l'importo insinuabile nelle diverse procedure sarà pari al residuo esistente alla data di ciascuna sentenza dichiarativa di fallimento, in virtù di quanto disposto dall'art. 62 l.fall. Solo il pagamento parziale fatto dopo il fallimento non produce riduzione del credito insinuato: insinuato il credito al passivo del o dei fallimenti dei coobbligati solidali, il creditore concorre in ciascuna delle procedure concorsuali per l'intero importo del credito, così come al tempo della dichiarazione di fallimento, proprio perché qualsiasi adempimento parziale successivo alla dichiarazione di fallimento è irrilevante ai fini della insinuazione al passivo. Tale principio, seppur non espressamente enunciato nella legge fallimentare, è desumibile dal combinato disposto degli artt. 61 co. 1 e 62 co. 1 (letto a contrario) l.fall.<sup>42</sup>.

È evidente che, perché l'ammissione al fallimento si mantenga inalterata, gli acconti dovranno necessariamente provenire da altri obbligati in solido e non da terzi non coobbligati<sup>43</sup>. La posizione del creditore che riceve un pagamento parziale da un fallimento è, invero, sostanzialmente identica a quella del creditore che, dopo la dichiarazione di fallimento, riceve un pagamento da un coobbligato *in bonis*<sup>44</sup>. Il

---

<sup>42</sup> INZITARI, *op. cit.*, p. 246; LO CASCIO, *op. cit.*, p. 494.

<sup>43</sup> App. Torino, 7 febbraio 2007 in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Fallimento* [2880], n.596: i pagamenti parziali compiuti dal fideiussore *in bonis* in favore del creditore dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale non comportano la riduzione del credito insinuato al passivo del creditore garantito. LO CASCIO, *op. cit.*, p. 494: gli acconti devono provenire da altri coobbligati e non da terzi non coobbligati, dal momento che l'art. 62 co. 1 fa espresso riferimento ai pagamenti parziali dei coobbligati solidali e fideiussori.

<sup>44</sup> In caso di fallimento, il pagamento parziale deriva dalla partecipazione alla procedura e quindi dalla partecipazione ai riparti, e non già direttamente dalle mani del fallito. L'art. 44 l.fall. dispone che "i pagamenti da lui [fallito] eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori".

pagamento ad opera di terzi, invece, comporta necessariamente l'insinuazione del creditore per il residuo od una riduzione della precedente ammissione, poiché al terzo è consentito certamente di surrogarsi, *ex artt.* 1201 o 1203 c.c., non operando per lui la disciplina di cui all'art. 61 co. 2 l.fall. Se tale surrogazione si ammette, non può consentirsi al creditore di pretendere l'intero: diversamente, il credito verrebbe fatto valere due volte, almeno parzialmente, con ingiustificabile danno per gli altri creditori concorsuali. Oltretutto, alla luce della specialità che connota la disciplina fallimentare, non si vede perché le sue norme debbano essere estese oltre i limiti tassativi imposti dalla legge<sup>45</sup>.

Peraltro, va osservato come la dottrina sul punto non sia unanime<sup>46</sup> e pure una certa giurisprudenza, invero un po' datata, risulti essere parzialmente di altro avviso: "la circostanza che il creditore, ancorché parzialmente soddisfatto dall'intervento di un terzo (nella specie, datore di pegno), concorra nel fallimento del debitore per l'intero credito, ottenendone il totale pagamento, non vale ad escludere il diritto di regresso spettante a detto terzo nei confronti del fallito tornato *in bonis*, salva restando per quest'ultimo la possibilità di ripetere quanto il creditore stesso abbia ricevuto in eccedenza rispetto all'ammontare del credito"<sup>47</sup>. La massima riportata pare, infatti, dare per presupposta l'insinuazione del creditore per l'intero, nonostante la soddisfazione per mano del terzo datore di pegno.

---

<sup>45</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, pp. 50-51 nota 12. L'art. 1201 c.c. prevede la c.d. surrogazione per volontà del creditore che riceve il pagamento del terzo; l'art. 1203 c.c. contempla ipotesi di surrogazione legale.

<sup>46</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 8 nota 13, ritiene che nel caso in cui il creditore riceva durante il fallimento del debitore, un pagamento da un terzo datore di pegno o di ipoteca o dal terzo acquirente del bene ipotecato o costituito in pegno, egli non sia tenuto a ridurre l'ammontare della propria pretesa agli importi così ricevuti, stante la circostanza che gli autori di tali pagamenti non possono insinuarsi al passivo per rivalersi contro il fallito, poiché il loro titolo è sorto in epoca successiva all'apertura del concorso. Essi non sono propriamente coobbligati con il fallito, ma soggiacciono per un debito di lui al rischio di espropriazione forzata di uno dei propri beni, quello cioè gravato da pegno o ipoteca. La loro tutela non può ricevere, quindi, attuazione in sede fallimentare, ma è rimandata al momento e per l'ipotesi in cui il creditore abbia ricevuto più di quanto gli sarebbe spettato (nel qual caso i terzi saranno legittimati a pretendere la restituzione dell'eccedenza). Sul punto, ci sentiamo però di sollevare quanto lo stesso Autore afferma, seppur in altra sede (*op. cit.*, p. 134), con riguardo al principio di cristallizzazione della massa passiva: il principio non riguarda le modificazioni soggettive che si verificano all'interno della categoria dei crediti collocabili sul ricavato. Un caso di surrogazione ci pare rientrare agevolmente in tale ipotesi.

<sup>47</sup> Cass., 4 dicembre 1985 n. 6073, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Fallimento* [2880], n.556.

Alla luce di tutto quanto sopra, appare utile evidenziare un aspetto finora sottaciuto: ulteriore particolarità della disciplina fallimentare in tema di solidarietà sta nel fatto che il momento cruciale per accertare l'entità del credito viene anticipato al momento della dichiarazione di fallimento, sì che l'entità del credito è definitivamente fissata quale è al momento della sentenza dichiarativa, e non al momento della verifica dei crediti, come sarebbe logica applicazione dei principi comuni di solidarietà<sup>48</sup>. In virtù dell'ormai noto principio della solidarietà per cui "l'adempimento da parte di uno libera gli altri" (art. 1292 c.c.), ove la legge non contenesse l'art. 61 (e lo stesso vale pure per l'art. 62), il creditore dovrebbe dedurre dal credito insinuato quanto riuscisse a percepire per adempimenti volontari, ovvero in moneta fallimentare dalla partecipazione ad altre procedure concorsuali. Se così fosse, i pagamenti parziali perderebbero una parte della loro utilità per il percipiente, con ingiustificato vantaggio per gli altri creditori concorrenti<sup>49</sup>. L'art. 55 l.fall., in tema di effetti del fallimento sui debiti pecuniari, stabilisce quanto segue: "la dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura di fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, da pegno o privilegio, salvo quanto disposto dal terzo comma dell'articolo precedente. / I debiti pecuniari del falliti si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione di fallimento". Dunque è la sentenza dichiarativa di fallimento, non già la domanda di ammissione al passivo il parametro temporale di tutta la disciplina in oggetto. Tale asserzione reca con sé una serie di conseguenze.

Innanzitutto, il legislatore opera una distinzione cronologica tra adempimenti anteriori al fallimento, che, come visto, incidono sul credito ed hanno efficacia liberatoria, ed adempimenti successivi ad esso, che, al contrario, non modificano il credito insinuato. Tra questi ultimi, poi, distingue ulteriormente e secondo un criterio quantitativo, tra pagamento parziale inidoneo a mutare la posizione del creditore e pagamento integrale, che con il suo effetto liberatorio consente al *solvens* di azionare il regresso (art.61 co. 2 l.fall.)<sup>50</sup>. Il creditore, infatti, allorquando la sua pretesa sia soddisfatta per l'intero, non può ulteriormente partecipare al concorso, tanto nel caso in cui alla soddisfazione

---

<sup>48</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 49.

<sup>49</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 8.

<sup>50</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 51; LO CASCIO, *op. cit.*, pp. 494-495.

integrale abbia provveduto il fallimento del coobbligato, quanto là dove a provvedere siano stati, in tutto o in parte, gli altri coobbligati.

Il soddisfacimento del creditore, *comunque prodotto*, origina il regresso dei coobbligati. Ciò posto, l'attitudine del credito solidale a concorrere in ciascun fallimento per l'importo esistente alla data della rispettiva sentenza dichiarativa corrisponde al principio generale, si tratta ora di stabilire se sul *quantum* insinuabile dal creditore solidale influiscano o no i pagamenti ricevuti dallo stesso tra l'apertura del fallimento e la proposizione della domanda di ammissione al passivo, avendo finora solamente parlato di immutabilità della ammissione e della insinuazione al passivo. La più parte della dottrina considera ininfluenti tali pagamenti ai fini dell'applicabilità dell'art. 61 co. 1. L'art. 62 menziona espressamente quale referente temporale la dichiarazione di fallimento, pertanto ogni pagamento ad essa anteriore obbliga a considerare insinuabile il solo residuo. Per converso, ogni pagamento successivo alla dichiarazione di fallimento, sia esso anteriore o posteriore alla ammissione al passivo, consente di concorrere per l'importo originario del credito esistente alla data della sentenza dichiarativa. Si tratta dell'applicazione del noto principio di cristallizzazione della massa passiva, riguardante anch'esso l'apertura della procedura, e di evitare al creditore il trattamento deteriore che gli deriverebbe dall'applicazione dell'art. 62, nonostante il dato letterale, anche al caso di pagamento anteriore alla data di insinuazione al passivo. Infatti, non sarebbe agevolmente giustificabile una disparità di trattamento collegata ad un evento totalmente soggettivo quale la scelta del creditore *se* insinuarsi al passivo e *in quale momento* presentare domanda di ammissione<sup>51</sup>. In conclusione, dunque, l'inalterabilità dell'insinuazione comporta che il creditore, una volta insinuato al passivo dei fallimenti con riferimento all'effettivo credito esistente al momento di ciascun fallimento (o al momento del concordato preventivo), continua a concorrere in ciascuna procedura e quindi a partecipare ai riparti di massa per l'importo del credito ammesso, sia che non abbia

---

<sup>51</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 17. Quanto poi al caso di fallimento conseguente a concordato preventivo, il principio della consecuzione dei procedimenti concorsuali fa sì che i pagamenti parziali successivi alla data di presentazione della domanda di concordato, anche se anteriori alla formale dichiarazione di fallimento, debbano essere equiparati ai pagamenti ricevuti in corso di fallimento. Infatti, l'art. 169 l.fall. stabilisce l'applicabilità, degli artt. 61, 62, 63 avendo riguardo alla data di presentazione della domanda di concordato. A tal proposito AA. VV., *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, *cit.*, p. 297.

ricevuto alcun pagamento, sia che abbia ricevuto pagamenti parziali dagli altri coobbligati, fino alla sua integrale soddisfazione.

In secondo luogo, dovendo far riferimento al credito esistente al momento della dichiarazione di fallimento di ciascun condebitore, è evidente che il credito “in capitale e accessori”(art. 61 co. 1 l.fall.) può essere diverso nel *quantum* qualora i condebitori siano falliti in tempi successivi, sia in conseguenza di eventuali adempimenti parziali tra l’una e l’altra procedura, sia in relazione al diverso decorso degli interessi<sup>52</sup>. A tale ultimo proposito, il credito che può essere insinuato in ogni singolo fallimento è costituito dal capitale, dalle spese, e dagli interessi maturati sino alla pronuncia dell’ultima sentenza dichiarativa dei vari fallimenti.

Il creditore di più coobbligati in solido concorre nel fallimento “sino al totale pagamento” e fino a che il creditore non sia stato soddisfatto “per l’intero credito” il regresso non potrà essere esercitato.

Peraltro, nello stabilire i limiti alla partecipazione al fallimento del creditore comune, nonché del regresso tra i coobbligati, la legge non precisa quale sia il significato delle espressioni utilizzate. La pretesa del creditore non è più collocabile sul ricavato dell’attivo fallimentare, una volta che risulti comunque soddisfatta: l’adempimento dell’obbligazione solidale può essere avvenuto integralmente ad opera del fallimento o dei fallimenti in cui il creditore si è insinuato, ma pure ad opera dei coobbligati non falliti che vi hanno provveduto in tutto o in parte. Una volta ottenuto l’intero pagamento del suo credito, il creditore ha l’obbligo di rinunciare all’insinuazione e di non accettare ulteriori pagamenti successivamente disposti in sede di riparto dell’attivo<sup>53</sup>. L’adempimento successivo alla dichiarazione, ma integrale, come detto, conserva “tutto il suo normale significato liberativo”<sup>54</sup>, sicché quel credito va cancellato dal passivo. Detto altrimenti, l’insinuazione si mantiene inalterata fino al totale pagamento del creditore, cioè fino alla *sua* integrale soddisfazione.

Per pagamento totale, poi, deve intendersi quel pagamento che da solo o sommandosi a quelli effettuati in precedenza dal medesimo coobbligato solvente o da altri obbligati in solido, produca comunque il soddisfacimento del creditore. Per converso, è

---

<sup>52</sup> MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 296; LO CASCIO, *op. cit.*, p. 491.

<sup>53</sup> MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 297.

<sup>54</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 51.

da considerare parziale il pagamento fatto dal coobbligato che non estingue il credito. I pagamenti che esauriscono la responsabilità del *solvens*, cioè quei pagamenti totali del debito *ex parte debitoris*, ma non idonei ad estinguere l'obbligazione solidale, costituiscono, ai nostri fini, pagamenti parziali. La fattispecie più ricorrente è quella della prestazione di fideiussioni *pro quota*, ma in generale, lo è ogni ipotesi in cui un coobbligato sia tenuto con altri per un importo inferiore. Il versamento di quanto da lui dovuto estingue la sua *obligatio*, ma non estingue il *debitum* verso il creditore comune: pertanto, il presupposto per l'esercizio del regresso di cui all'art. 61 co. 2 non può dirsi verificato. L'integralità del pagamento, rilevante ai fini della disciplina tutta dell'art. in esame, va dunque valutata *ex parte creditoris* e l'effetto liberatorio, ad essa sola ricondotto, consente al *solvens* di azionare il regresso (art. 61 co. 2 l.fall.). L'esercizio del regresso è permesso quando con il pagamento il *solvens* abbia *estinto – da solo – o abbia contribuito ad estinguere* – insieme ai versamenti degli altri coobbligati – il debito comune<sup>55</sup>.

A tale ultimo proposito, si è scritto che attribuendo rilevanza ai pagamenti ricevuti dal creditore comune ad opera degli altri coobbligati, quando la somma dei vari contribuiti raggiunga l'intero, si impedisce *a priori* il sorgere del problema della restituzione dal creditore al *solvens* della eccedenza eventualmente ricevuta rispetto al credito verso gli obbligati in solido. Questa dottrina, cioè, ritiene che per questa via la ripartizione dell'onere di adempimento dell'obbligazione solidale tra i diversi consorti (parità di trattamento) possa avvenire direttamente, senza bisogno di ripetere le eccedenze ricevute dal creditore, con indiscutibili vantaggio e facilitazione per le procedure nel caso dei coobbligati falliti<sup>56</sup>. In questi termini, tale affermazione non può essere condivisa. Un esempio può aiutare a chiarire il punto<sup>57</sup>: A, B, C, sono obbligati secondo quote virili nei confronti di D per un ammontare pari a 120; si dia per ipotesi il fallimento contestuale di

---

<sup>55</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 125; LO CASCIO, *op. cit.*, pp. 494-495.

<sup>56</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 11.

<sup>57</sup> Avvertenza: l'esempio, per le percentuali di soddisfazione contemplate, può risultare assolutamente irrealistico, ma muove da esigenze di semplificazione e di comprensione. Lo stesso risultato potrebbe comunque essere raggiunto considerando in ipotesi un maggior numero di condebitori, nonché minori percentuali di soddisfazione dai fallimenti.

B e C<sup>58</sup>, successivamente ai quali A paga a D la somma di 48 (*id est* 40% dell'obbligazione solidale). Stante l'art. 61 co. 1, D continua a concorrere nei fallimenti per 120 (nonostante il residuo effettivo sia pari a 72). Si supponga poi che dal primo riparto nel fallimento di B, D percepisca il 50%, ossia 60, e che dal primo riparto del fallimento di C, D percepisca il 30%, ovvero 36. Risulta allora evidente come, pur ammettendo che la soddisfazione del creditore possa aversi sommando i contributi parziali dei diversi condebitori, si possano dare delle eccedenze, delle quali il creditore certamente non può appropriarsi. Nell'esempio, infatti, la somma dei contributi parziali (48+60+36), provenienti dai coobbligati falliti e non, porta al creditore una somma totale di 144, con eccedenza, dunque, pari a 24 (144-120). Rimane, perciò, da chiarire quali siano i criteri da seguire per la restituzione ai consorti di tale somma indebitamente percepita dal creditore comune<sup>59</sup>.

Diverse sono le soluzioni approntate dalla rara dottrina che si è impegnata sul punto. In caso di fallimenti plurimi, secondo l'opinione di alcuni, la restituzione dovrà essere proporzionale a quanto pagato da ciascuno di essi<sup>60</sup>. Invero, una tale disposizione potrebbe essere apparsa pleonastica al legislatore della legge fallimentare il quale, anche in ragione della rarità di questa ipotesi, ha deciso di non riproporre quanto stabilito all'art. 789 comma secondo Codice di Commercio: *“Se i dividendi riuniti assegnati al creditore in tutti i fallimenti dei coobbligati superino la somma a lei dovuta, il resto è devoluto alle masse dei fallimenti nella proporzione suddetta [cioè della parte del debito che hanno pagato e di quella che era rispettivamente a carico di ciascuna – secondo il dettato del co. 1]. [...]*”<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Ancora una volta, in un'ottica di semplificazione, i fallimenti si considerano contestuali. Così, ci è consentito tralasciare le ipotesi in cui l'effettivo ammontare insinuabile ai fallimenti sia diverso, per adempimenti parziali dell'obbligazione solidale avvenuti tra i fallimenti, o per il diverso ammontare degli interessi maturati sulla somma capitale.

<sup>59</sup> RUBINO, *op. cit.*, sub art. 1292 Cod. Civ., p. 146; MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 297.

<sup>60</sup> AA. VV., *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, cit., pp. 556-557; MAFFEI ALBERTI, *op. loc. cit.*

<sup>61</sup> Per riprendere l'esempio fatto nel testo, l'eccedenza di 24 andrebbe devoluta alle sole masse dei fallimenti di B e C. Essendo la parte di debito a carico di ciascuna massa di uguale ammontare (A,B,C, sono obbligati per quote virili di 40), nel calcolo delle restituzioni basterà considerare la proporzione della parte di debito che hanno pagato. Pertanto, avendo il fallimento di B pagato 60 (50% debito solidale) e il fallimento di C 36 (30% debito solidale), ed essendo il rapporto di 5/3, dell'eccedenza di 24, 15 [(24:8)x5]

Si è sostenuto inoltre che debba procedersi alla restituzione proporzionale anche con riguardo ai pagamenti effettuati dai condebitori *in bonis*<sup>62</sup>. Tali soluzioni non sono in realtà accettabili. Si consideri l'esempio fatto: le percentuali di adempimento di A (40%), B (50%), C (30%) sommate tra loro superano, come è evidente, il 100%, una restituzione in proporzione ai versamenti fatti non sarebbe possibile, mancherebbe eccedenza sufficiente da poter ripartire secondo le percentuali riportate.

Soluzione alternativa, è quindi ricercata nella restituzione in proporzione alle quote interne di spettanza di ciascun coobbligato (nell'esempio, stante la suddivisione dell'obbligazione solidale in quote virili, lo stesso sarebbe dovuto avvenire con riguardo all'eccedenza di 24, con l'attribuzione in definitiva di 8 a ciascun condebitore). Anche tale impostazione non si sottrae però a critiche. Da un lato, il creditore non può dirsi onerato dei rapporti interni, dei quali peraltro potrebbe essere totalmente all'oscuro. Dall'altro, procedendo alla restituzione di somme pure a coloro che con l'adempimento parziale non hanno nemmeno assolto la loro quota di obbligazione, si realizzerebbero diseconomie e complicate azioni di regresso incrociato. Al contrario, quindi, c'è chi ritiene la restituzione debba essere fatta nei confronti di un solo coobbligato, per non onerare, altrimenti, il creditore di un riparto tra condebitori in relazione ai rapporti interni cui lui stesso è estraneo<sup>63</sup>. Vari, ma pur sempre arbitrari, sarebbero i criteri di selezione del coobbligato al quale restituire l'eccedenza<sup>64</sup>. Tutte le soluzioni sin qui prospettate danno poi per implicita la consapevolezza dell'esistenza di un'eccedenza, peraltro non così scontata nella realtà. Alla luce di ciò, unica via concretamente praticabile sembra essere la seguente: A, B, C proporranno certamente domande incrociate di regresso. Se

---

andranno al fallimento di B e 9 [(24:8)x3] al fallimento di C. Un simile assetto pare criticabile sotto plurimi aspetti: *in primis*, per non coinvolgere nelle restituzioni pure i coobbligati *in bonis* (es. A) che hanno comunque contribuito alla soddisfazione integrale del creditore; *in secundis* ed all'opposto, per coinvolgere masse che hanno adempiuto per ammontare inferiore alla quota interna di spettanza (es. fallimento di C), con ciò ingenerando inutili giri di regresso.

<sup>62</sup> COPPOLA, *sub art. 61 in La riforma della legge fallimentare* a cura di NIGRO e SANDULLI, Torino, 2006.

<sup>63</sup> DI CORRADO, *sub art. 61, in Legge fallimentare: commentario teorico-pratico*, a cura di FERRO, Padova, 2007-2008, p. 417.

<sup>64</sup> C'è chi ha proposto la restituzione ai soli fallimenti, o ai soli coobbligati che hanno già con i loro adempimenti parziali maturato regresso, in spregio però ad ogni principio di parità di trattamento tra consorti di un'obbligazione solidale (RUBINO, *op. cit.*, p.147).

emergerà l'esistenza di un'eccedenza indebitamente percepita dal creditore, le parti allora proporranno insieme domanda di ripetizione dell'indebito nei confronti di D, *ex art. 2033 c.c.* Il giudice nell'accogliere le richieste di regresso, nonché la domanda di ripetizione, sarà onerato ad un riparto nei confronti di A, B, C che tenga conto di entrambe le componenti.

## Sezione II

### Il regresso per pagamenti eseguiti durante il fallimento

#### 5. Il regresso tra i coobbligati falliti. Premessa

“Il regresso tra i coobbligati falliti può essere esercitato solo dopo che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito” (art. 61 co. 2 l.fall.). Perché l'azione di regresso possa essere promossa in sede fallimentare, è necessario, come detto, che sia stato effettuato un pagamento *valido ed efficace* che, da un lato, giustifichi la richiesta di rivalsa, dall'altro, assicuri che sia estinta l'obbligazione solidale *a latere creditoris*, a ciò non bastando l'estinzione del debito del coobbligato che non sia però idonea al contempo a soddisfare integralmente il creditore (es. fideiussioni *pro quota* – fideiussioni per importo limitato)<sup>65</sup>. Quindi, l'art. 61 co. 2, in ossequio ai principi generali (arg. *ex art.* 1299 c.c.), vieta il regresso al condebitore che abbia parzialmente adempiuto dopo la dichiarazione di fallimento.

Il capoverso in esame regola espressamente i rapporti interni tra i consorti, utilizzando allo scopo i termini di “regresso” e di “coobbligati falliti”. Ad una prima lettura, quindi, non sembra riguardare altri strumenti di rivalsa, quali la surrogazione, né soggetti particolari, come il fideiussore: l'analisi sarà condotta con l'intento di determinare il significato e la portata reali dei termini utilizzati dal legislatore e quindi di chiarire il campo d'applicazione della norma stessa, gli interessi coinvolti e da essa tutelati, il suo rapporto con il comma primo dello stesso articolo, nonché le concrete modalità di “subentro” al creditore integralmente soddisfatto da parte del condebitore solvente.

Trattando dell'art. 62, vi sarà poi modo di rilevare come la disciplina che il legislatore riserva all'azione di regresso sia diversa a seconda che l'adempimento parziale sia anteriore (art. 62 l.fall.) o successivo (art. 61 l.fall.) alla sentenza dichiarativa di fallimento.

---

<sup>65</sup> INZITARI, *op. cit.*, p. 249.

Prima di procedere oltre, conviene sin d'ora puntualizzare il significato dell'espressione regresso *tra* coobbligati falliti, utilizzata dal legislatore nel secondo comma dell'articolo in epigrafe.

Attesa la *ratio* della norma, volta ad escludere dal concorso – per evitare duplicazioni del credito – il coobbligato o fideiussore che, avendo pagato dopo la dichiarazione di fallimento, trova cristallizzata la situazione al momento in cui il creditore aveva insinuato il suo credito al passivo per l'intero ammontare, l'espressione viene comunemente interpretata, sia dalla dottrina prevalente che dalla giurisprudenza, 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*<sup>66</sup>. La *ratio* della norma è perfettamente identica in entrambe le ipotesi: l'esigenza che il creditore sia integralmente soddisfatto è comune sia all'ipotesi in cui il pagamento provenga da un coobbligato fallito, sia che provenga da un coobbligato non fallito.

Non manca comunque chi propenda per riferire la norma ai soli rapporti di regresso fra coobbligati che siano entrambi o tutti falliti, in ragione della necessità di assicurare una *par condicio* tra le masse concorsuali<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> INZITARI, *op. cit.*, p. 250; AA. VV., *Il fallimento*, cit., p. 560; DEMARCHI, *Fallimento e altre procedure concorsuali. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2009, pp. 304 e ss.; MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 298; BONFATTI, *op. cit.*, p. 127 e pp. 10-11. *Ex multis* Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 in *Foro it.*, 2008, 4, I, 1125; Cass., 12 luglio 1990 n. 7222 in *Dir. fall.*, 1990, II, 1327; Cass., 5 luglio 1988 n. 4419 in *Foro it.*, 1988, I, 2873; Cass., 4 aprile 1962 n. 703 in *Dir. fall.*, 1962, II, 557; Trib. Como 31 ottobre 2006, *Redazione Giuffrè*, 2009; Trib. Torino 29 gennaio 1993 in *Fallimento*, 1993, 863; Trib. Bologna 25 giugno 1991 in *Fallimento*, 1992, 77; Trib. Roma 11 marzo 1985 in *Fallimento*, 1985, 1085.

<sup>67</sup> RUBINO, *op. cit.*, sub art. 1292 c.c., p. 147; BIANCA, *Diritto civile. Libro IV. L'obbligazione*, cit., p. 722: l'A. ritiene che la norma riguardi esclusivamente il diritto al rimborso del condebitore fallito verso altro condebitore fallito. Il debitore che non sia in stato di fallimento, invece, può sempre esercitare il diritto di regresso nei confronti del condebitore fallito, anche se ha eseguito un pagamento parziale. In questo caso, infatti, torna ad applicarsi il generale principio per cui il creditore ha diritto di insinuarsi nel fallimento del debitore per l'importo del suo credito (eccedenza pagata suddivisa in ragione della quota del fallito se il rimborso è dovuto da più condebitori).

Ogni procedura concorsuale, sarebbe legittimata, a differenza dei coobbligati non falliti, a giovare dei pagamenti effettuati dalle altre procedure, per escludere il creditore comune dalle ripartizioni successive, non appena la somma dei contributi dei coobbligati falliti raggiunga l'importo rispettivamente ammesso al passivo.

Altra parte della dottrina si spinge oltre fino ad osservare come la limitazione alla proposizione del regresso per i pagamenti effettuati durante il fallimento potrebbe valere non solo sotto il profilo della legittimazione attiva, ma anche sotto quello della legittimazione passiva (si parla infatti di regresso tra coobbligati)<sup>68</sup>. Non si comprende, però, la ragione per la quale il coobbligato solidale non fallito dovrebbe essere sottratto al regresso promuovibile nei suoi confronti dal coobbligato fallito, escusso dal creditore comune.

La necessità di un'interpretazione estensiva della lettera della legge, che attribuisca all'espressione "regresso *tra* coobbligati falliti" una portata equivalente a quella che verrebbe dall'espressione "regresso *verso* i coobbligati falliti", si impone volendo ammettere che il soddisfacimento integrale che porta l'esclusione dal concorso del creditore principale, e la possibilità di esercitare il regresso, non sia solo quello che viene dai coobbligati solidali falliti, bensì il soddisfacimento integrale *comunque prodotto*, dai coobbligati falliti e da quelli non falliti. Non si giustificerebbe, a motivo della inattitudine a favorire i fallimenti, un diverso trattamento dei versamenti fatti dai coobbligati falliti, rispetto a quello per i pagamenti parziali dei coobbligati non falliti, stante poi l'irrilevanza ai fini della fattispecie costitutiva del regresso di una tale distinzione<sup>69</sup>. Il legislatore non ha inteso favorire la ripartizione del debito comune tra le procedure fallimentari, bensì la ripartizione di esso tra coobbligati non falliti e coobbligati falliti.

## **6. Regresso in senso stretto e/o rivalsa con surrogazione?**

Come noto, il diritto del coobbligato escusso a rivalersi verso gli altri coobbligati solidali può dar luogo a due distinte situazioni<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> È BONFATTI, *op. cit.*, p. 10 n.16 a fare un'osservazione in tal senso, per smentirla immediatamente. La distinzione tra coobbligati falliti e non è da ritenersi soltanto apparente.

<sup>69</sup> Il coobbligato *in bonis* non potrebbe regredire nel fallimento neppure dopo aver soddisfatto integralmente il creditore da solo. Ciò appare assurdo alla luce della disciplina della solidarietà nei rapporti interni, cui si fa rimando (si veda Capitolo 1 § 4).

<sup>70</sup> Si veda *supra* Capitolo 1 § 5.

La prima è quella in cui il coobbligato solvente esercita verso gli altri consorti un *diritto autonomo* di regresso che sorge direttamente in capo al coobbligato solidale per effetto del pagamento superiore alla quota spettantegli nei rapporti interni e quindi dal pagamento di un debito *anche* altrui. Trattandosi di azione autonoma, essa muove una pretesa diversa da quella azionata dal creditore comune. Il contenuto del regresso si estende a spese ed interessi legali, ed indipendentemente dal credito comune può essere munito di garanzie proprie.

La dottrina pressoché unanime ritiene, poi, che al condebitore adempiente spetti, oltre l'azione di regresso, pure quella di rivalsa con surrogazione<sup>71</sup>. Il fideiussore ed il coobbligato in solido ad interesse comune, dopo aver effettuato il pagamento, sarebbero surrogati *ex artt.* 1203 n. 3 e 1949 c.c. nei diritti che il creditore aveva contro il debitore fallito. Proprio perché contenute in disposizioni diverse (artt. 1203 n. 3 e 1949 c.c. per la surrogazione, artt. 1299 e 1950 c.c. per il regresso), azione di regresso e azione di rivalsa con surrogazione si ritengono – secondo l'opinione cui aderiamo – azioni distinte, non cumulabili, in concorrenza tra loro<sup>72</sup>. Accumunate dalla stessa finalità, ovvero quella di ripristinare un depauperamento patrimoniale in conseguenza dell'adempimento di un debito (anche) altrui, tali azioni presentano però difformità rilevanti<sup>73</sup>. In un recente

---

<sup>71</sup> *Contra* GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., p.10. È dottrina isolata quella che nega la possibilità di surroga al condebitore per la ragione che, contrariamente alla fideiussione (art. 1949 c.c.), manca espressa previsione per il condebitore solidale ad interesse comune, ovvero per mancanza dell'interesse del condebitore a pagare il debito altrui, ovvero ancora per la carente identità di credito in conseguenza del venir meno del vincolo di solidarietà. L'Autore, pur proponendosi di dimostrare che la surrogazione legale *ex artt.* 1203 n. 3 c.c. non si riferisce alla solidarietà, non condivide tali percorsi argomentativi. All'opposto, infatti, ritiene a determinare l'incompatibilità tra surrogazione e solidarietà sia la circostanza che "l'adempimento da parte di uno libera gli altri" (art. 1292 c.c.), con ciò estinguendo in via diretta ed immediata tutti i debiti. Se il pagamento con surrogazione presuppone la persistenza dell'obbligo, una tale eventualità pare non realizzarsi nel campo delle obbligazioni solidali, sia a struttura unitaria, sia pluralistica. Quanto alla non - applicabilità dell'art. 1203 n. 3 c.c. alle obbligazioni solidali ad interesse comune, si veda inoltre BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa* cit., pp. 425 e ss.; ANDREANI, voce *Regresso (azione di)* cit., pp. 709 e ss.

<sup>72</sup> RUBINO, *op. cit.*, sub art. 1299 c.c., pp. 196 e ss. *Contra* PISANI MASSAMORMILE, *Il "regresso" del fideiussore nel fallimento del debitore principale*, cit., pp. 384 e ss.

<sup>73</sup> RUBINO, *op. loc. cit.*, ritiene i presupposti, ovvero l'esistenza di un'obbligazione solidale e l'avvenuto pagamento, ed il *petitum* siano uguali. Per quanto riguarda quest'ultimo, in particolare, l'adempiente nemmeno in base alla surrogazione può chiedere a ciascuno degli altri coobbligati un pagamento integrale,

intervento della giurisprudenza di legittimità si legge, infatti, che il diritto di regresso sorge in via originaria, mentre la surrogazione in via derivativa; l'azione di regresso si estende anche agli interessi su quanto versato, nonché alle spese sostenute in favore del debitore principale, laddove, invece, al fideiussore surrogante è concesso solamente di subentrare nell'identica posizione del creditore da lui soddisfatto, dando così origine ad un fenomeno di successione nel diritto surrogato<sup>74</sup>. Quindi chi agisce in surrogazione esercita un diritto altrui, esponendosi per questa via alle medesime eccezioni che si sarebbero potute opporre al creditore<sup>75</sup>.

Non è facile coniugare tale disciplina con la procedura concorsuale fallimentare. *In primis*, impregiudicata la questione dell'ammissibilità del regresso in altra sede, l'ormai noto principio di cristallizzazione della massa passiva sembra ostare all'ingresso nel fallimento di uno dei condebitori di un diritto di credito *forse* nuovo, quale appunto quello di regresso, che emergendo da un pagamento successivo alla dichiarazione di fallimento, in via approssimativa, pare non essere dotato di titolo anteriore al fallimento idoneo a consentire il suo concorso formale<sup>76</sup>. Sul punto, invero, si rendono necessarie considerazioni circa il momento in cui sorge il regresso, se coevo alla nascita dell'obbligazione solidale ovvero originato dal pagamento al creditore comune: si potrà stabilire così se il suo titolare possa legittimamente partecipare alla procedura concorsuale

---

bensì dovrà detrarre la sua quota e chiedere la sola quota interna del singolo condebitore cui si rivolge. *Contra* GRASSO, *op. cit.*, p. 12, per cui il condebitore solvente che si surroga si avvale del regime di solidarietà che continua a persistere tra gli altri condebitori solidali nei suoi confronti.

<sup>74</sup> Cass., 12 ottobre 2007 n. 21430 in *Giust. civ.*, 2008, 2, I, 355.

<sup>75</sup> A tal proposito si veda Cass., 30 marzo 1981 n. 1818 cit. La surrogazione legale, di cui all'art. 1203 n. 3 c.c., del condebitore che ha pagato il debito comune nei confronti degli altri condebitori non è esclusa dal diritto di regresso concesso in via alternativa a norma dell'art. 1299 c.c. Poiché la surrogazione legale di cui all'art. 1203 n. 3 c.c. importa il subingresso di un soggetto nella posizione giuridica di un altro soggetto, con i diritti e le azioni si trasferiscono anche le eccezioni inerenti al diritto che forma oggetto della surrogazione; da tanto consegue che i condebitori, nei cui confronti il debitore che ha adempiuto il debito comune fa valere il suo diritto alla surrogazione nel pagamento, possono opporre nei suoi confronti tutte le eccezioni opponibili al creditore in ordine all'esistenza e alla entità del debito; Cass., 18 marzo 1999 n. 2459, in *Giur. it.*, 2000, 50. Il fideiussore *solvens* subentra nel rapporto obbligatorio nella stessa posizione attiva che faceva capo al creditore e con le stesse garanzie [...].

<sup>76</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, pp. 59-62.

fallimentare o se la sua domanda di insinuazione vada ad incrementare in modo del tutto illegittimo la massa passiva fallimentare.

*In secundis*, ammettendo, per ora, che la disciplina fallimentare possa incondizionatamente applicarsi pure al caso delle obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo e quindi al fideiussore – tema che ci occuperà in seguito – va osservato come parte della dottrina neghi al fideiussore escusso l'esercizio del regresso in senso stretto contro il debitore principale, quale che sia la sede nella quale l'azione di regresso dovrebbe essere fatta valere: al fideiussore spetterebbe rivalsa tramite surrogazione, ovvero mediante sostituzione al creditore comune nei diritti da costui vantati verso il condebitore, che farà valere in nome proprio e nel proprio interesse<sup>77</sup>. Per quanto rileva in questa sede, poi, trattandosi di un mero mutamento soggettivo nella titolarità di una posizione, inidoneo ad incidere sul contenuto e sulla causa originari, solo un tale strumento parrebbe del tutto conforme al menzionato principio di cristallizzazione. Ai nostri fini, quindi, occorrerà stabilire se al fideiussore, oltre l'azione di surrogazione, spetti l'esercizio del regresso in senso stretto, ed in subordine indagare se per le obbligazioni solidali in seno al fallimento vi sia spazio per lo strumento della surrogazione, pur non nominata dall'art. 61 comma secondo l.fall. Da ultimo, ai fini di una più completa interpretazione dell'art. 61 cpv. occorrerà in ogni caso interrogarsi se lo schema della surrogazione legale sia compatibile con quello della solidarietà passiva ad interesse comune.

Affrontiamo, dunque, tale articolato problema interpretativo per giungere a stabilire se il “regresso” consentito al coobbligato solidale, una volta che il creditore sia stato integralmente soddisfatto, sia rappresentato dal “regresso in senso stretto”, oppure dalla “rivalsa con surrogazione”, oppure ancora possa atteggiarsi in entrambi i modi a discrezione del *solvens*.

Primo nodo interpretativo da sciogliere è quello di stabilire se per il tramite dell'azione di regresso del coobbligato solvente contro il condebitore fallito si integri violazione del principio di cristallizzazione della massa passiva.

Anzitutto è necessario precisare il concetto corretto di “cristallizzazione della massa passiva”, poiché variamente richiamato anche a sostegno di tesi opposte con riguardo all'ammissibilità del regresso nel fallimento. Il concorso fallimentare è riservato

---

<sup>77</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, pp. 384 e ss. e pag. 389.

ai creditori per titolo anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento, perché non siano fatti valere nel concorso fallimentare pretese aggiuntive rispetto a quelle facenti parte del patrimonio del fallito alla data della sentenza di fallimento. Il principio non riguarda le modificazioni soggettive che si verificano all'interno della categoria dei crediti collocabili sul ricavato, le quali producono regolarmente i loro effetti, con il subingresso nel riparto del nuovo creditore, in luogo di quello precedente<sup>78</sup>. L'art. 44 l.fall. si limita, infatti, ad escludere l'ammissione al concorso dei crediti sorti in virtù di atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento<sup>79</sup>, l'art. 115, come modificato dal Decreto legislativo 12 settembre 2007, n.169, prevede che la cessione sia tempestivamente comunicata, unitamente alla documentazione che la attesti, sottoscritta in modo autentico da cedente e cessionario, perché il curatore possa provvedere alla rettifica formale dello stato passivo e attribuire le quote di riparto ai cessionari. La stessa disposizione si applica, per previsione espressa (art. 115 co. 2, ultima frase l.fall.), anche al caso di surrogazione del creditore<sup>80</sup>.

Peraltro, il legislatore ha espressamente derogato al principio generale di cristallizzazione del passivo alla data della sentenza di fallimento nelle ipotesi previste dagli articoli 71 e 56 l.fall. Per quanto però qui concerne, l'art. 61 co. 2 segna un'eccezione *apparente* al principio in discorso, prevedendo il regresso del coobbligato che, a fallimento già dichiarato, abbia soddisfatto il creditore comune<sup>81</sup>. Infatti, se la cristallizzazione delle situazioni debitorie alla data del fallimento è un principio

---

<sup>78</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 134 e ss.

<sup>79</sup> Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 in *Foro it.*, 2008, 4, I, 1125.

<sup>80</sup> L'applicabilità alla surrogazione dell'art. 115 pare accreditare la dottrina, in realtà minoritaria (PETTI, *Surrogazione e regresso del fideiussore nel fallimento* nota a Cass., 12 ottobre 2007 n. 21430 in *Il fallimento*, 6/2008, 650, riporta l'opinione in questo senso di RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, 203 e ss., voce *fideiussione*, in *Noviss. dig. It.*, VII) per cui occorre necessaria dichiarazione del *solvens* di voler beneficiare della surrogazione, la quale non opererebbe, per lo meno in seno al fallimento, in modo automatico. Occorrerebbero, dunque, la volontà di esercitarla e di portarla a conoscenza degli interessati. (*Contra* Cass., 21 novembre 1981 n. 6240 in *Giust. civ. mass.*, 1981, fasc. 11: A differenza della surrogazione per volontà del creditore (art. 1201 c.c.) e di quella per volontà del debitore (art. 1202 c.c.), la surrogazione legale (art. 1203 c.c.) opera di diritto e, per effetto del meccanismo legale, non richiede la dichiarazione formale ed espressa del *solvens* di volersi surrogare, nè il consenso del creditore soddisfatto alla surrogazione stessa.) LO CASCIO, *op. cit.*, p. 498.

<sup>81</sup> Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

essenziale della procedura fallimentare, è pur vero che l'esigenza ad esso connessa può considerarsi realizzata quando 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 di regresso – avvenga in costanza di fallimento, il rapporto obbligatorio sottostante tra fallito e garante è preesistente. Il credito in parola non trae origine dall'evento pagamento, ma pur sempre da un atto genetico anteriore al fallimento<sup>82</sup>. I rapporti interni tra coobbligati vengono in considerazione dopo che il debito verso il creditore si è esaurito, ma, secondo questa impostazione, alla quale va la nostra adesione, il loro sorgere è coevo al sorgere del debito verso il creditore comune. Se è vero che caratteristica normale dell'obbligazione solidale è la sua virtualità o potenzialità nel senso che “*ciascun debitore può essere costretto per l'intero*” (art. 1292 c.c.) e quindi nessun debitore sa a chi il creditore si rivolgerà, su chi inciderà l'onere di adempimento, è altrettanto vero che, fin dal sorgere dell'obbligazione solidale, ogni debitore sa già quale sarà la quota dell'obbligazione che in definitiva egli dovrà pagare, sa già in che misura il debito comune verso il creditore inciderà sul suo patrimonio<sup>83</sup>. Pertanto, all'incertezza nei rapporti verso il creditore corrisponde la certezza sull'incidenza definitiva dell'obbligazione su ogni singolo debitore. Si è osservato, infatti, che il vincolo interno traspare anche nei rapporti verso il comune creditore perché esso è sorto con quello esterno, perché con questo coesiste, fino a reagire, in determinate circostanze, sul rapporto esterno ovvero a dispiegare tutta la sua forza una volta che il

---

<sup>82</sup> Letteralmente Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit. A tal proposito si veda sopra Capitolo 1 § 4: alle tesi più risalenti [v. RUBINO, *op. cit.*, *sub* art. 1298 c.c., pp. 185 e ss., *sub* art. 1299 c.c., pp. 194-196] secondo le quali il regresso avrebbe fonte nel pagamento al creditore e quindi sarebbe un nuovo diritto di credito, si contrappongono tesi più recenti [v. DI MAJO, *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 298 e ss., in particolare p. 319] secondo le quali il regresso costituisce uno degli effetti prodotti dall'originario rapporto obbligatorio, la rifrazione dell'*idem debitum* nei rapporti interni tra consorti. E così FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, 327: il diritto di regresso è congenito all'obbligazione solidale, e quindi anteriore al fallimento, anche se i presupposti si verificano dopo.

<sup>83</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 53.

rapporto esterno si sia esaurito<sup>84</sup>. In altri termini, l'adempimento dell'obbligazione da parte di uno dei coobbligati estingue l'obbligazione dal lato esterno (nei confronti del creditore) e costituisce, al contempo, condizione per l'accoglimento dell'*azione* di regresso, e non già per la nascita dell'omonimo *diritto*. Il fideiussore e così il coobbligato solidale ad interesse comune diventano titolari di un diritto al momento in cui il contratto obbligatorio si perfeziona, ma il diritto sarà azionabile solamente con il pagamento integrale<sup>85</sup>. Del resto, poi, l'art. 61 l.fall. parla di esercizio del regresso.

Anche a non condividere la contestualità del sorgere del regresso alla nascita dell'obbligazione solidale, ad ammettere il regresso in seno al fallimento potrebbe comunque bastare il mero dato letterale dell'art. 61 cpv., il quale espressamente prevede la possibilità del suo esercizio, dopo che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito. L'uso del verbo "esercitare" indica il promovimento dell'azione giudiziale, ed in presenza di una norma che ammette il regresso perde forza e coerenza il riferimento alla non concorsualità del credito per escluderne la possibilità di insinuazione al passivo<sup>86</sup>: non esiste per il legislatore ostacolo concettuale al regresso in sede fallimentare, non importa se lo stesso possa essere considerato a tutti gli effetti credito concorsuale, come noi riteniamo, o se lo sia solo in forza di un'eccezione stabilita dalla norma in parola. Esso può comunque trasformarsi in un credito concorrente. L'art. 61 co. 2 consente inequivocabilmente l'esercizio del regresso quando il creditore sia stato integralmente

---

<sup>84</sup> Letteralmente VACCARELLA, *op. cit.*, p. 54. Per quanto concerne la rilevanza dei rapporti interni nel lato esterno della solidarietà ci si permette di rimandare al Capitolo 1 §§ 3 e 4, nonché alla lettura degli artt. 1300 -1301-1302 c.c.

<sup>85</sup> AGOSTI, *Escussione del fideiussore e modalità di ammissione allo stato passivo del debitore fallito. Conseguenze alla luce di recenti interventi giurisprudenziali*, in *Dir. fall.*, 2010, n. 3-4, pp. 510 e 515-516.

<sup>86</sup> Quasi letteralmente Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit. A proposito, si veda anche LO CASCIO, *op. cit.*, p. 504: l'A. aderisce all'indirizzo dottrinario secondo cui il regresso costituisce uno degli effetti prodotti dall'originario rapporto obbligatorio che fino al momento del pagamento non può essere esercitato. È soltanto la legittimazione all'esercizio del diritto a non essere data al coobbligato o fideiussore prima del pagamento. Il diritto, pur essendo autonomo rispetto al credito solidale, non è nuovo, trovando pur sempre fondamento nel credito solidale soddisfatto, atteso che i rapporti interni tra i coobbligati sorgono coevamente al sorgere dell'obbligazione solidale. Il credito di regresso, prima della *solutio*, esiste non già come mera aspettativa, ma come pretesa all'adempimento nei confronti del coobbligato, il cui esercizio è subordinato al pagamento, il quale incide non sull'esistenza, ma sull'operatività del diritto alla ripetizione. La *solutio* incide non sul *diritto*, ma sull'*azione* di regresso. Il pagamento del creditore è condizione legale di esercizio del regresso.

soddisfatto dopo la dichiarazione di fallimento di altro coobbligato. Non si può dire, pertanto, che il regresso non sia consentito per la regola angolare dettata dalla legge fallimentare all'art. 52, perché ciò significherebbe dare prevalenza a una disposizione generale su una speciale, pur contenute entrambe nello stesso testo legislativo ed aventi, perciò, pari efficacia nel sistema della fonti normative; così facendo, altrimenti, si finirebbe per ricondurre un'ipotesi particolare, disciplinata espressamente dalla legge fallimentare, sotto la disciplina generale<sup>87</sup>. Il secondo comma dell'art. 61, sia esso coerente al sistema fallimentare – per avere il regresso natura concorsuale – sia che si ponga come eccezione al sistema, contiene la norma particolare che regola espressamente il regresso fallimentare tra coobbligati, per cui la stessa ipotesi non può essere ricondotta sotto la disciplina generale dell'art. 52.

Il principio di conservazione delle norme, poi, impone di individuare alla disposizione in esame una funzione precipua connessa alla *sedes materiae*, perché la stessa – subordinando l'esercizio del regresso alla soddisfazione integrale del creditore come fa l'art. 1299 c.c. – non risulti meramente ripetitiva della portata precettiva della norma civilistica, e quindi pleonastica. La funzione è certamente quella di completare la tutela apprestata al creditore comune, sottraendolo al concorso con il credito di regresso del coobbligato solidale e di evitare la duplice ammissione nello stato passivo dello stesso credito, in via principale ed in via di regresso. Tuttavia, la norma può acquistare un significato proprio ed ulteriore se riferita al regresso in senso stretto. Non sussisterebbe infatti alcun dubbio di violazione dell'art. 52 l.fall. e non si necessiterebbe pertanto di norma *ad hoc*, se l'art. 61 cpv. concernesse la surrogazione, trattandosi quest'ultima di subentro in un diritto di per sé idoneo a partecipare al concorso<sup>88</sup>.

Una conferma, poi, dell'attribuzione al coobbligato solidale del fallito del diritto di regresso in senso stretto sarebbe in ogni caso autonomamente ricavabile dal disposto dell'art. 63 l.fall.<sup>89</sup>: al riguardo, si è osservato come il termine di regresso sia usato nella sua accezione tecnica o in senso stretto (non cioè come equipollente dell'azione di surrogazione), essendovi 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

---

<sup>87</sup> Quasi letteralmente Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

<sup>88</sup> LO CASCIO, *op. loc. cit.*

<sup>89</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 138.

termini, la norma presupporrebbe 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<sup>90</sup>: la limitazione della ripetizione di quanto pagato alle sole forme della rivalsa con surrogazione non produrrebbe la collocazione in prelazione ipotecaria o pignorizia. Sebbene l'art. 63 supponga una fattispecie diversa (l'opinione maggioritaria, infatti, vede in esso la disciplina del coobbligato non ancora escusso), tuttavia esso depone a favore dell'attribuzione del regresso in senso stretto contro il debitore principale fallito.

## **7. (Segue). Critica alle tesi che ritengono equipollenti regresso e surrogazione**

Una volta esposte le ragioni per le quali non appare corretto negare la proponibilità del regresso in sede fallimentare, ci pare di poter dissentire da quella dottrina e da quella giurisprudenza che si spingono a valorizzare il credito di regresso nel suo aspetto di sostituzione<sup>91</sup>. In pratica, il credito di regresso sostituirebbe, per costoro, nella massa passiva quello del creditore comune e per tale effetto di sostituzione soggettiva, l'azione di regresso spettante al debitore solidale, effettuato il pagamento, sarebbe nella sostanza un'azione di surrogazione, mediante la quale il debitore subentrerebbe nei diritti del creditore soddisfatto<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

<sup>91</sup> FRAGALI, *Fideiussore e mandato di credito*, in AA. VV., *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1968, pp. 363 e ss.; Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

<sup>92</sup> PETTI, *Surrogazione e regresso del fideiussore nel fallimento* nota a Cass., 12 ottobre 2007 n. 21430 in *Il fallimento*, 6/2008, 647: l'A. riporta l'autorevole dottrina (FRAGALI, *ult. op. cit.*, pp. 358 e ss.) per cui concedere un'azione di regresso distinta da quella relativa alla surrogazione costituirebbe un'anomalia, senza apprezzabile ragione (le due azioni hanno lo stesso oggetto: rimborso di ciò che è stato pagato), e un retaggio della vecchia concezione per cui il pagamento estingue l'obbligazione. Quando si riteneva estinta, per effetto del pagamento, l'obbligazione garantita, appariva logico desumere che la surrogazione comportasse la successione nei soli diritti accessori del credito garantito e considerare il rimborso della prestazione eseguita dal fideiussore l'oggetto di un'autonoma azione, quella appunto di regresso. In realtà, la duplicità delle due azioni sarebbe inconsistente e meramente definitoria (*ibidem*, p. 363).

Il regresso sarebbe il momento dinamico del fenomeno della surrogazione, ossia il “potere di valersi verso il debitore degli effetti surrogatori conseguenti al pagamento, utilizzando a proprio favore il diritto del creditore di esigere dal debitore la prestazione che era contenuto dell’obbligazione garantita”<sup>93</sup>. Pur mantenendo e dando ragione della distinzione delle due azioni, si tende insomma a ravvicinare i due istituti, non solo sul piano funzionale, equiparandone il trattamento ai fini dell’ammissibilità al passivo<sup>94</sup>. Il regresso spettante al debitore solidale che abbia effettuato il pagamento viene considerato 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.

Il principio di immutabilità del passivo, non riguardando come detto le modificazioni soggettive nell’ambito dei crediti collocabili sul ricavato fallimentare, risulterebbe per questa via pure *sostanzialmente* rispettato: il credito di regresso del fideiussore che paga il creditore durante la procedura concorsuale muterebbe preminentemente il connotato della concorsualità del credito che ha contribuito ad estromettere o a mantenere fuori dal concorso<sup>95</sup>.

In verità, però, l’opinione in parola non finisce col limitare contenutisticamente il regresso di cui all’art. 61 co. 2, seppur così qualificato, alla sola rivalsa con surrogazione: il fideiussore potrà chiedere con l’azione di regresso in senso stretto, anche il rimborso delle spese sostenute ed il risarcimento degli eventuali danni patiti *anteriamente* al fallimento, dopo aver denunciato al debitore le istanze rivolte contro di lui. Il regresso, pertanto, sarebbe 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 co. 2 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 [art.55 l.fall.]) e degli ulteriori diritti che il *solvens* acquista in proprio dopo il fallimento. Questa giurisprudenza ritiene inesatto affermare che le regole inderogabili del concorso consentano la surrogazione del

---

<sup>93</sup> FRAGALI, *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 346 e ss.

<sup>94</sup> COREA, *Note in tema di limiti soggettivi della cosa giudicata e regresso del fideiussore*, nota a Trib. S. Maria Capua Vetere 4 gennaio 2010, p. 6.

<sup>95</sup> Letteralmente Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

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 da costoro utilizzato 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* sarebbe (*in toto* nella prima ipotesi, prevalentemente nella seconda) quello che faceva capo al creditore e la sua natura non può che restare concorsuale<sup>96</sup>.

In altri termini, questa impostazione intende il “regresso” consentito dall'art. 61 co. 2 come *effetto* della surrogazione, stante la natura non concorsuale che il diritto di credito del condebitore nei confronti del consorte fallito avrebbe altrimenti<sup>97</sup>. Quando il coobbligato integralmente adempiente dopo la dichiarazione di fallimento agisce in regresso, “egli fa valere, non il suo credito verso il fallito (che non è concorsuale), ma quello (concorsuale) del creditore cui egli si surroga *ex art. 1203 n. 3 c.c.*”<sup>98</sup>. E ciò, indipendentemente si tratti di coobbligato solidale ad interesse comune o di fideiussore; il primo si surrogherà per la parte eccedente la quota che gli spettava secondo i rapporti interni, mentre il secondo si surrogherà facendo valere l'intero credito. Per la dottrina in parola, infatti, entrambe le situazioni rientrano nella surrogazione di diritto di cui all'art. 1203 n. 3 c.c., ovvero nel caso di “*colui che essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo*”.

All'opposto, a nostro avviso, al regresso deve essere attribuita natura propria, svincolata in ogni modo dalla rivalsa con surrogazione, condividendo con essa solamente la finalità redistributiva e recuperatoria, ma da essa diverso per natura e contenuto.

A sopire ogni dubbio, il legislatore fallimentare ha espressamente contemplato la possibilità che il regresso si eserciti nella sede concorsuale, all'unica condizione che il

---

<sup>96</sup> Quasi letteralmente Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

<sup>97</sup> COSTANZA, *Il fideiussore e i suoi diritti di surroga e regresso verso il debitore principale fallito*, nota a Trib. Taranto 9 giugno 2006, in *Il fallimento*, 12/2006, in particolare pp. 1418 e ss.: nel caso di pagamento intervenuto dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, l'Autore ritiene che il fideiussore possa essere ammesso al passivo solo dopo l'integrale soddisfazione del creditore principale ed in virtù dell'esercizio dell'azione surrogatoria, a mezzo di insinuazione al passivo. Resta esclusa la possibilità di esercitare il regresso che, sorto dopo la dichiarazione di fallimento, dà origine ad un diritto di credito non concorsuale.

<sup>98</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 65.

creditore, per effetto del pagamento del coobbligato, resti completamente soddisfatto<sup>99</sup>, così da non poter più concorrere nel passivo per alcuna entità residua. La collocazione sul ricavato del regresso presuppone necessariamente una corrispondente esclusione del diritto al riparto del creditore solidale, per un importo equivalente, se non senz'altro superiore<sup>100</sup>. Viene così negata la necessità di “preventiva prenotazione”<sup>101</sup> per l'esercizio del regresso (a mezzo di insinuazione tempestiva, ma con riserva *ex art. 55 co. 3 l.fall.*), istituto peraltro sconosciuto al nostro ordinamento e non rinvenibile nel testo di legge, ma nel passato sovente richiesto dalla giurisprudenza per coordinare il principio della cristallizzazione con il regresso<sup>102</sup>. Si riteneva, cioè, a sopperire alla mancata natura concorsuale del credito di regresso bastasse l'insinuazione dello stesso, tempestiva e con riserva *ex art. 55 comma terzo*, sottoposta a condizione sospensiva dell'integrale pagamento del creditore. A smentire una simile impostazione, bastino ora semplici osservazioni. L'ammissione con riserva richiede pur sempre che il credito abbia natura

---

<sup>99</sup> Trib. Taranto 9 giugno 2006 cit.: inammissibile è l'insinuazione del fideiussore che abbia parzialmente pagato il creditore originario, poiché altrimenti vi sarebbe da un lato un'inaccettabile duplicazione delle somme ammesse al passivo, dall'altro si lederebbe la garanzia del creditore principale, che dovrebbe concorrere in sede di riparto con il coobbligato solidale.

<sup>100</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 137: l'Autore all'uopo precisa che l'ammontare globale dei crediti collocabili sul ricavato diminuisce di un importo pari all'intero credito solidale, il regresso del *solvens* è ammesso con deduzione della quota di debito che gli sarebbe spettata nei rapporti interni e calcolato in relazione alla quota attribuita al coobbligato fallito. Sul punto si veda *amplius supra* Capitolo 1 § 6.

<sup>101</sup> La giurisprudenza qui criticata si oppone all'ammissione del credito del fideiussore che ha pagato se questi esercita il regresso. In tal caso, richiede che l'ammissione sia prenotata con l'insinuazione con riserva di tale credito condizionale *ex art. 55 co. 3 l.fall.*, per sopperire in tal modo alla mancanza del carattere della concorsualità. In senso contrario, si veda Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.: “non si può considerare credito condizionale ammissibile con riserva un credito oggetto di un'azione che la legge stessa consente di esperire solo in presenza di determinati presupposti”; LO CASCIO, *op. cit.*, pp. 498-500, critica tale contegno sotto plurimi punti. Ritiene anzitutto concorsuale il credito di regresso, ed a prescindere da questo, disapprova l'ammissione condizionata del credito di regresso, in quanto pur smunita di giustificazione legislativa, non pare per la giurisprudenza in parola una mera facoltà, bensì un onere per poter esercitare il successivo regresso. Sicché il coobbligato non potrebbe attendere di essere prima escusso e poi insinuarsi in via pura e semplice, a differenza peraltro di quanto accade a tutti i creditori condizionali che possono partecipare al concorso anche dopo il verificarsi della condizione. Sul punto si veda *amplius infra* Capitolo 4.

<sup>102</sup> *Ex multis*: Cass., 27 giugno 1998 n. 6355 in *Fallimento*, 1999, 525; Cass., 12 luglio 1990 n. 7222 cit.; Cass., 5 luglio 1988 n. 4419 cit.; Cass., 10 luglio 1978 n. 3439 in *Giust. civ.*, 1979, I, 531.

concorsuale, quindi o il credito ha natura concorsuale e può essere ammesso al passivo *tout court*, tempestivamente o tardivamente, una volta effettuato il pagamento, o lo stesso non è concorsuale e di conseguenza non può essere ammesso al passivo, nemmeno con riserva<sup>103</sup>. A deporre nel primo senso, ci bastino le osservazioni sinora condotte.

È necessario prendere in considerazione, ora, pure la diversa opinione di chi si oppone al regresso in senso stretto del coobbligato solidale fideiussore: egli potrebbe rivalersi nei confronti del debitore principale sempre e soltanto mediante surrogazione, a prescindere dalla compatibilità dell'esercizio del regresso in senso stretto con la cristallizzazione del passivo. Tale indirizzo non conosce percorsi argomentativi univoci. Da un lato, infatti, una giurisprudenza piuttosto recente ritiene la disciplina fallimentare della solidarietà diversa e speciale rispetto a quella generale del c.c.<sup>104</sup>. Se infatti quest'ultima riconosce al fideiussore che ha pagato la surrogazione nei diritti del creditore, nonché l'azione più ampia di regresso<sup>105</sup>, all'opposto, secondo costoro, la legge fallimentare utilizza il termine regresso in modo descrittivo e atecnico. Si ritiene cioè che non vi siano previsioni normative nell'ambito fallimentare concernenti l'esplicito riconoscimento al fideiussore del diritto di regresso, e per questa via il fideiussore che ha pagato il creditore dopo il fallimento del debitore principale potrebbe esercitare soltanto l'azione surrogatoria e non anche quella di regresso, risultando questa incompatibile con la procedura fallimentare. Con l'esercizio del regresso, infatti, il fideiussore non potrebbe ottenere il riconoscimento di quanto maturato a suo favore dopo il fallimento e per di più quando vi fosse stata ammissione del credito garantito con provvedimento definitivo, rileverebbero gli effetti preclusivi derivanti dalla conseguita stabilità dello stato passivo<sup>106</sup>.

Dall'altro lato, una certa dottrina, pur giungendo a negare il regresso del fideiussore in sede fallimentare, non condivide nessuna delle tesi che più o meno esplicitamente finiscono col ravvisare surrogazione e regresso quali diversi mezzi di realizzazione del diritto del fideiussore, siano essi considerati due diverse azioni esperibili

---

<sup>103</sup> Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

<sup>104</sup> Cass., 18 agosto 2004 n. 16078 in *Giust. civ.*, 2004, I, 2926.

<sup>105</sup> Come la maggior parte delle sentenze che si occupano della solidarietà nel fallimento, pure quella in esame si riferisce alle obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo, ovvero al caso del fideiussore adempiente.

<sup>106</sup> Letteralmente Cass., 18 agosto 2004 n. 16078 cit.

contro il debitore principale, o mezzi alternativi di realizzazione del diritto del fideiussore muniti di identità di scopo e di oggetto, ovvero uno (regresso) una forma o una conseguenza dell'altra (surrogazione): “benché la duplicità delle azioni sembra a prima vista trovarsi consacrata nel testo della legge [artt.1949 e 1950 c.c.], ciò nonostante ad un più attento esame, si rivela tutta l'inconsistenza di tale duplicità”<sup>107</sup>.

Le ragioni dedotte a fondamento di tale assunto paiono, invero, piuttosto deboli e criticabili. Secondo questa opinione, l'art. 1949 c.c. che esplicitamente attribuisce al fideiussore la surrogazione nei diritti del creditore fungerebbe da statuizione di principio, volutamente libero da aspetti attinenti alla disciplina, che sarebbero rintracciabili invece nelle norme successive, le quali, pur adoperando testualmente il termine regresso, non conterrebbero che una precisazione ed un completamento della disciplina della surrogazione. L'attuale codice avrebbe poi capovolto rispetto al codice civile del 1865 l'ordine delle norme, aprendo la Sezione III con l'affermazione del diritto alla surrogazione, che acquisterebbe dunque risalto. Da ultimo, poi, questa ricostruzione ritiene l'art.1955 c.c. (che prevede l'estinzione della fideiussione quando, per fatto del creditore, non possa avere effetto la surrogazione nei diritti, nel pegno, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore) ulteriore testuale dimostrazione della fondamentale importanza che la legge riconetterebbe alla surrogazione, stante l'estrema gravità dell'effetto collegato alla sua sopravvenuta impossibilità.

Se è vero che la surrogazione (intesa in senso tecnico e di cui l'art.1949 c.c. costituisce un'ipotesi) attua una vicenda traslativa per la quale il fideiussore subentra nella medesima posizione del creditore, sicché essa presuppone l'esistenza del credito vantato dal creditore, ovvia conseguenza è che, laddove il diritto oggetto della surrogazione sia da reputarsi estinto per il creditore, lo sarà anche per chi si surroga ad esso, dato che quest'ultimo non potrà vantare diritti maggiori o diversi di quelli che competevano al creditore<sup>108</sup>.

Ciò posto, resta da chiarire se l'impossibilità per il fideiussore di esercitare la surrogazione *ex art.1949 c.c.*, unitamente all'imputabilità al fatto colposo del creditore sia sufficiente perché si determini l'effetto di cui all'art. 1955 c.c. Come osservato in giurisprudenza, non va trascurato il fatto che al fideiussore compete non solo il diritto di

---

<sup>107</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 387.

<sup>108</sup> Quasi letteralmente Trib. S. Maria Capua Vetere 4 gennaio 2010 in *Judicium*.

surrogazione *ex art.* 1949 c.c., ma pure il diritto di regresso e come per giurisprudenza di legittimità costante il fatto del creditore rilevante ai sensi dell'art. 1955 debba far scaturire un vero pregiudizio giuridico, ossia la perdita del diritto di surrogazione o di regresso, e non già la mera difficoltà di attuarlo per le diminuite capacità soddisfattive del patrimonio del debitore<sup>109</sup>. Pertanto, il riferimento contenuto nell'art. 1955 c.c. alla surroga è da intendersi in senso atecnico, poiché con tale disposizione il legislatore ha inteso sanzionare la perdita (dovuta a fatto colposo del creditore) di *uno degli* strumenti giuridici posti a disposizione del fideiussore. La disposizione mira ad evitare che il fideiussore rimanga privo di qualsivoglia strumento recuperatorio nei confronti del debitore principale, ma, in ragione della funzione unitaria svolta dagli istituti di surroga e regresso (*id est* funzione *latu sensu* recuperatoria<sup>110</sup>), laddove il fideiussore conservi il diritto di regresso, l'effetto liberatorio per il fideiussore di cui all'art. 1955 c.c. non potrà operare<sup>111</sup>.

In aggiunta, anche l'art. 63 l.fall. sembra deporre a favore della proponibilità – quanto meno in sede fallimentare – del regresso in senso stretto anche da parte del coobbligato solidale fideiussore, stante la menzione espressa del fideiussore del fallito, accanto al coobbligato ad interesse comune, sia nella rubrica che nel primo comma della disposizione<sup>112</sup>. La surrogazione, in mancanza di un effetto novativo, consente certamente al condebitore solvente di avvantaggiarsi delle eventuali garanzie delle quali era munito il creditore comune, ma in totale spregio dell'art. 63 l.fall., renderebbe del tutto impossibile

---

<sup>109</sup> Tra le altre si veda: Cass., 5 dicembre 2008 n. 28838 in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 12, 1744; Cass., 23 aprile 2004 n. 7719 in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4; Cass., 16 giugno 2003 n. 9634 in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 6; Cass., 17 aprile 2003 n. 6171 in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4; Cass., 21 gennaio 2000 n. 675 in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 114.

<sup>110</sup> Si veda diffusamente Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

<sup>111</sup> Quasi letteralmente Trib. S. Maria Capua Vetere 4 gennaio cit. È evidente, essendo ciò implicito nella interpretazione che fornisce dell'art. 1955 c.c., come anche la sentenza in esame aderisca alla dottrina ed alla giurisprudenza citate concordi nell'ammettere l'esercizio del regresso in sede fallimentare. Il Collegio, invero, afferma di condividere pienamente tale impostazione e di considerare, invece, superata l'interpretazione opposta. Si cura però di precisare come a prescindere da ciò il fideiussore potrebbe comunque agire nei confronti del debitore una volta tornato *in bonis*, con solo pregiudizio economico e non giuridico e quindi inidoneo alla realizzazione della fattispecie di cui all'art. 1955 c.c.

<sup>112</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 138.

al consorte di valersi nel fallimento delle garanzie eventualmente costituite, a favore della sua azione di regresso<sup>113</sup>.

A ben vedere, infine, l'effetto surrogatorio, già disposto in via generale dall'art.1203 n.3 c.c., non avrebbe reso necessaria un'ulteriore norma in materia di pagamento del fideiussore (art. 1949 c.c.): “in quest’ottica, la riaffermazione del diritto alla rivalsa con surrogazione (art.1949 c.c.) in un unico contesto con la previsione del diritto all’esercizio di regresso in senso stretto (art.1950 c.c.) denota una volontà [del legislatore] di distinzione tra i due possibili mezzi”<sup>114</sup>. In questo senso, allora, i due strumenti assumono identità autonoma, tale da giustificare, in assenza di indici contrari, l’attribuzione al garante sia della rivalsa con surrogazione, sia del regresso in senso stretto.

Consentire al fideiussore la sola rivalsa con surrogazione, e con ciò valorizzare solo l’art. 1949 c.c., dimenticando l’articolo successivo, non già lodevole dal punto di vista interpretativo e sistematico, si presta ad essere nel fallimento maggiormente criticato.

In primo luogo, infatti, come la dottrina ha rilevato, ammettere che l’art. 61 cpv. faccia riferimento alla sola surrogazione finirebbe per trasformare la *facoltà* del creditore di insinuarsi in un *onere* per la tutela dei condebitori con il fallito<sup>115</sup>.

In secondo luogo, esistono casi in cui non ammettere il regresso del fideiussore significa negargli tutela sostanziale. Ci riferiamo alle fattispecie nelle quali la ripetizione di quanto pagato nell’interesse del debitore principale mediante la surrogazione nelle ragioni del creditore soddisfatto non sarebbe possibile per ragioni obiettive e nelle quali l’esercizio dei diritti, che sarebbero spettati al creditore nei confronti del debitore principale, non soddisfa l’interesse effettivo del *solvens*<sup>116</sup>. Un esempio può essere

---

<sup>113</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 138 e ss. e p. 145 nota 46: il debitore che intendesse prevedere una determinata garanzia a favore del fideiussore, per il caso di escussione da parte del creditore, dovrebbe costituire la garanzia a favore dello stesso creditore, in preparazione dell’effetto surrogatorio dell’eventuale pagamento del fideiussore. Oltre alle rigidità così imposte al contratto di fideiussione, ciò presenta per il debitore l’inconveniente di dover offrire prerogative anche al creditore e di dover tollerare che di esse si avvantaggino anche gli altri eventuali con fideiussori, in caso di adempimento.

<sup>114</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 143.

<sup>115</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 499.

<sup>116</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 144.

rappresentato dal caso in cui l'obbligazione di garanzia non possa essere adempiuta due volte. Si pensi alla prestazione di una fideiussione a garanzia dell'obbligo di procedere alla vendita di una cosa infungibile altrui. Una volta che l'escussione della fideiussione abbia condotto a far conseguire al creditore garantito la proprietà del bene promessogli, la prestazione non potrebbe evidentemente essere adempiuta una seconda volta in favore del fideiussore. L'unico modo per assicurare al fideiussore escusso la possibilità di recuperare il *valore* della prestazione, non può che essere rappresentato da azione autonoma, che consenta la *ripetizione per equivalente*.

Le osservazioni formulate assumono significato determinante, ma ai fini di una completa interpretazione dell'art. 61 l.fall., occorre in ogni caso interrogarsi se lo schema della surrogazione legale sia compatibile con la fattispecie della solidarietà passiva ad interesse comune<sup>117</sup>. Si tratta di un tema questo di non scarsa rilevanza, posto che con la surrogazione nella condizione del creditore soddisfatto, il coobbligato solvente potrebbe avvalersi di tutte le ulteriori garanzie che in ipotesi assistano la pretesa del creditore comune. L'esercizio del diritto di regresso in senso stretto relegherebbe sempre la pretesa del *solvens* nella categoria dei crediti chirografari, eccettuato il caso in cui sia stata espressamente pattuita una garanzia specifica in suo favore.

Sul punto, non si registrano opinioni concordi, né in dottrina né in giurisprudenza, peraltro già ad un livello generale e quindi anche al di fuori dell'ambito fallimentare<sup>118</sup>. Se alcuni concludono per l'ammissibilità della surrogazione al creditore soddisfatto, richiamando l'art. 1203 n. 3 c.c.<sup>119</sup>, per altri, l'adempimento di un'obbligazione solidale contratta nell'interesse comune legittima il *solvens* all'esercizio del solo diritto autonomo di regresso in senso stretto<sup>120</sup>.

A nostro avviso, la chiara lettera dell'articolo in parola depone a favore della prima ricostruzione: la condizione del coobbligato solidale, che ha pagato un importo eccedente la propria quota di debito secondo i rapporti interni, corrisponde alla situazione

---

<sup>117</sup> RUBINO, *op. cit.*, sub art. 1299 c.c., pp. 196 e ss.; BONFATTI, *op. cit.*, pp. 147 e ss.; VACCARELLA, *op. cit.*, p. 55. *Contra* PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, pp. 392 e ss.

<sup>118</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 148.

<sup>119</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 55 nota 20 e p. 65 testo e nota 37; RUBINO, *op. loc. cit.*; BONFATTI, *op. cit.*, p. 153.

<sup>120</sup> BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, cit., p. 424 e ss.; GRASSO, *op. cit.*, in particolare pp. 19 e ss.; ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, cit., p. 712.

di colui che adempie il debito, “essendo tenuto *con* altri [coobbligato solidale con interesse comune] o *per* altri [coobbligato fideiussore] al pagamento”<sup>121</sup>. Infatti, pare non persuasiva una diversa lettura dell’art. 1203 n. 3 c.c., per cui l’espressione “tenuto con altri” andrebbe riferita al fideiussore solidale, valorizzando il fatto che egli è certamente tenuto al pari del debitore principale, ma per un titolo diverso dall’obbligazione principale, e l’altra “tenuto per altri” ai soggetti che pur non originariamente titolari del debito, appaiono ora nei confronti del creditore, unici debitori. Questa dottrina, da noi non condivisa, individuerrebbe in questo ultimo tipo le ipotesi di accollo privativo accettato dal creditore (art. 1273 n. 2 c.c.) ed il caso del vettore che riconsegna la cosa al destinatario senza riscuotere gli assegni che gravano sulla stessa e che rimane perciò responsabile nei confronti del mittente per tali assegni (art.1692 c.c.)<sup>122</sup>.

Come già altrove osservato<sup>123</sup>, ci sembra più condivisibile l’opinione di chi ritiene che il debitore che ha pagato, oltre al regresso, rimanga surrogato *ipso iure* nei diritti del creditore (credito principale e accessori) verso gli altri coobbligati, stante poi l’uguaglianza di presupposti (esistenza dell’obbligazione solidale e avvenuto pagamento) e di *petitum* dei due mezzi, operando per entrambi l’art. 1299 c.c.<sup>124</sup>. Se poi, la dottrina tradizionale richiede quale fondamento necessario ed ineliminabile della surrogazione il pagamento di un debito altrui, l’istituto pare conciliarsi pure con l’obbligazione solidale ad interesse comune, dal momento che adempiere integralmente significa per il debitore pagare oltre la quota di debito a sé spettante e quindi, così facendo, adempiere un debito *parzialmente* altrui.

Esistono, poi, ragioni autonome per concludere per l’ammissibilità della rivalsa con surrogazione del coobbligato solidale ad interesse comune solvente, in sede fallimentare.

Anzitutto, è il caso di evitare una disparità di trattamento in tale sede tra coobbligato e coobbligato, non obiettivamente giustificabile. Poiché l’art. 61 l.fall.

---

<sup>121</sup> *Contra* GRASSO, *op. cit.*, pp. 12 e ss.

<sup>122</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 397 e nota 143.

<sup>123</sup> Si veda Capitolo 1 § 5 e RUBINO, *op. cit.*, *sub* art. 1299 c.c., p. 196.

<sup>124</sup> *Contra* GRASSO, *op. cit.*, p. 12, precisa che il condebitore solidale solvente che si surroghi sulla base dell’art. 1203 n. 3 c.c. si avvale del regime di solidarietà che continua a persistere tra gli altri condebitori solidali nei suoi confronti, mentre nel caso agisse in regresso, *ex* art. 1299 c.c., potrebbe ripetere da ciascuno la quota e non l’intero.

consente al creditore comune che abbia ricevuto pagamenti *parziali* (o non abbia ricevuto alcunché) di mantenere intatta la sua insinuazione e quindi di far valere in modo integrale le eventuali garanzie a presidio di quanto a lui dovuto, al consorte del fallito è dato di giovare indirettamente di ciò. Infatti, migliore il trattamento che il creditore solidale riceve nel fallimento, minore il rischio per il condebitore *in bonis* di essere escusso – in tutto o in parte – per la quota di debito spettante al fallito. Non sembra allora ragionevole ricollegare al pagamento *integrale* effetti meno favorevoli di quelli del pagamento parziale per il condebitore, come accadrebbe negandogli la surrogazione<sup>125</sup>. Il che porterebbe altrimenti al contegno paradossale di indirizzare il coobbligato *in bonis* a non pagare alcunché, o perlomeno mai l'intero debito, essendo tale situazione per lui foriera di vantaggi maggiori.

In secondo luogo, poi, viene in considerazione l'art.1203 n.1 c.c.<sup>126</sup>, che regola ugualmente una situazione analoga all'art. 61 l.fall.<sup>127</sup>: pur non trattandosi nel nostro caso di cause di prelazione più efficaci tali da originare una *preferenza nella collocazione* sul ricavato in un processo esecutivo, nella norma fallimentare la partecipazione al concorso del creditore solidale *impedisce tout court la collocazione* del coobbligato fallito, fino alla soddisfazione integrale del credito comune; una volta però che ciò avvenga per mano del *solvens*, il creditore è estromesso dal concorso ed il coobbligato acquisisce il diritto di surrogarsi nella posizione di chi impediva la sua collocazione sul ricavato<sup>128</sup>.

È bene precisare che, una volta ammessa la surrogazione nel fallimento, per entrambe le categorie di obbligazione solidale, ciò non vale ad includere nel fallimento tutto quanto consentito dal codice civile a riguardo. Se, infatti, l'art. 1205 c.c. concede al debitore parzialmente adempiente di surrogarsi parzialmente al creditore e concorrere con

---

<sup>125</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 156 e ss.

<sup>126</sup> L'art. 1203 n. 1 c.c. prevede la surrogazione nelle ragioni del creditore soddisfatto a favore di chi "essendo creditore, ancorché chirografario, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito".

<sup>127</sup> Un esempio forse risulterà chiarificatore: A è creditore chirografario nei confronti di C per una somma X, B è pure creditore, ma munito di privilegio, nei confronti di C per una somma Y: A paga la somma Y a B, divenendo egli stesso creditore nei confronti di C per la stessa somma, impedendo così che B agisca contro C in un processo esecutivo, ed acquisendo quindi la possibilità *ex art.1203 n. 1 c.c.* di surrogarsi di diritto nelle garanzie che assistevano il credito di B.

<sup>128</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 154 e ss.

lui nei confronti del debitore, in proporzione di quanto dovuto, ciò è indiscutibilmente escluso nella procedura concorsuale fallimentare.

Ad ostare non è certo il principio di cristallizzazione del passivo, che come già affermato è chiaramente rispettato dalla surrogazione: la surroga parziale non può essere ammessa, non perché il credito non abbia natura concorsuale, ma poiché incompatibile con la presenza del creditore che ha qui diritto di mantenere l'insinuazione per l'intero, non disponendo, ed anzi volendo fermamente evitare con l'art. 61 l.fall., che sostituto e sostituito concorrano entrambi per quanto ad essi dovuto (art.1205 c.c.)<sup>129</sup>.

I risultati dell'indagine sin qui svolta ci consentono allora di affermare come i termini di "coobbligato" e "regresso", adoperati dall'art. 61 co. 2, non possano che ritenersi senz'altro riferiti sia alla solidarietà ad interesse comune che alla solidarietà fideiussoria, nonché alla generica azione di ripetizione variamente intesa come diritto di regresso in senso stretto e rivalsa con surrogazione<sup>130</sup>. Considerato, dunque, che i due rimedi coesistono, il debitore che ha pagato ha la scelta tra l'uno o l'altro di essi, a seconda della fattispecie concreta in cui si trova ad operare<sup>131</sup>. Il fideiussore adempiente farà valere l'intero credito, il coobbligato cointeressato, invece, la parte eccedente la propria quota che gli spettava pagare secondo i rapporti interni. In tal modo, quest'ultimo

---

<sup>129</sup> *Contra* PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 399 e ss.: il fideiussore che paga diviene titolare *pro quota ex* art.1205 c.c. del diritto vantato dal creditore nei confronti del debitore principale. Se il creditore aveva omesso di chiedere ammissione al passivo, il fideiussore, titolare *pro parte* del credito, potrà provvedervi autonomamente; se il creditore si sia insinuato al passivo, il fideiussore dovrà solo notificare agli organi della procedura l'avvenuta successione *pro parte* nel diritto di credito, realizzandosi così situazione analoga alle ipotesi di cessione del credito ammesso o di successione ereditaria. Il fallimento rimane estraneo alla surrogazione, la quale opera solo tra surrogante e surrogato, non producendo con ciò alcun pericolo di duplicazione del credito: il credito rimane identico nell'identificazione giuridica e nella quantificazione complessiva, ma nella titolarità di esso si trovano ora due soggetti distinti. Il *favor fideiussoris* sopravanza il *favor creditoris*, ed in quest'ottica l'art. 61 l.fall. non può dirsi applicabile alla solidarietà fideiussoria, la quale continua ad essere sottoposta alla disciplina ordinaria: il creditore non potrà mantenere l'insinuazione per l'intero in seguito a pagamenti parziali del fideiussore dopo la dichiarazione di fallimento, ed al fideiussore sarà concesso di esercitare *semper* nei confronti del debitore principale fallito il regresso anche parziale.

<sup>130</sup> *Contra* PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 402.

<sup>131</sup> Altra dottrina (RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 269 e BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 490 e ss.) desume dal differente contenuto delle azioni (regresso: esteso a spese e interessi / surrogazione: anche nelle garanzie del creditore) la possibilità di cumulo.

vedrà gravare necessariamente su di lui una parte di obbligazione eccedente quella spettantegli – a meno che il fallimento paghi il cento per cento dei crediti insinuati – ma a ciò non può altrimenti ovviarsi. Infatti, non sarebbe possibile consentire anche a costui di far valere l'intero credito se non equiparandolo così ed in modo del tutto improprio ad un fideiussore e facendo sopravvivere, in modo altrettanto illegittimo e diseconomico, il carattere solidale dell'obbligazione anche nei rapporti interni tra i singoli consorti<sup>132</sup>.

## 8. Esercizio del diritto di regresso

Dopo aver criticato le tesi che consentono solo la surroga, dopo aver dato ragione della natura concorsuale del credito di regresso pur derivante da adempimenti successivi alla dichiarazione di fallimento, siamo giunti alla conclusione che l'azione di regresso e quella di surrogazione, ovvero i mezzi per far valere il diritto in via giurisdizionale, sono entrambe percorribili in ambito fallimentare.

Resta ora da chiarire quali siano gli strumenti da attivare, gli oneri da sopportare perché tali mezzi di tutela della posizione creditoria del condebitore solvente possano entrare nella procedura fallimentare.

Anzitutto, occorre distinguere se per esercizio del regresso contro il coobbligato fallito si voglia intendere la *insinuazione al passivo*, oppure la *collocazione sul ricavato* dalla liquidazione fallimentare.

Secondo l'interpretazione più accreditata, ciò a cui l'art. 61 si oppone, sino a quando il creditore non sia stato integralmente soddisfatto, è la collocazione sul ricavato della pretesa di regresso<sup>133</sup>. La soluzione, dunque, circa la possibile *insinuazione* al passivo del regresso va ricercata altrove. La disciplina dell'art. 61, infatti, può essere riassunta in due principi, uno positivo e l'altro negativo. Il primo è costituito dalla ammissibilità del regresso una volta che l'obbligazione solidale si sia estinta; il secondo è, per converso, il divieto della *collocazione* del regresso *sul ricavato* della liquidazione fallimentare, sino a quando il creditore non risulti completamente soddisfatto. Alla collocazione sul ricavato del regresso risponde l'esclusione del diritto al riparto del

---

<sup>132</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 66.

<sup>133</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 158.

creditore originario, per un importo equivalente o superiore: il diritto di regresso non porta, quindi, alcun incremento illegittimo del passivo<sup>134</sup>.

Ciò detto, rimane la questione della possibilità o della necessità, secondo i casi, di una domanda di ammissione allo stato passivo della pretesa del coobbligato *in bonis*. L'art. 61 cpv. nulla dice, infatti, se il regresso debba essere fatto valere mediante insinuazione al passivo, oppure se il *solvens* sia esonerato dal presentare specifica domanda di ammissione. Nel caso in cui il "regresso" venga esercitato nelle forme della rivalsa con surrogazione, soccorre il già menzionato art. 115 l.fall. Il legislatore con la novella del settembre 2007 (D.lgs. 12 settembre 2007, n.169, a decorrere dal 1 gennaio 2008) ha aggiunto un ulteriore periodo al comma secondo, peraltro introdotto con D.lgs. 9 gennaio 2006, n.5, secondo il quale le stesse disposizioni previste per la cessione di crediti si applicano pure in caso di surrogazione del creditore. Il surrogante, quindi, dovrà dare la dimostrazione del pagamento fatto e della ricorrenza dei presupposti ai quali è condizionato l'effetto surrogatorio e darne comunicazione al curatore presentando i documenti, autenticamente sottoscritti, richiesti dalla norma. Non è più necessaria una insinuazione tardiva<sup>135</sup>.

In passato, in mancanza di una norma analoga all'art. 115 co. 2 l.fall., la dottrina denunciava la necessità che la legittimazione del terzo al subingresso nella condizione del creditore concorrente venisse dimostrata a mezzo di domanda di ammissione al passivo<sup>136</sup>. Anche la giurisprudenza riteneva che qualora un terzo si fosse surrogato nel credito di un altro soggetto, già insinuatosi ed ammesso al passivo, non potesse ottenere semplicemente il riconoscimento informale della sostituzione<sup>137</sup>. Il giudizio di formazione del passivo fallimentare si prestava, quindi, all'instaurazione di un contraddittorio sul merito della pretesa del *solvens* verso il coobbligato fallito ed assolveva pure la funzione

---

<sup>134</sup> Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

<sup>135</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 498.

<sup>136</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 160.

<sup>137</sup> Trib. Siena 18 luglio 1985 in *Il fallimento*, 1986, 993: Qualora un terzo si surrogò in un credito di un altro soggetto già ammesso al passivo del fallimento, è necessaria la modificazione dello stato passivo con le forme dell'insinuazione tardiva previste dall'art. 101 l.fall.; Trib. Roma 5 giugno 1986 in *Dir. fall.*, 1986, II, 712: per essere surrogato nel diritto di credito di un lavoratore subordinato, già ammesso al passivo, in relazione all'anticipo di un'indennità di fine rapporto corrisposta al lavoratore, l'Inps deve proporre domanda di insinuazione tardiva.

di estendere tale contraddittorio al creditore comune sostituito. Il coobbligato fallito avrebbe avuto così la possibilità di opporre eventualmente una serie di eccezioni contro il coobbligato solvente agente, ed il creditore comune, dal canto suo, contrastare se del caso la pretesa del *solvens* (es. nell'ipotesi in cui il coobbligato avesse pagato tutto ciò per cui era tenuto *ex parte debitoris*, ma il credito non fosse integralmente adempiuto *ex parte creditoris*).

A seconda, quindi, del momento in cui il pagamento totale fosse intervenuto, si davano diverse forme nelle quali la domanda di ammissione andava proposta. In particolare, se il pagamento totale interveniva in data successiva al decreto di esecutività dello stato passivo, il coobbligato avrebbe proposto istanza di ammissione tardiva secondo l'art. 101 l.fall. (vecchio testo). Se, al contrario, interveniva prima dell'udienza di cui all'art. 16 n.5 l.fall., la surrogazione avveniva – nel vigore della precedente disciplina – mediante insinuazione tempestiva, assicurando il contraddittorio con la possibilità di presentare contestazioni ed osservazioni, nonché tramite impugnazione del decreto di esecutività dello stato passivo. Da ultimo, se il pagamento avveniva prima che l'ammissione al passivo del creditore fosse divenuta definitiva, il debitore solvente avrebbe dovuto proporre impugnazione dei crediti ammessi ai sensi del vecchio art. 100 l.fall.<sup>138</sup>.

Oggi, tutto ciò non è richiesto per la surrogazione, per essa bastando una rettifica formale dello stato passivo ad opera del curatore.

Qualora il coobbligato escusso voglia invece esercitare il diritto di regresso, ed esso si consideri quale diritto autonomo da azionare in via altrettanto autonoma, si rende anche oggi necessaria una sua domanda di ammissione al passivo. Secondo parte della dottrina il regresso si effettuerà concedendo al coobbligato di insinuarsi *tardivamente* al passivo<sup>139</sup>. Tale orientamento, invero, sembra piuttosto approssimativo. Una volta che si

---

<sup>138</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 161 nota 74.

<sup>139</sup> INZITARI, *op. cit.*, p. 251. Cass., 2 luglio 1998 n. 6469 in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1448: il subingresso di un soggetto ad un altro nella titolarità di un credito concorsuale già ammesso al passivo in seno ad una procedura fallimentare non dispensa il nuovo creditore dall'onere di presentare domanda di insinuazione *ex art. 101 l. fall.*, a prescindere dalla causa del subingresso (cessione di credito ovvero surrogazione "*ex lege*" in favore del terzo che abbia eseguito il pagamento), poiché la definitiva ammissione al passivo fallimentare, risultando finalizzata alla realizzazione del concorso dei creditori sul patrimonio del fallito, postula una valutazione del credito non nella sua astratta oggettività, ma riferita ad un ben determinato

ammetta l'esercizio del regresso per pagamenti integrali intervenuti in costanza di fallimento<sup>140</sup>, *id est* successivamente alla sentenza dichiarativa<sup>141</sup>, occorre aver riguardo del momento in cui tale adempimento totale della obbligazione avvenga. Come noto, la sentenza dichiarativa di fallimento fissa un doppio termine perentorio: il primo, ossia la data dell'udienza di accertamento dello stato passivo – entro centoventi giorni dal deposito della sentenza dichiarativa, centottanta in caso di particolare complessità della procedura –; il secondo, il termine anteriore di trenta giorni alla data dell'udienza, entro il quale i creditori hanno l'onere di presentare in cancelleria la loro domanda di insinuazione al passivo a mezzo ricorso (artt. 16 nn. 4-5 e 93 l.fall.). Se il pagamento integrale interviene anteriormente il termine di trenta giorni prima della data fissata per l'adunanza dei creditori<sup>142</sup>, il *solvens* potrà esercitare il suo diritto di regresso tempestivamente. Nell'ipotesi in cui pure il creditore si insinui tempestivamente, il curatore nell'esaminare le domande pervenutegli *ex art. 93 l.fall.* e nel rassegnare per ciascuna motivate conclusioni, potrà eccepire il fatto estintivo dell'adempimento integrale del credito solidale. Se per errore questa eccezione non dovesse essere accolta e, quindi, il creditore solidale seppur integralmente soddisfatto venisse incluso nello stato passivo, il *solvens*, ugualmente ammesso, potrebbe proporre impugnazione contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo ai sensi dell'art. 98 co. 3 l.fall.

Nel caso in cui, invece, il pagamento integrale avvenga successivamente al termine di trenta giorni anteriore alla data fissata per l'adunanza dei creditori, ma entro dodici mesi – diciotto in caso di particolare complessità della procedura – dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, il coobbligato solvente eserciterà il regresso mediante domanda tardiva di ammissione *ex art. 101 l.fall.* Il ritardo potrà allora dirsi certamente dipeso da cause a lui non imputabili<sup>143</sup>, accordandogli così la possibilità di

---

soggetto, la cui concreta individuazione non è irrilevante per il debitore che, in caso di errore, è esposto al rischio della mancata liberazione dall'obbligazione.

<sup>140</sup> Si veda sopra in questo Capitolo § 6.

<sup>141</sup> Si veda sopra in questo Capitolo §§ 2 e 4.

<sup>142</sup> L'irrelevanza dei pagamenti ricevuti dal creditore solidale nell'intervallo tra sentenza di fallimento e domanda di ammissione al passivo è confinata ai pagamenti parziali, per i quali, dunque, il creditore non è tenuto ad una corrispondente riduzione del *quantum* del proprio credito.

<sup>143</sup> Esempi: il coobbligato ha adempiuto alla scadenza del debito (che per il coobbligato *in bonis* non è fittiziamente anticipata alla sentenza dichiarativa di fallimento. *Ut supra* in questo Capitolo § 3); il

concorrere non solo alle ripartizioni posteriori all'ammissione, ma anche il diritto di prelevare le quote che gli sarebbero spettate nelle precedenti ripartizioni (art. 112 l.fall.). Decorso il termine di cui all'art. 101 primo comma, e fino a quando non si siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo fallimentare, la domanda tardiva del *solvens* integralmente adempiente sarà ammissibile, purché si provi che il ritardo non è dipeso da causa a lui imputabile.

In conclusione, “il credito di regresso del coobbligato che abbia pagato integralmente il creditore dopo la dichiarazione di fallimento del debitore 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 essere esercitato dal *solvens*, nei *limiti imposti dalle regole inderogabili del concorso* [corsivo nostro], anche quando non abbia chiesto e ottenuto in precedenza la insinuazione al passivo con riserva, ex art. 55 l.fall., della propria pretesa di rivalsa”<sup>144</sup>. La più recente giurisprudenza, infatti, come già accennato, si contrappone alle precedenti pronunce che richiedevano ai fini dell'ammissione del credito la preventiva insinuazione dello stesso in via condizionale ex art. 55 comma terzo l.fall.<sup>145</sup>. Alla loro base, infatti, stava una contraddizione concettuale: “il credito di regresso o è concorsuale, e allora la sua insinuazione prescinde dal momento in cui avviene il pagamento e può essere

---

coobbligato ha adempiuto a richiesta del creditore; ignoranza incolpevole del fallimento del condebitore; coobbligato tenuto con modalità diverse ex art. 1293 c.c.

<sup>144</sup> Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

<sup>145</sup> MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 298; LO CASCIO, *op. cit.*, pp. 497 e ss.: la giurisprudenza più risalente (cfr. Cass., 12 luglio 1990 n. 7222, in *Il fallimento*, 1991, 55; Cass., 5 luglio 1988 n. 4419, in *Il fallimento*, 1988, 1093; Cass., 13 giugno 1984 n. 3538, in *Il fallimento*, 1984, 1385; Cass., 10 luglio 1978 n. 3439, in *Dir. fall.*, 1978, 469) cercava di superare la natura non concorsuale del credito di regresso, concedendo la possibilità di far valere in concorso il diritto di regresso all'atto integrale di soddisfacimento se prima si era attuata una sorta di prenotazione attraverso l'ammissione al passivo con riserva; principio, per altro esteso alla surroga che, a detta di tale giurisprudenza, pur operando automaticamente, decorre dal momento in cui il pagamento è avvenuto, risultando quindi anch'essa smunita del carattere della concorsualità. Tale approccio viene criticato per il suo confondere i caratteri della concorsualità con i criteri dell'ammissione con riserva. In realtà un credito, pur condizionale, per essere ammesso al passivo con riserva deve essere comunque munito dei caratteri dell'antiorità e della opponibilità al fallimento: apporre una riserva non vale a sopperire provvisoriamente alla loro assenza.

insinuato anche tardivamente, o non è concorsuale, ed allora non può essere insinuato neanche con riserva, né tardivamente, né tempestivamente”<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

## Sezione III

### L'esercizio del c.d. diritto di regresso parziale

#### 9. Il regresso parziale: il divieto relativo di esercizio in sede concorsuale

Come già anticipato, l'art. 61 cpv. presenta per il coobbligato solidale del fallito escusso durante il fallimento pure un risvolto negativo: l'esclusione dalla collocazione sul ricavato del regresso parziale, cioè il regresso per quei pagamenti che non soddisfano o non contribuiscono a soddisfare in misura integrale il creditore solidale<sup>147</sup>. Alla regola della immutabilità della insinuazione del creditore si accompagna, quindi, secondo un rapporto che si approfondirà oltre<sup>148</sup>, quella della irrilevanza, ai fini della partecipazione al concorso, degli adempimenti parziali eseguiti dai condebitori coobbligati successivamente alla dichiarazione di fallimento. Quando tra i coobbligati ve ne sia fallito più d'uno, ciascuna amministrazione fallimentare può esercitare il regresso verso l'altra o le altre solo dopo che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito. Quindi, in presenza di due condebitori falliti, se uno dei due fallimenti paga solo in parte, ma in misura maggiore rispetto alla propria quota interna, può insinuare al passivo dell'altro fallimento il proprio credito di regresso, che però potrà essere inserito nel piano di riparto dell'attivo solo se in quest'ultimo fallimento il residuo credito principale sia soddisfatto per l'intero<sup>149</sup>. Cosa che in pratica non avviene quasi mai.

Parte della dottrina spiega il divieto di regresso parziale in questi termini: il credito acquistato dal debitore parzialmente adempiente dopo la dichiarazione di fallimento non è concorsuale, perché non esiste al momento della dichiarazione di

---

<sup>147</sup> INZITARI, *op. cit.*, p. 244, ricorda come il principio sia diffusamente riconosciuto anche in altri ordinamenti, quale quello tedesco, laddove si ritiene che i pagamenti parziali di un coobbligato dopo l'apertura del fallimento, come pure il pagamento di dividendi da parte di uno dei fallimenti, non abbiano alcun rilievo al fine di consentire una liberazione parziale del coobbligato fallito al quale si è insinuato il creditore, se non nel caso in cui il debito sia stato integralmente pagato.

<sup>148</sup> Si veda *infra* in questo Capitolo § 14.

<sup>149</sup> RUBINO, *op. cit.*, *sub art.* 1292 c.c., p. 147.

fallimento e non può quindi trasformarsi in credito concorrente<sup>150</sup>. Accordare, poi, tutela ai condebitori parzialmente solventi in seno al fallimento significherebbe concedere loro la possibilità di essere soddisfatti prima che il rapporto esterno dell'obbligazione solidale si sia estinto e, quindi, da ultimo, far pesare le conseguenze dell'insolvenza di un debitore sulle spalle del creditore comune, in spregio alla funzione propria dell'obbligazione solidale.

Tale impostazione non pare convincere la dottrina maggioritaria, soprattutto per l'illogico differente trattamento che così si verrebbe a creare, sotto il profilo della concorsualità, tra regresso totale e regresso parziale<sup>151</sup>. Se, infatti, la norma consente il regresso di chi, da solo o con altri, con un unico adempimento o in più soluzioni, ha integralmente soddisfatto il creditore originario, ciò significa che per il legislatore non esiste un ostacolo logico all'esercizio del regresso per i pagamenti postfallimentari.

La ragione del diverso trattamento va cercata altrove. Di certo, essa non può individuarsi nell'incertezza della pretesa del *solvens* parziale, potendo essere fugata in base ad una semplice operazione aritmetica<sup>152</sup>.

Abbiamo già rilevato come a far sorgere il diritto di regresso basti un pagamento del coobbligato superiore alla propria quota interna di spettanza (il regresso concerne i rapporti interni ed un pagamento superiore alla propria quota origina un vantaggio per i consorti sotto questo profilo e non solo nei rapporti esterni – come accade, invece, per i pagamenti inferiori alla propria quota – causando la liberazione dall'obbligazione verso il creditore nei limiti della parte pagata)<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> VACCARELLA, *op. cit.* p. 54.

<sup>151</sup> La stessa dottrina nega la concorsualità in ordine al regresso in senso stretto, ma si dice pronta ad ammetterlo al concorso quando in esso si riconosca l'effetto sostitutivo – surrogatorio. Non si spiega, allora perché, detta dottrina non possa fare altrettanto con riguardo al regresso parziale, soprattutto alla luce dell'art. 1205 c.c. che espressamente prevede la surroga parziale.

<sup>152</sup> Si veda sopra Capitolo 1 § 6.

<sup>153</sup> RUBINO, *op. cit.*, *sub* art. 1299 c.c., pp. 202 e ss. *Contra* PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, pp. 379 e ss.: per l'A. così facendo si trascura di valutare il pregiudizio o l'intralcio che la soluzione offerta creerebbe al creditore ed al pieno esercizio del suo *ius electionis*. Il creditore infatti potrebbe veder vanificata la possibilità di ottenere integrale soddisfazione proprio a causa dei versamenti che il coobbligato escusso dovrebbe necessariamente effettuare anche in favore del coobbligato attore in regresso, tornando a questo punto a rivolgersi al primo coobbligato. Con l'esito di un inammissibile giro di azioni, notevoli difficoltà tecniche, spese e trascorrere di tempo prezioso.

A dissuadere dall'ammettere nel fallimento, al verificarsi di determinate condizioni, il regresso parziale non vale pertanto nemmeno l'obiezione di chi considera vietato il regresso anche in sede ordinaria, per pagamenti che non hanno soddisfatto o contribuito a soddisfare integralmente il creditore<sup>154</sup>.

In ogni caso, occorre preliminarmente precisare come pure, a nostro avviso, il problema dell'ammissibilità del regresso parziale nel fallimento vada posto nel senso della *collocazione sul ricavato*, e non della semplice insinuazione al passivo<sup>155</sup>. Non riteniamo, quindi, di aderire all'opinione di chi non consente nemmeno l'ammissione al passivo del coobbligato che non ha integralmente soddisfatto il creditore comune<sup>156</sup>.

Esclusa solo la contemporanea collocabilità sul ricavato del creditore comune e del coobbligato parzialmente adempiente, rimane da chiarire in quali termini, ed entro quali limiti, vi sia spazio per l'insinuazione al passivo del credito di regresso del condebitore *in bonis* non già collocabile sul ricavato; ed in subordine stabilire in quali casi si possa favorevolmente concludere pure per la collocazione sul ricavato di tale pretesa.

Il legislatore si è trovato combattuto tra diverse esigenze: da un lato, non violare il principio della cristallizzazione dei crediti al momento della dichiarazione di fallimento, dall'altro, garantire l'universalità dell'esecuzione<sup>157</sup> e non lasciare privi di tutela i

---

<sup>154</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 397 e 398, secondo cui la norma dell'art. 61 l.fall. non offre alcun indice testuale che consenta di ipotizzare una deroga ai principi civilistici. Allora, il regresso del coobbligato potrà essere esercitato solo dopo l'integrale soddisfazione del creditore, come appunto chiaramente sancisce il primo comma dell'art. 1299 c.c.

In realtà, da molto tempo ormai, la giurisprudenza di legittimità pare ammettere il regresso anche nella eventualità in cui il pagamento del *solvens*, seppur parziale, abbia ecceduto la quota di debito a carico di costui nei rapporti interni, previa dimostrazione che la prestazione eseguita sia davvero superiore a tale quota. Cfr. Cass., 19 gennaio 1984 n. 459 in *Giust. civ.*, 1984, I, 1812; Cass., 29 gennaio 1998 n. 884 in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 184; Cass., 7 dicembre 1998 n. 12366 in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2549.

<sup>155</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 162 e ss.; RUBINO, *op. cit.*, pp. 146 e ss.

<sup>156</sup> AA. VV., *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, cit., p. 558, per cui "fino a quando esiste l'insinuazione del creditore per l'intero, non può aversi quella dell'obbligato di regresso".

<sup>157</sup> Il fallimento, in un'ottica di *par condicio creditorum*, risponde ad un principio di universalità oggettiva (art. 42 l.fall.) e soggettiva (art. 51 l.fall.): entrano nel fallimento tutti i beni del fallito esistenti alla data di dichiarazione di fallimento, nonché quelli che pervengono al fallito durante il fallimento, dedotte le passività per l'acquisto e la conservazione e sempre che il curatore non rinunci alla loro acquisizione; sono chiamati a concorrere sostanzialmente nel fallimento tutti i creditori esistenti alla data della sentenza

coobbligati parzialmente adempienti. Assolta la prima esigenza, con l'ammettere espressamente l'esercizio del regresso una volta che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito, in accordo con una certa dottrina, riteniamo si possa individuare un'ipotesi analoga con riguardo (anche) al regresso parziale: nel caso in cui la pretesa del creditore comune non sia collocabile sul ricavato in ipotesi capiente si realizza una situazione equivalente, per certi versi, alla soddisfazione integrale dell'obbligazione solidale<sup>158</sup>. Se, infatti, il legislatore, concedendo il regresso al coobbligato solvente in costanza di fallimento, all'unica condizione che il creditore sia stato integralmente soddisfatto, ha inteso impedire l'insinuazione di due soggetti diversi per uno stesso credito e quindi la duplicazione del concorso per il medesimo credito – poiché ciò limiterebbe ingiustificatamente il diritto alla soddisfazione per l'intero del creditore<sup>159</sup> – lo stesso può dirsi evitato nel caso in cui il creditore non prenda parte alla procedura concorsuale. Quindi, il regresso del coobbligato parzialmente adempiente (per una quota di debito superiore a quella a sé spettante secondo i rapporti interni) sembra trovare spazio in un'ipotesi siffatta.

Pertanto, si deve distinguere il caso in cui il creditore partecipi al concorso fallimentare, da quello in cui questi decida di non partecipare<sup>160</sup>: l'obbligazione solidale non collocata sul ricavato dal creditore, volutamente estraneo al fallimento equivale, ai fini della collocabilità del regresso del *solvens*, alla obbligazione solidale soddisfatta. Si ritiene, cioè, integri un assetto squilibrato sia la contemporanea collocazione sul ricavato fallimentare del credito solidale e del diritto di regresso parziale, sia l'esclusione dalla collocazione di quest'ultimo, quand'anche il creditore non prenda parte al concorso. Infatti, se nel primo caso, sarebbero le ragioni del *solvens* ad essere eccessivamente

---

dichiarativa di fallimento, i quali, da quel giorno, non possono iniziare o proseguire alcuna azione individuale sui beni compresi nel fallimento.

<sup>158</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 163 n. 77: a nulla rileva l'avvenuta insinuazione del creditore se poi, ad esempio, vi abbia rinunciato. L'esame della collocabilità del regresso parziale va condotto sul presupposto che il creditore non partecipi alla ripartizione dell'attivo.

<sup>159</sup> INZITARI, *op. cit.*, p. 253.

<sup>160</sup> BONFATTI, *op. loc. cit.*

tutelate <sup>161</sup>, nel secondo, sarebbero gli altri creditori concorrenti a ricevere ingiustificato vantaggio <sup>162</sup>.

## **10. (Segue). La collocabilità sul ricavato del regresso parziale in caso di mancata partecipazione al concorso del creditore solidale**

Come detto, a nostro avviso, la norma in commento non dispone un divieto di carattere generale alla esercitabilità del regresso parziale. Essa consente al creditore dell'obbligazione solidale di sollevare un'eccezione alla collocazione sul ricavato della pretesa del coobbligato escusso in concorso con il proprio credito.

In altri termini, né il debitore fallito, né i creditori concorrenti, né il creditore solidale possono contrastare l'aspirazione del *solvens* a vedere collocata la sua pretesa sul ricavato, per l'ipotesi in cui non vi sia collocazione sul ricavato del credito dell'obbligazione solidale (perché il creditore non ha provveduto all'insinuazione nel concorso o non ha conseguito il diritto a partecipare al riparto).

Anzitutto, occorre distinguere tra la condizione del coobbligato solidale ad interesse comune e la condizione del fideiussore.

La fideiussione, infatti, diversamente dall'obbligazione solidale ad interesse comune, può estinguersi “per fatto del creditore”, secondo quanto stabilito dagli artt. 1955 e 1957 c.c.<sup>163</sup>. Rimane da chiarire se di tali norme si possa ipotizzare un'applicazione in

---

<sup>161</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 179 individua una doppia ragione: il regresso parteciperebbe al concorso due volte, una in via diretta, l'altra in via indiretta tramite la collocazione del credito solidale per l'intero importo; di conseguenza, il patrimonio del coobbligato fallito sarebbe chiamato a rispondere in proporzione di un importo maggiore del residuo dovuto, ma addirittura superiore all'importo originario.

<sup>162</sup> BONFATTI, *op. loc. cit.* Un'esclusione dalla collocazione sul ricavato del regresso parziale, anche quando il creditore solidale non prenda parte al concorso, rappresenta una soluzione troppo sbilanciata a favore degli altri creditori concorrenti, perché nega l'ingresso nel fallimento ad una pretesa che di per sé ha titolo per prendervi parte.

<sup>163</sup> L'art. 1955 c.c., rubricato “Liberazione del fideiussore per fatto del creditore”, prevede l'estinzione della fideiussione quando per fatto del creditore non possa aversi la surrogazione del fideiussore nei diritti, nel pegno, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore.

campo fallimentare, per il caso in cui il creditore garantito abbia omesso d'insinuarsi al passivo, o comunque abbia rinunciato a veder collocata la sua pretesa sul ricavato della liquidazione dell'attivo. In altri termini, se il fatto del creditore rilevante ai sensi e per gli effetti degli artt. 1955 e 1957 c.c. possa essere integrato dal comportamento del creditore comune che non partecipi al concorso del debitore principale fallito<sup>164</sup>.

Va da sé che, considerando tali norme applicabili alla procedura concorsuale, non avremmo nemmeno motivo di interrogarci sull'ammissibilità, poi, del regresso del fideiussore nei confronti del debitore principale, stante l'estinzione dell'obbligazione solidale fideiussoria che così si realizzerebbe, con liberazione del debitore dalla propria obbligazione.

In relazione, però, a somme per le quali il fideiussore sia già stato escusso – le uniche che ci interessano in tale sede, dovendo valutare l'ammissibilità di una loro collocazione sul ricavato – il richiamo di tali norme pare azzardato. Il fideiussore, seppur solo parzialmente adempiente, ha certamente maggior interesse a recuperare quanto versato, che a vedersi liberato dall'obbligazione di garanzia.

Ciò detto, il menzionato art. 1955 c.c. sanziona con l'estinzione della fideiussione il comportamento colposo del creditore che renda privo il fideiussore di uno strumento recuperatorio (sia esso il diritto di surroga *ex art.1949 c.c.* o il diritto di regresso *ex art. 1950 c.c.*). Secondo la giurisprudenza, il fatto del creditore, rilevante ai sensi dell'art. 1955 c.c., ai fini della liberazione del fideiussore deve consistere in una violazione di un dovere giuridico imposto dalla legge o nascente dal contratto e integrare un fatto quanto meno colposo, o comunque illecito, dal quale derivi un *pregiudizio giuridico*, e non solo economico, per il debitore. Il comportamento del creditore, cioè, deve concretizzarsi nella perdita del diritto (di surrogazione *ex art. 1949 c.c.*, o di regresso *ex 1950 c.c.*), e non già nella mera difficoltà di attuarlo per le diminuite capacità soddisfattive del patrimonio del debitore<sup>165</sup>. Va precisato, poi, che a delineare la fattispecie non basterà la mera inattività

---

L'art. 1957 c.c., rubricato "Scadenza dell'obbligazione principale", prevede che il fideiussore rimanga obbligato dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate.

<sup>164</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 170 e ss.

<sup>165</sup> Cass., 5 dicembre 2008 n. 28838 in *Mass.*, 2008 ed in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Fideiussione e mandato di credito* [3070], n.33.

del creditore, sia essa la mancata utilizzazione di strumenti di autotutela facoltativa, o il mancato assolvimento di semplici oneri<sup>166</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, diviene impossibile concludere per l'applicazione dell'art. 1955 c.c. in campo fallimentare, per il caso in cui il creditore abbia omesso di insinuarsi al passivo o abbia comunque rinunciato a veder collocata la propria pretesa sul ricavato dalla liquidazione dell'attivo. Infatti, questi sono contegni dipendenti unicamente dalla volontà del creditore ma non integrano "fatti colposi a lui imputabili" di cui alla norma in esame<sup>167</sup>. La partecipazione al concorso fallimentare può essere certamente considerata quale strumento di autotutela, concesso al creditore che intenda far valere la propria pretesa nei confronti del debitore fallito e profittare del trattamento che il legislatore gli riserva a riguardo. Strumento di autotutela peraltro rimesso totalmente alla volontà del creditore, di cui quindi quest'ultimo non può dirsi nemmeno onerato<sup>168</sup>. Se dunque, per giurisprudenza unanime, l'art. 1955 c.c. non può trovare applicazione nei casi di mancato assolvimento di un onere, *a fortiori* la sua applicabilità va esclusa nei casi in cui non si possa discorrere di oneri, bensì di mere facoltà in capo al creditore comune. Nessun dovere giuridico nascente dalla legge o da contratto impone al creditore di azionare giudizialmente la propria pretesa, nelle forme dell'esecuzione concorsuale fallimentare.

Ad escludere l'applicabilità dell'art. 1955 c.c. basti poi la considerazione che non integra pregiudizio giuridico il venir meno di uno dei due strumenti che la legge riserva a tutela del fideiussore. Se cioè la mancata partecipazione al concorso del debitore principale fallito impedisce al fideiussore parzialmente adempiente di surrogarglisi, costui conserva intatta la possibilità di esercitare il regresso, ovvero uno strumento munito della medesima funzione recuperatoria della surrogazione. L'atteggiamento del creditore gli causerà pertanto un pregiudizio solo economico e non già giuridico, apparendo

---

<sup>166</sup> Cass., 16 giugno 2003 n. 9634 cit.

<sup>167</sup> Trib. S.Maria Cupua Vetere 4.01.2010 cit.

<sup>168</sup> *Contra* VACCARELLA, *op. cit.*, p. 56: l'Autore sostiene che in capo al creditore sussista un obbligo o quanto meno un onere di insinuazione al passivo del fallimento al fine di consentire agli altri condebitori escussi di agire in regresso. Prevale tuttavia la tesi opposta dell'irrelevanza dell'insinuazione del creditore comune ai fini dell'esercizio della surroga o del regresso che potrebbe esercitarsi anche ove il creditore non sia stato soddisfatto per l'intero giacché non vi sarebbe alcuna duplicazione dei crediti insinuati. Così: BONFATTI, *op. cit.*, p.178; MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 299.

chiaramente difficile trovare soddisfazione integrale delle proprie ragioni di regresso da chi (debitore principale) versa in condizioni di acclarata insolvenza, tali da aver causato il fallimento<sup>169</sup>.

Per l'ipotesi in cui il creditore non abbia proposto le sue istanze contro il debitore principale o non le abbia con diligenza continuate, l'art. 1957 c.c. prevede una c.d. decadenza dalla fideiussione. Nel fallimento, la dottrina ritiene di potersi riferire al caso in cui entro sei mesi (due mesi se la scadenza dell'obbligazione principale coincide con quella della fideiussione) dalla scadenza dell'obbligazione principale, il creditore non proponga domanda di ammissione al passivo del debitore principale<sup>170</sup>. All'uopo vengono le considerazioni cui sopra con riguardo al termine dell'obbligazione solidale<sup>171</sup>: la scadenza anticipata dei debiti pecuniari alla data della sentenza dichiarativa di fallimento ha valore ai soli fini del concorso (art. 55 co. 2 l.fall.), il fideiussore conserva quindi il beneficio del termine pattuito. Non si può invocare, dunque, con riguardo all'art. 1957 c.c. una coincidenza di scadenze tra obbligazione principale e obbligazione accessoria.

L'applicabilità dell'articolo in parola è, poi, di per sé dubbia alla luce dell'orientamento giurisprudenziale che vuole la decadenza dal diritto a far valere la garanzia impedita dalla semplice escussione del fideiussore, entro i termini stabiliti<sup>172</sup>. Ed è proprio questo il caso che interessa in tale sede.

---

<sup>169</sup> Trib. S. Maria Capua Vetere 4.01.2010 con nota di COREA, *Note in tema di limiti soggettivi della cosa giudicata e regresso del fideiussore*, cit.

<sup>170</sup> Cass., 17 luglio 2009 n. 16807 in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Fideiussione e mandato di credito* [3070], n. 33: l'apertura a carico del debitore principale di una procedura concorsuale (fallimento) non implica l'impossibilità giuridica di proporre istanze contro il debitore e di coltivarle diligentemente, ma comporta soltanto che la diligenza del creditore sia valutata in relazione alle possibilità concesse dall'ordinamento in tali casi, consistenti nella richiesta di accertamento del credito nelle forme dell'insinuazione al passivo, da proporre nel termine semestrale decorrente dalla data di apertura della procedura concorsuale.

<sup>171</sup> Si veda in questo Capitolo § 3.

<sup>172</sup> Cass., 21 maggio 2008 n. 13078 in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Fideiussione e mandato di credito* [3070], n.31: la suddetta decadenza può essere evitata dal creditore non solo iniziando l'azione giudiziaria nei confronti del debitore principale, ma anche soltanto rivolgendo al fideiussore la richiesta di adempimento: "L'art. 1957 c.c. co. 1 pone una regola la cui *ratio* va individuata nell'esigenza di impedire che il fideiussore, per l'inerzia del creditore, resti incerto in ordine agli effetti ed alla sorte della sua obbligazione, e possa essere pregiudicato per ciò che attiene al suo rapporto con il debitore principale. [...] Sembra dunque giustificata la conclusione che, quante volte il fideiussore sia tenuto al pagamento a prima o a semplice richiesta, o comunque entro un tempo convenzionalmente determinato, il rispetto dell'art. 1957

Si deve quindi concludere che la mancata partecipazione del creditore al concorso sul patrimonio del debitore principale fallito non produce alcuna liberazione del fideiussore, relativamente alle somme già pagate, le quali dunque non possono essere ripetute dal *creditore*. Il fideiussore conserva, pertanto, tutto l'interesse alla collocazione del proprio "regresso" sul ricavato della liquidazione fallimentare. La sua posizione, poi, così come quella di ogni condebitore solidale, è ulteriormente aggravata, atteso che la mancata partecipazione al concorso da parte del creditore, accresce la possibilità di essere escusso nuovamente<sup>173</sup>.

### **11. (Segue). Collocazione sul ricavato del regresso parziale. Caratteri della domanda di ammissione. Effetti della successiva partecipazione del creditore dell'obbligazione solidale**

Se si condividono le osservazioni svolte in precedenza, occorre allora interrogarsi sulle forme della collocabilità del regresso parziale nel fallimento del coobbligato. La tesi secondo la quale il diritto di regresso per pagamenti parziali dovrebbe essere ammesso al passivo provvisoriamente, tramite insinuazione con riserva (artt. 93 co. 3 n. 1 – 113 – 113 *bis* l.fall.), incontra notevole favore sia in dottrina che in giurisprudenza<sup>174</sup>. Come è noto, l'ammissione con riserva produce il diritto all'accantonamento della quota in sede di riparto.

---

c.c. da parte del creditore garantito deve ritenersi soddisfatto con la stessa richiesta rivolta al fideiussore entro il termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale (o di due mesi nel caso in cui il fideiussore abbia espressamente limitato la fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale), con la conseguenza che, una volta tempestivamente effettuata la richiesta di pagamento al fideiussore, il creditore non è più tenuto ad agire giudizialmente contro il debitore".

<sup>173</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 502.

<sup>174</sup> LO CASCIO, *op. loc. cit.*; Trib. Torino 3 giugno 1994, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, II, 744: il condebitore solidale che ha adempiuto in parte al debito comune può insinuarsi con riserva al passivo del condebitore fallito nell'ipotesi in cui il creditore non abbia presentato domanda di ammissione. (La sentenza merita attenzione per il fatto di considerare espressamente il caso del condebitore solidale ad interesse comune, quando, all'opposto la prevalente giurisprudenza di legittimità e di merito si sono occupate della fideiussione); Cass., 12 luglio 1990 n.7222 cit.; Cass., 10 luglio 1978 n. 3439 cit.

Fondandosi questa tesi su una asserita analogia tra regresso parziale e credito sottoposto a condizione, prima questione è l'individuazione dei criteri per pervenire ad una attribuzione definitiva delle somme accantonate. L'art. 113 *bis* l.fall., rubricato appunto "Scioglimento delle ammissioni con riserva" così recita: "Quando si verifica l'evento che ha determinato l'accoglimento di una domanda con riserva, su istanza del curatore o della parte interessata, il giudice delegato modifica lo stato passivo, con decreto, disponendo che la domanda deve intendersi accolta definitivamente". Pertanto, unica condizione ammessa nel fallimento è quella sospensiva, la sola che realizzandosi possa portare all'accoglimento definitivo della domanda di ammissione al passivo, e non già alla sua definitiva estromissione. Tale fatto condizionante deve essere futuro ed incerto, possibile e tale da non rendere la condizione illecita: la condizione sospensiva tutela contro il rischio che un tale evento, atteso dalle parti o da una delle parti come di proprio interesse, non si avveri o si avveri troppo tardi<sup>175</sup>. Il procedimento di scioglimento è sostanzialmente automatico. Nella formulazione letterale della norma il decreto emesso dal giudice delegato appare dovuto, privo della instaurazione di un qualsiasi preventivo contraddittorio. La riserva, allora, deve essere valutata esclusivamente al momento dell'ammissione del credito, per quanto attiene l'idoneità della condizione ad integrare e comprovare l'esistenza e la riconoscibilità del credito concorsuale e la sua opponibilità alla massa<sup>176</sup>.

Il dato letterale dell'art. 61 cpv. pare indirizzare l'interprete a consentire il regresso parziale condizionando sospensivamente la sua ammissione alla soddisfazione integrale del creditore comune, intervenuta la quale, il coobbligato solvente avrebbe via libera all'esercizio del regresso. Inconveniente considerevole sarebbe allora quello che a soddisfare tale condizione non basterebbero la successiva insinuazione al passivo e la collocazione sul ricavato del creditore solidale (stante la falcidia fallimentare, verisimilmente il creditore non trarrà soddisfazione integrale dalla sola partecipazione ai riparti). Pertanto, in questi casi, dovendo mantenere l'ammissione al passivo del *solvens* si realizza ciò che il legislatore ha inteso fortemente evitare, ovvero la pluralità di

---

<sup>175</sup> ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 605 e ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed. aggiornata, Napoli – Roma, 2007, pp. 934 e ss.; FALZEA, voce *Condizione. Diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VII, 1988, pp. 6 e ss.

<sup>176</sup> PAJARDI, PALUCHOWSKI, *op. cit.*, p. 351 e pp. 643-644.

collocazioni sul ricavato per una stessa fattispecie obbligatoria e la distribuzione di quote di riparto per un importo globale maggiore dell'ammontare originario del credito<sup>177</sup>.

L'*impasse* non può essere risolto correggendo l'individuazione dell'evento condizionante nell'ammissione al concorso del creditore solidale. Invero, tale soluzione sarebbe censurabile da un punto di vista logico, privando la tesi dell'insinuazione al passivo del regresso parziale del pilastro su cui poggia, e da un punto di vista strettamente normativo, andando a condizionare non sospensivamente, bensì risolutivamente l'ammissione del solvente parziale: costui, infatti, dovrebbe uscire dal concorso, e non già essere confermato nella partecipazione, all'avveramento della condizione<sup>178</sup>.

Si fa strada, dunque, la convinzione che il credito di regresso non possieda i requisiti per essere annoverato tra le ipotesi in cui la legge fallimentare consente l'ammissione con riserva. Ed in effetti, la pretesa ammissione con riserva rappresenta generalmente un credito che è destinato ad aggiungersi al restante passivo, se la riserva si scioglie positivamente e quindi con l'avveramento della condizione; il credito di regresso parziale, invece, non può mai ricevere collocazione *in aggiunta* degli altri crediti concorsuali, ma solo *in luogo* di un'altra pretesa, ovvero quella del creditore comune<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Un esempio risulterà chiarificatore: A e B sono obbligati in solido per 100 nei confronti di C, secondo quote virili. A fallisce. B paga 60 a C, maturando un diritto al regresso di 10 (60-50). C non s'insinua al fallimento di A, B è dunque legittimato ad esercitare nel fallimento il suo regresso parziale. Successivamente C propone domanda di ammissione al passivo di A per un ammontare di 100 secondo quanto consentitogli dagli articoli 61 co. 1 e 62 co. 1. L'importo globale per il quale si procederebbe alla distribuzione delle quote di riparto sarebbe quindi pari a  $10 + 100 = 110$ , ossia un importo maggiore dell'importo dell'obbligazione originaria. L'accantonamento della quota corrispondente al credito di regresso rappresenta una inammissibile sottrazione di attivo agli altri creditori, perché il creditore percepisce già in proporzione dell'intero importo dell'obbligazione solidale.

<sup>178</sup> Ciononostante il solvente parziale non potrà dirsi in alcun modo disinteressato all'avveramento di una tale condizione. Infatti, l'evento condizionante non verrebbe a configurare la realizzazione di un rischio contrario agli interessi del coobbligato, in quanto indirettamente tutelato dalla partecipazione al concorso del creditore comune. Come già variamente affermato, infatti, maggiore è l'importo che il creditore percepisce in seno al fallimento, minore è l'esposizione per l'importo residuo cui rimane assoggettato il coobbligato non fallito.

<sup>179</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 203.

Sul punto, va osservata una differenza tra procedimento esecutivo concorsuale e procedimento esecutivo individuale: nell'ambito di quest'ultimo sono talvolta concesse situazioni di contemporaneo concorso del

Se il credito comune non è collocato sul ricavato, il *solvens* ha diritto di percepire direttamente e immediatamente. L'accantonamento della quota costituirebbe soluzione inadeguata e dagli incerti sviluppi, per l'impossibilità di individuare criteri accettabili sulla base dei quali procedere alla distribuzione delle somme accantonate<sup>180</sup>.

Legittimati a contrastare la pretesa di partecipazione al riparto del *solvens*, in presenza di una collocazione del creditore comune per l'intero importo, saranno il curatore fallimentare e gli altri creditori concorrenti.

Consentire la collocazione del regresso parziale alle condizioni e nei limiti di cui sopra, oltre a non essere in contrasto con il disposto dell'art. 61, ha il pregio di assicurare, quanto ad effetti, una parità di trattamento tra i coobbligati del fallito escussi durante il fallimento, e i coobbligati escussi precedentemente. Come avremo modo di precisare in seguito, infatti, il coobbligato in solido col fallito o il fideiussore parzialmente adempienti prima della dichiarazione di fallimento hanno diritto di concorrere nel fallimento per la "somma pagata" e quindi per il regresso parziale maturato (art. 62 co. 2 l.fall.). Se costoro saranno nella pratica privati dal creditore che faccia istanza di assegnazione (art. 62 co. 3 l.fall.) di quanto a loro spetterebbe a titolo di regresso parziale, parimenti, il regresso del coobbligato escusso durante il fallimento sarà reso non collocabile dall'iniziativa del creditore che profitterà direttamente del regresso che sarebbe spettato al coobbligato, stante la sua insinuazione per l'intero importo esistente alla data della sentenza dichiarativa di fallimento (art. 61 co. 1 l.fall.)<sup>181</sup>.

Nelle fattispecie in cui la collocazione sul ricavato del regresso parziale è consentita, l'interessato deve provvedere, come ovvio, ad insinuarsi allo stato passivo, secondo il disposto di cui all'art. 52 co. 2 l.fall., perché anche questo credito sia accertato secondo le norme stabilite dal Capo V della legge (artt. 92 e ss.). La partecipazione avverrà secondo le consuete modalità generali. Il giudice estenderà la sua cognizione all'accertamento della sussistenza del credito, alla sua anteriorità al fallimento, nonché alla sua opponibilità agli altri creditori concorrenti<sup>182</sup>.

---

regresso parziale del *solvens* e del credito *residuo*, del creditore. Si veda a tal proposito l'art. 1205 c.c. già richiamato sopra in questo Capitolo § 7.

<sup>180</sup> *Contra* LO CASCIO, *op. cit.*, p. 502.

<sup>181</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 180-181.

<sup>182</sup> Si fa rimando a quanto detto per l'ipotesi di regresso totale ed i suoi caratteri di concorsualità, *supra* in questo Capitolo § 6.

Trattandosi, però, di collocazione sul ricavato che suppone la mancanza di analoga collocazione del credito comune, l'attività del giudice dovrà spingersi oltre, ed accertare la predetta mancanza dovuta a rinuncia del creditore agli effetti dell'ammissione al passivo, originariamente ottenuta, oppure alla mancata insinuazione dell'obbligazione solidale. In tale ultimo caso, la domanda del *solvens* non potrà essere accolta, senza aver prima e preliminarmente accertato il diritto al concorso del creditore comune, già implicito nel caso in cui costui abbia rinunciato alla sua domanda già accolta. La pretesa di regresso, infatti, si fonda su un presupposto implicito: l'attitudine del credito dell'obbligazione solidale ad essere collocato sul ricavato dalla liquidazione dei beni del fallito (esistenza e opponibilità)<sup>183</sup>. E ciò in quanto il regresso non può essere fatto valere contro il coobbligato, se sussistono ragioni obiettive per opporsi alla pretesa del creditore comune: in conformità all'art. 1297 c.c., il coobbligato può far valere le eccezioni che riguardano la sua persona, ma pure le eccezioni reali inerenti l'esistenza del titolo, la sua obiettiva validità, l'ammontare del debito, il pagamento<sup>184</sup>. Il regresso, pertanto, può essere contestato dal curatore adducendo fatti estintivi, modificativi, impeditivi della pretesa del creditore comune, che lo stesso *solvens* avrebbe potuto far valere. La questione, in quanto pregiudiziale, sarà conosciuta *incidenter tantum*<sup>185</sup>.

Atteso che il creditore comune può chiedere di essere collocato sul ricavato in un momento successivo a quello del coobbligato in regresso parziale, occorre interrogarsi sui possibili scenari futuri, in modo da poter conciliare la posizione del creditore con quella del coobbligato parzialmente solvente nei confronti del fallito.

Nell'ipotesi in cui il creditore decida di partecipare al concorso, la pretesa del coobbligato solvente non potrà più essere collocata sul ricavato. *Nulla quaestio* per le ripartizioni successive: a percepire sarà il creditore ed in proporzione dell'intero

---

<sup>183</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 182.

<sup>184</sup> Si veda Capitolo 1 § 3.

<sup>185</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 183; Cass., 28 ottobre 1969 n. 3538 in *Foro it.*, 1970, I, 88 : "per poter esercitare tale diritto [di rivalsa] è, sì, necessario aver pagato il debito solidale, ma tale circostanza non è sufficiente, dato che occorre anche aver pagato un debito realmente esistente, a carico di quei determinati debitori solidali e verso quel creditore [...]. Quindi se la sentenza di condanna non fa stato nei confronti del fallimento, rimasto estraneo al giudizio, di uno di essi, chi ha pagato non potrà invocarla nell'azione di regresso contro il fallimento e conseguentemente si troverà esposto a tutte le eccezioni relative alla effettiva sussistenza del debito, del vincolo di solidarietà e del diritto di regresso, nonché alla misura dello stesso, anche se già decise con la sentenza emessa nei confronti dei debitori solidali.

ammontare del credito esistente alla data della sentenza dichiarativa, secondo il disposto dell'art. 61 primo comma.

Il problema, invece, sussiste per le eventuali ripartizioni già eseguite, dalle quali ha tratto soddisfazione il coobbligato solvente. Costui, infatti, ammesso *tout court* a partecipare, non può certo essere chiamato a restituire al fallimento quanto precedentemente ricevuto, in conformità all'art. 114 l.fall.<sup>186</sup>. Nel caso in esame, infatti, non si tratta di “pagamenti non dovuti” al coobbligato, in quanto legittimamente ammesso a percepire, e non si dà nemmeno la possibilità di domande di revocazione *ex art.* 98 l.fall. il cui accoglimento possa giustificare una ripetizione delle somme già percepite. Come noto, infatti, la revocazione può essere proposta, decorsi i termini per la proposizione dell'impugnazione, per i casi in cui l'accoglimento della domanda sia stato determinato da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile. Vizi non riscontrabili nel caso in esame. Ciononostante, quanto percepito dal coobbligato solvente deve essere comunque imputato all'adempimento dell'obbligazione solidale: il creditore, cioè, cesserà di percepire in sede fallimentare, quando il fallimento avrà corrisposto, sommando agli importi versati al creditore quelli precedentemente versati al coobbligato solvente, una somma pari all'ammontare dell'obbligazione solidale alla data dell'apertura del concorso<sup>187</sup>. Rimane impregiudicata l'ulteriore esposizione del coobbligato *in bonis* alle eventuali pretese residue del creditore così non completamente soddisfatto.

*Nulla quaestio* per l'ipotesi in cui il creditore non eserciti il suo diritto di partecipare al concorso fino all'esecutività del riparto finale. Un'ammissione con riserva del coobbligato agente in regresso parziale sarebbe stata anche in questa eventualità foriera di ripercussioni pratiche, invece evitate con la sua ammissione *tout court*.

Qualora, infatti, a condizionare l'ammissione del condebitore si fosse intesa l'integrale soddisfazione del creditore principale, questa potrebbe non essere ancora realizzata. Si renderebbero, allora, necessari degli accantonamenti anche a procedura

---

<sup>186</sup> L'art. 114 l.fall. stabilisce che “i pagamenti effettuati in esecuzione del piano di riparto non possono essere ripetuti, salvo il caso dell'accoglimento di domande di revocazione. / I creditori che hanno percepito pagamenti non dovuti, devono restituire le somme non riscosse, oltre gli interessi legali dal momento del pagamento effettuato a loro favore”.

<sup>187</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 183.

chiusa, per procedere solo al verificarsi dell'evento condizionante al versamento della somma ai creditori cui spetta (art. 117 co. 3 l.fall.).

Nel caso in cui quale evento condizionante si fosse impropriamente intesa la partecipazione al concorso del creditore, pare evidente che, una volta divenuto esecutivo il riparto finale, tale condizione diverrebbe irrealizzabile. All'originaria incertezza subentrerebbe la certezza che il fatto condizionante non si produrrà: il mancato della condizione consoliderebbe la situazione preesistente<sup>188</sup>. Quindi, qualora si propenda per considerare la condizione come sospensiva in quanto unica ammessa dalla l.fall., il suo mancato avveramento determinerebbe l'inefficacia dell'ammissione del solvente parziale. Risultato certamente non voluto da tale dottrina, e comunque tale da vanificare la partecipazione al concorso del regresso parziale, nonché la tutela del coobbligato parzialmente solvente così anticipata. All'opposto, considerando l'evento quale condizione risolutiva, l'ammissione del *solvens* diverrebbe definitivamente efficace: la somma accantonata verrebbe definitivamente distribuita al *solvens* parziale, in totale spregio di una disciplina che esclude testualmente all'art. 113 *bis* l'operare di condizioni risolutive con riguardo all'ammissione con riserva nel fallimento.

Da ultimo, volendo identificare "l'avvenimento futuro ed incerto" (art. 1353 c.c.) nel mancato intervento nel concorso del creditore principale, la condizione potrà dirsi certamente avverata con l'esecutività del riparto finale senza che il creditore principale abbia preso parte al concorso, giustificando così la distribuzione definitiva al *solvens* parziale. Ci pare, però, azzardato ed approssimativo considerare tale evento molla del divieto di cui al secondo comma dell'art. 61, come invece afferma la dottrina qui criticata. La norma, invero, fa dipendere il divieto di regresso dalla soddisfazione per l'intero del creditore principale, e non già alla sua mera partecipazione al concorso, dalla quale peraltro verosimilmente non trarrà soddisfazione integrale.

Ultimo scenario prospettabile è quello del creditore integralmente soddisfatto prima della sua insinuazione. Stante l'estinzione del suo credito, è pacifico che il creditore non potrà intervenire nel fallimento, e non si porranno quindi questioni con riguardo alle somme percepite dal coobbligato parzialmente solvente. Piuttosto costui potrà, se nei termini, insinuare il credito per l'ulteriore pagamento fatto per soddisfare

---

<sup>188</sup> ROPPO, *op. cit.*, p. 621.

integralmente il creditore, e se tale effetto si sia raggiunto mediante pagamenti effettuati da altri coobbligati, saranno pure costoro a poter insinuare il proprio credito.

## **12. Il regresso parziale e il concorso della pretesa del creditore dell'obbligazione solidale**

Come si è visto, il credito di regresso è collocabile sul ricavato purchè il creditore sia stato soddisfatto in misura integrale o non partecipi al concorso. Detto altrimenti, la collocazione del credito di regresso sul ricavato è inammissibile se / da quando il creditore solidale si insinui al passivo e partecipi alle ripartizioni dell'attivo.

Ci si può chiedere, dunque, se al condebitore possa essere concesso di *insinuare al passivo* il regresso parziale *pro futuro*, in preparazione cioè di una possibile e futura collocazione sul ricavato, per quando il creditore comune – attualmente insinuato al fallimento – non sia più collocabile a sua volta (per soddisfazione integrale, per rinuncia).

La questione si pone in relazione a due eventualità, la prima è quella del coobbligato non ancora escusso dal creditore, che ci occuperà in seguito<sup>189</sup>, la seconda è la situazione in esame, ovvero quella del coobbligato autore di pagamenti parziali durante il fallimento. Consentire in queste eventualità l'insinuazione al passivo, quando ancora non si avrebbe attitudine a partecipare alla collocazione sul ricavato, mira evidentemente a concedere un esercizio fruttuoso del regresso, prima che l'attivo fallimentare sia ripartito tra gli altri creditori concorrenti.

Preliminarmente, occorre interrogarsi sulla sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante all'insinuazione al passivo, nonostante l'attuale inattitudine a percepire in sede di riparto fallimentare.

Come già affermato, la partecipazione del creditore per l'intero credito esistente alla data della sentenza dichiarativa di fallimento, nonché l'insensibilità di tale partecipazione agli adempimenti parziali intervenuti in costanza di fallimento si risolvono non solo a tutela del creditore comune, ma pure indirettamente nell'interesse dei coobbligati del fallito, i quali rimangono meno esposti all'eventualità di ulteriori richieste

---

<sup>189</sup> Si veda *infra* Capitolo 4.

di adempimento da parte del creditore comune insoddisfatto<sup>190</sup>. È evidente però come, in questo modo, le ragioni del condebitore saranno tutelate esclusivamente con riguardo all'eventuale credito principale residuo – stante la minor probabilità di nuove escussioni ed il minor ammontare delle stesse – e non già relativamente il suo credito di regresso. Il coobbligato rischia cioè di poter azionare tale diritto solo quando il fallito abbia ormai già ripartito tutto il suo attivo agli altri creditori concorrenti, considerata l'impossibilità di surroga parziale e l'inammissibilità del regresso parziale se, e sino a quando il creditore partecipi al concorso fallimentare. A ben vedere, poi, affidare la tutela dei propri diritti all'iniziativa altrui (*id est* all'iniziativa del creditore comune) è assolutamente rischioso, soprattutto quando il sistema non prevede dei rimedi per il caso di mancata assunzione da parte del terzo delle iniziative che soddisferebbero le esigenze di tutela del soggetto privato della possibilità di farle valere direttamente.

Alla luce di ciò, ammettere l'insinuabilità del regresso parziale non collocabile sul ricavato, pur auspicabile, non si sottrae a numerose obiezioni.

La prima investe la questione della conseguente sproporzione tra la massa passiva ed i crediti effettivamente ammessi a percepire dal ricavato in ipotesi capiente. Infatti, il creditore rimane insinuato per l'intero e a ciò si *aggiunge* la pretesa del *solvens* parziale, così gravando il patrimonio del fallito di un importo maggiore del debito solidale. Tale eventualità non ha riscontro nell'esecuzione individuale, e da essa quindi non possiamo trarre spunti di soluzione, ma pare realizzarsi in altre fattispecie contemplate dalla disciplina fallimentare, dalle quali quindi possiamo trarre le mosse. Ci si riferisce ai casi in cui, la collocazione di un credito verso il fallito dipende dal rapporto in cui esso si pone con un altro credito concorrente, avente la stessa attitudine ad essere collocato, in dipendenza del medesimo titolo. In queste ipotesi si ammette la loro contemporanea partecipazione al procedimento, ma non la collocazione di entrambe sul ricavato. Gli esempi che la dottrina adduce al proposito sono vari, ma uno ci interessa particolarmente<sup>191</sup>: l'art. 63 l.fall. regola il caso in cui sia costituita garanzia reale a favore

---

<sup>190</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 55.

<sup>191</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 194: L'Autore si riferisce alle obbligazioni solidali dal lato attivo, laddove ciascuno dei concreditori ha diritto di pretendere l'intero adempimento del debitore comune, e di far valere in giudizio il credito, senza subire preclusioni da analoghe iniziative altrui; ed alle obbligazioni alternative, in quanto fisiologica è l'insinuazione al passivo per entrambe le prestazioni in esse dedotte, perché la scelta spetta di norma al debitore (art. 1286 c.c.) ed, in caso di fallimento, al curatore.

dell'eventuale diritto di regresso del coobbligato adempiente; in questo caso alla insinuazione al passivo del creditore per l'intero importo dovuto si accompagna l'insinuazione del coobbligato per l'importo per il quale egli ha pegno o ipoteca. Come avremmo modo di precisare in seguito, la norma non limita l'*ammissione al passivo* di entrambi, ma cerca soluzione equilibrata in sede di *collocazione sul ricavato*, stabilendo al secondo comma che “il ricavato della vendita dei beni ipotecati o delle cose date in pegno spetta al creditore *in deduzione* della somma dovuta” (corsivo aggiunto). Nella stessa sede e quindi in fase di adempimento, va cercata equilibrata soluzione al nostro caso. In altri termini, il patrimonio del fallito può essere *idealmente* gravato di più possibili pretese, la cui somma ecceda l'importo originario del debito, ma occorrono regole di risoluzione dei conflitti tra i possibili interessati nella fase di adempimento, anche se costoro verosimilmente non troveranno nel fallimento integrale soddisfazione. I titolari di questi crediti reciprocamente collegati potranno entrambi insinuarsi al passivo, ma esclusa la contemporanea loro collocazione sul ricavato, occorre stabilire quale sarà il creditore ammesso effettivamente a percepire in quella sede.

Si esclude che nell'ipotesi che ci interessa – ossia la contemporanea presenza del credito solidale nonché del credito di regresso parziale – la soluzione possa essere demandata all'art. 1296 c.c.: il fallito non ha la scelta di pagare all'uno o all'altro, stante l'inesistenza di un'obbligazione solidale dal lato attivo tra il creditore principale ed il condebitore agente in regresso, ed alla domanda di ammissione intervenuta per prima non si può attribuire effetto preclusivo dell'insinuazione al passivo altrui (c.d. prevenzione sulla base del principio *prior tempore potior jure*)<sup>192</sup>. Ciononostante, al fallito non può essere imposto di pagare in proporzione di un importo maggiore di quello portato dal titolo, perché con ciò si verificherebbe un'inaccettabile lesione della *par condicio creditorum*. Il rapporto tra le due domande di ammissione al passivo è, quindi, da intendersi nei termini che seguono: un rapporto equivalente a quello intercorrente tra domanda principale e domanda subordinata<sup>193</sup>. La domanda di collocazione sul ricavato del credito di regresso parziale del coobbligato *in bonis*, implicita nella domanda di

---

<sup>192</sup> RUBINO, *op. cit.*, sub art. 1296 c.c., pp. 168 e ss. L'A. precisa come l'art. in parola determini un semplice *difetto di legittimazione a ricevere il pagamento* che viene a determinarsi per tutti i creditori dal momento che siano stati prevenuti da un altro creditore con apposita domanda, e non già un *difetto di legittimazione ad agire in giudizio* a loro volta.

<sup>193</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 207.

ammissione al passivo, può essere accolta subordinatamente al mancato accoglimento, *id est* alla mancata collocazione sul ricavato del credito principale, quale che sia la causa (rinuncia all'insinuazione, cause estintive dell'obbligazione solidale).

La contemporanea presenza nello stato passivo del creditore principale e del coobbligato agente in regresso, nonostante l'inattitudine del secondo a percepire finché il primo sia collocato sul ricavato, potrebbe trovare ulteriore ostacolo nella duplicazione degli altri effetti prodotti dall'ammissione allo stato passivo fallimentare. Si allude all'espressione del voto in sede di concordato fallimentare, nonché alla determinazione della massa passiva, alla quale rapportare le espressioni di voto favorevole o contrario al concordato stesso; ed alla risoluzione dei possibili conflitti tra creditore e *solvens* (es. legittimazione all'impugnazione dei crediti altrui *ex art. 98 l.fall.*). Pertanto, occorre individuare il legittimato a far valere i diritti attribuiti normalmente a colui che è creditore ammesso al passivo.

Per quanto concerne il concordato fallimentare e l'individuazione del legittimato a votare, occorre aver riguardo all'art. 127 co. 1 l.fall. il quale stabilisce che “se la proposta è presentata prima che lo stato passivo venga reso esecutivo, hanno diritto di voto i creditori che risultano dall'elenco provvisorio predisposto dal curatore e approvato dal giudice delegato [art. 89 l.fall.]; altrimenti, gli aventi diritto al voto sono quelli indicati nello stato passivo reso esecutivo ai sensi dell'art. 97. In quest'ultimo caso, hanno diritto al voto anche i creditori ammessi provvisoriamente e con riserva”. Escluso che il voto possa essere espresso sia dal creditore che dal coobbligato, stante l'inesistenza di suddivisione in quote dell'obbligazione solidale tra costoro, e non essendoci reciproca limitazione dell'importo ammesso al voto, occorre interrogarsi se basti essere ammessi al passivo o piuttosto occorra essere collocabili sul ricavato per avere diritto di voto<sup>194</sup>.

La questione può essere risolta avendo riguardo agli effetti del voto in sede di concordato fallimentare. L'espressione del voto, infatti, inciderà, come ovvio, sulla misura della futura quota di riparto, nonché sul diritto di credito in senso sostanziale. Il concordato approvato ed omologato si configura, cioè, come una remissione parziale del debito, stante l'effetto esdebitatorio sancito dall'art. 135 l.fall.<sup>195</sup>. Pertanto, in

---

<sup>194</sup> BONFATTI, *op cit.*, pp. 210 e ss.

<sup>195</sup> L'art. 135 l.fall., rubricato “Effetti del concordato”, così dispone: “ Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento, compresi quelli che non hanno

considerazione degli effetti che l'accoglimento o il rigetto della proposta di concordato produce, riteniamo che legittimato a votare sia il creditore la cui pretesa si idonea a partecipare alla ripartizione dell'attivo, e nei limiti in cui ciò avvenga. E tale sarà il creditore dell'obbligazione solidale che si sia insinuato al passivo per l'importo originario della pretesa, ed abbia mantenuto iscritto il proprio credito. Per converso, nessuna legittimazione può essere riconosciuta al coobbligato, in relazione al regresso parziale non collocabile sul ricavato.

Minori perplessità desta l'individuazione del legittimato ad impugnare l'ammissione di crediti altrui *ex art. 98 co. 3 l.fall.* Anche ammettendo che entrambi i creditori (creditore principale e solvente agente in regresso) siano legittimati all'azione e che le due iniziative possano in ipotesi sovrapporsi, non si danno effetti inammissibili né controindicazioni significative. Come è noto però, per proporre una domanda non basta avere legittimazione ad agire, bensì è necessario avervi interesse (art. 100 C.p.c. – Interesse ad agire). L'interesse all'impugnazione - quale manifestazione del generale principio dell'interesse ad agire e la cui assenza è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo – deve essere individuato in un interesse giuridicamente tutelabile, identificabile nella concreta utilità derivante dalla rimozione dell'ammissione altrui, non essendo sufficiente l'esistenza di un mero interesse astratto ad una più corretta soluzione di una questione giuridica<sup>196</sup>. L'interesse ad agire deve essere concreto ed attuale e non solo teorico e generico.

Allora, alcuni dubbi potrebbero sorgere con riguardo all'attualità dell'interesse del coobbligato agente in regresso parziale che impugni l'ammissione altrui, nella prospettiva di una possibile collocazione del suo diritto di credito in via subordinata, una volta che il credito principale non sia più collocato. Va osservato, però, che un interesse ad impugnare sussiste già per il condebitore nella prospettiva della collocazione sul ricavato del solo credito solidale: minore è il passivo ammesso a partecipare, maggiore sarà la percentuale attribuibile al creditore solidale, e quindi, maggiore il soddisfacimento in sede fallimentare del creditore, minore sarà il rischio (e per minore importo) del coobbligato

---

presentato domanda di ammissione al passivo. A questi però non si estendono però le garanzie date dal concordato da terzi. / I creditori conservano la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso". Sul punto si veda BONFATTI, *op. cit.*, pp. 64 e 210 nota 167.

<sup>196</sup> Cass., Sez. Un., 19 maggio 2008, n. 12637 in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 5, 756.

solidale di rimanere esposto ad escussioni ulteriori. Con ciò comunque vale la pena di ribadire che la carenza originaria dell'interesse ad agire, al momento della proposizione della domanda, non implica inammissibilità della stessa, se sopravviene prima della decisione della causa<sup>197</sup>.

### **13. (Segue). La forma dell'insinuazione al passivo del regresso del coobbligato non collocabile sul ricavato. Il curioso caso delle aziende di credito**

Ultima questione da affrontare rimane la forma della ammissione del regresso parziale, in quest'ipotesi particolare in cui non sia immediatamente collocabile sul ricavato per la contemporanea partecipazione al concorso del creditore comune.

Una prima soluzione potrebbe venire dall'ammissione dello stesso con riserva, stante l'asserita analogia con il credito condizionato. L'evento "futuro ed incerto" (art. 1353 c.c.) sarebbe ancora una volta costituito dalla integrale soddisfazione del creditore solidale. Le obiezioni mosse a tale conclusione sono varie e numerose, e si fa rimando a quanto già detto con riguardo all'ammissione del regresso parziale nell'ipotesi in cui il creditore non partecipi al fallimento<sup>198</sup>.

La soluzione va, invero, ricercata in una fase successiva alla formazione dello stato passivo, in quanto quest'ultima sarebbe inidonea a stabilire se il credito di regresso possa o meno concorrere: prima del riparto finale, la situazione può evolversi nel senso di escludere definitivamente il credito di regresso, o, all'opposto, di consentire la partecipazione al ricavato del coobbligato, fino a quel momento esclusa. Il creditore principale può rinunciare alla propria domanda, o può ricevere pagamenti parziali che sommati tra loro producano il soddisfacimento integrale, con ciò acquistando il diritto di regresso l'attitudine ad essere collocato sul ricavato. Il credito di regresso parziale, cioè, va ammesso al passivo *tout court* senza condizioni, ma la sua domanda di collocazione sul ricavato (implicita nell'insinuazione al passivo) andrà accolta subordinatamente alla mancata collocazione del creditore, quale che ne sia la causa.

---

<sup>197</sup> CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*. Tomo secondo - *Profili Generali*, VI ed., Padova, 2008, pp. 255 e ss.

<sup>198</sup> Cfr. *supra* in questo Capitolo § 11.

A conclusione di questa lunga disamina, pare interessante dare rilievo ad una prassi invalsa soprattutto tra le aziende di credito, ovvero quella di ridurre la pretesa per importi corrispondenti a quelli ricevuti dai coobbligati del fallito in corso di fallimento, nonostante il dettato dell'art. 61.

Ci si deve chiedere quale sia la sorte del regresso parziale in queste ipotesi, visto che sinora si è indagato il rapporto tra collocabilità sul ricavato del regresso parziale e contemporanea collocabilità del credito principale per l'intero importo originario. Se, dunque, nonostante il disposto di cui all'articolo testé menzionato, il creditore parzialmente soddisfatto riduce la propria pretesa, una *contemporanea collocazione sul ricavato* della pretesa del *solvens* agente in regresso parziale non può essere negata: l'importo di cui il fallito risponde è pari, se non addirittura inferiore<sup>199</sup>, a quello per il quale l'obbligazione dovrebbe gravare su di lui secondo il disposto dell'art. 61 co. 1. A ciò dunque non potranno opporsi né il curatore, né gli altri creditori concorrenti, né da ultimo il creditore solidale. Unica possibilità per quest'ultimo sarà tentare la via dell'assegnazione della quota di riparto che spetterebbe al *solvens*, invocando l'applicazione analogica dell'art. 62 co. 3 l.fall. Invero, riteniamo di escludere tale possibilità, essendo essa prospettata per una fattispecie totalmente differente (creditore parzialmente soddisfatto *prima* della dichiarazione di fallimento), e di invocare semmai l'operatività dell'art. 511 C.p.c. (domanda di sostituzione), trattandosi nell'ipotesi di "creditore di un creditore avente diritto alla distribuzione"<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> Sarà pari nell'ipotesi di solidarietà fideiussoria, in quanto il fideiussore ha regresso per tutto quanto pagato; inferiore nella solidarietà ad interesse comune, stante l'ammontare del regresso alla sola eccedenza rispetto alla quota interna a carico.

<sup>200</sup> Se A e B sono obbligati solidalmente nei confronti di C, A fallisce e B adempie parzialmente l'obbligazione maturando regresso parziale, C rimane creditore per l'importo residuo nei confronti di A e B, e B a sua volta diviene creditore per l'ammontare del regresso nei confronti di A. Quindi, realizzandosi l'ipotesi di cui al testo, C è creditore di un creditore (B) che ha diritto alla distribuzione.

#### 14. Rapporto tra inalterabilità dell'insinuazione e “divieto” di regresso parziale

Dopo aver esaminato i due commi che compongono l'art. 61 l.fall., è il momento di indagare il rapporto tra essi sussistente, per comprendere, da ultimo, quale sia l'interesse che il legislatore abbia preminentemente inteso tutelare confezionando siffatta disciplina.

Alla base vi è una vasta gamma di interessi ugualmente meritevoli di tutela. L'interesse della massa passiva del fallimento del coobbligato, e quindi della generalità dei creditori concorrenti ad un corretto funzionamento della regola della *par condicio*; l'interesse qualificato del creditore dell'obbligazione solidale a ricevere in sede fallimentare una tutela forte; l'interesse dei coobbligati del fallito al recupero della quota non gravante su di essi nei rapporti interni e quindi l'effettività del regresso, importante soprattutto per il fideiussore, privo di interesse proprio nell'obbligazione solidale<sup>201</sup>. Per comprendere quale sia l'interesse tutelato dalla norma, occorre verificare il rapporto tra il primo ed il secondo comma dell'art. 61.

Una dottrina isolata considera il divieto di regresso parziale di cui al secondo comma causa del fatto che il creditore si insinui per l'intero<sup>202</sup>. Il legislatore, in sostanza, si sarebbe trovato a non poter accordare l'azione di regresso ai coobbligati perché il rapporto esterno non si sarebbe estinto, in conseguenza di un adempimento solo parziale, perché il credito di regresso verso il fallito non sarebbe concorsuale (essendo sorto dopo la dichiarazione di fallimento), e per evitare che i coobbligati possano essere soddisfatti prima del creditore che garantiscono. Parimenti, il legislatore non avrebbe potuto far pesare le conseguenze dell'insolvenza di un debitore sul creditore, in spregio alla funzione assolta dalla solidarietà passiva<sup>203</sup>. Di qui, l'impossibilità per i coobbligati di agire in regresso e, di conseguenza, la necessità che il creditore s'insinui per l'intero. In altri termini, stante l'impossibilità di accordare una tutela diretta ai coobbligati, la l.fall. avrebbe inteso tutelare costoro almeno indirettamente, riducendo le pretese del creditore

---

<sup>201</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 358.

<sup>202</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, pp. 55 e ss.

<sup>203</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 56.

nei loro confronti, con l'accordare a costui la più ampia soddisfazione possibile in sede fallimentare<sup>204</sup>.

Pur condividendo l'idea che la disciplina in esame si risolva da ultimo in una tutela indiretta dei coobbligati del fallito, che, come ormai più volte affermato, rimangono meno esposti e comunque per minore ammontare al pericolo di ulteriori escussioni, proprio in virtù di una partecipazione del creditore per l'intero, non appare condivisibile la *ratio* del suddetto rapporto di causa ad effetto. A nostro avviso, la presunta non concorsualità del credito di regresso non può valere a sua giustificazione: il regresso del coobbligato fallito non può essere ritenuto estraneo al concorso, non foss'altro che per esplicita sua ammissione ad opera del legislatore. Ciò detto, in ogni caso, comunque, il divieto di regresso non sarebbe di per sé idoneo a giustificare una sottrazione del creditore solidale alla eccezione di pagamento parziale, come invece gli consente l'art. 61 primo comma. Pure le considerazioni fatte sopra con riguardo alla surrogazione parziale ci permettono di affermare come il divieto di rivalsa parziale non derivi dalla natura non concorsuale dei crediti relativi, bensì dall'insensibilità dell'obbligazione solidale alle riduzioni determinate dai pagamenti parziali intervenuti durante il fallimento<sup>205</sup>.

Appare, quindi, condivisibile l'opinione di chi ritenga il divieto di regresso parziale contro il coobbligato fallito determinato dall'attribuzione al creditore comune del diritto di mantenersi insinuato al passivo per l'intero sino al totale pagamento<sup>206</sup>. Attraverso il mantenimento dell'originaria insinuazione, il legislatore ha scelto di attuare una tutela rafforzata del creditore, di fronte all'insolvenza di uno o più dei suoi condebitori. Ciò che si è inteso evitare è stato l'aumento ingiustificato del passivo fallimentare, che si sarebbe avuto se si fosse consentito il regresso parziale a fronte di un'insinuazione del creditore per l'intero. Di fronte, allora, alle esigenze di tutela del creditore, si è scelto di sottrarre costui all'eccezione di pagamento parziale (che in sede ordinaria potrebbe essere sollevata contro di lui dal debitore e dagli altri creditori concorrenti, stante l'art. 1292 c.c. per cui "l'adempimento di uno libera gli altri"), nonché di impedire l'esercizio del regresso parziale del coobbligato in concorso con il creditore.

---

<sup>204</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 55.

<sup>205</sup> Si veda *supra* in questo Capitolo § 7.

<sup>206</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, pp. 499 e ss.; BONFATTI, *op. cit.*, pp. 127-131 e pp. 214 e ss.

Invero, il divieto di regresso parziale (ad eccezione delle ipotesi di cui sopra<sup>207</sup>) si sarebbe potuto evitare solo limitando il credito originario insinuato alla parte non riscossa e prevedendo il subingresso del creditore nella quota di spettanza del *solvens* agente in regresso, realizzando cioè un sistema di tutela analogo a quello previsto dall'art. 62, per l'ipotesi di pagamenti parziali eseguiti anteriormente la dichiarazione di fallimento<sup>208</sup>. Il legislatore ha però operato per un'altra via. Ed in effetti, in virtù del diverso meccanismo di cui all'art. 61 l.fall., il creditore riceve un trattamento più favorevole di quello che avrebbe conseguito se la disciplina fosse stata analoga all'art. 62. Tutelare il creditore ammesso per il residuo consentendogli l'appropriazione del diritto di regresso del coobbligato solvente è solo *apparentemente* equivalente (in termini descrittivi e approssimativi) al concedergli l'insensibilità del credito solidale alle riduzioni prodotte dai pagamenti parziali<sup>209</sup>. L'importo ottenuto dalla somma del regresso con il residuo sarebbe pari all'importo originario del credito nel solo caso di obbligazione solidale fideiussoria, e non già nel caso di obbligazione solidale ad interesse comune<sup>210</sup>. A detta di alcuni, poi, sulle quote di riparto idealmente spettanti al *solvens* si aprirebbe il concorso degli altri suoi creditori, non essendo giustificata per costoro, un'attribuzione esclusiva della quota al creditore solidale<sup>211</sup>. Per converso, il creditore sarà particolarmente tutelato dall'art. 61 l.fall. in ipotesi in cui il *solvens* non sia ulteriormente tenuto ad alcunché (coobbligato per importo limitato) o sia a sua volta insolvente e quindi non più in grado di rispondere ulteriormente per il debito solidale: il creditore nulla potrà sperare oltre la massima soddisfazione che potrà ottenere dal fallimento.

---

<sup>207</sup> Cfr. *supra* in questo Capitolo § 9.

<sup>208</sup> In ipotesi del genere, cioè consentendo al creditore d'insinuarsi per il residuo e al condebitore di rivalersi per la parte pagata, non si avrebbe duplicazione del passivo, anzi, nelle obbligazioni ad interesse comune, il passivo complessivo si ridurrebbe, potendo il *solvens* esercitare la rivalsa solo per la parte eccedente la propria quota di spettante e per la parte di cui il fallimento è tenuto a rispondere.

<sup>209</sup> Ciò risulta massimamente evidente nel caso in cui il pagamento effettuato dal coobbligato non abbia originato in suo favore alcun diritto di regresso nei confronti del fallito e quindi un adempimento inferiore alla quota spettante secondo i rapporti interni. La somma tra i due crediti (regresso e residuo) si ridurrebbe in realtà all'ammontare del residuo.

<sup>210</sup> La somma tra credito di residuo e credito di regresso è sempre inferiore all'importo del credito originario, stante la divisione in quote nei rapporti interni.

<sup>211</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 402 nota 151. Sul punto, e per le opinioni contrarie alle quali riteniamo di aderire, si veda *infra* Capitolo 3 § 7.

Se dunque il creditore solidale risulta specialmente tutelato dall'art. 61, altrettanto non può dirsi per il condebitore. Costui riceverà invero tutela solo in determinate ipotesi.

Nessun vantaggio riceve il coobbligato fideiussore, soprattutto se obbligato o comunque tenuto per un importo limitato: l'applicazione dell'art. 61 anziché della disciplina ordinaria lo priva della possibilità di surroga parziale *ex art. 1205 c.c.* e lo limita fortemente nell'agire direttamente contro il debitore fallito<sup>212</sup>.

Vantaggio riceve, invece, il coobbligato ad interesse comune nel caso in cui la percentuale distribuita in sede di riparto fallimentare non avrebbe raggiunto l'importo del debito a carico del fallito, se il creditore avesse dovuto ridurre la propria pretesa dei pagamenti ricevuti durante il fallimento. Nessun vantaggio, invece, nell'ipotesi opposta, nel caso cioè in cui l'attivo fallimentare fosse stato tale che il creditore avrebbe comunque percepito un importo non inferiore alla quota a carico del fallito, pur essendo collocato solo per il residuo<sup>213</sup>.

Bisogna, però, tenere a mente il realizzarsi, in ogni caso, per i condebitori del vantaggio indiretto della minore esposizione e per minore ammontare ad ulteriori escussioni da parte del creditore non pienamente soddisfatto.

---

<sup>212</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 217 e ss.

<sup>213</sup> BONFATTI, *op. loc. cit.*

## Capitolo 3

# Obbligazione solidale e diritto di regresso per pagamenti eseguiti anteriormente al fallimento

### 1. Concorso del creditore

“Il creditore che, prima della dichiarazione di fallimento, ha ricevuto da un coobbligato in solido col fallito o da un fideiussore una parte del proprio credito, ha diritto di concorrere nel fallimento per la parte non riscossa” (art. 62 co. 1 l.fall.). L’articolo in parola disciplina la situazione in cui il creditore di più obbligati solidali, uno o più dei quali siano stati dichiarati falliti, abbia ricevuto dei pagamenti parziali prima della sentenza (o delle sentenze) dichiarative di fallimento.

La regola enunciata dalla legge fallimentare altro non è se non un’applicazione della regola di diritto comune di cui all’art. 1292 c.c.<sup>1</sup>: il pagamento effettuato da uno dei coobbligati libera totalmente o parzialmente gli altri, cosicché il fallito, in qualità di condebitore, non può essere chiamato a rispondere se non per l’importo residuo del credito. “Il creditore avendo avuto il credito originario ridotto nei confronti di tutti i coobbligati, non può pretendere dal fallimento che il residuo, come nulla di più poteva pretendere fuori del fallimento”<sup>2</sup>. Tale principio, poi, è strettamente collegato alle esigenze ed alla logica della procedura fallimentare, ed in particolare alla cristallizzazione della massa passiva alla data della sentenza dichiarativa di fallimento (artt. 52 co. 1 e 55 l.fall.). Dovendo far riferimento al credito esistente alla data del fallimento del soggetto nel quale il creditore esercita la sua azione a mezzo di insinuazione al passivo, è evidente che nel caso in cui a fallire siano più condebitori ed in momenti successivi uno all’altro, l’importo insinuabile in ciascun fallimento sarà diverso nel *quantum*, in relazione al

---

<sup>1</sup> INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori. Art.51-63*, cit., p. 251: definisce il principio di cui all’art. 62 co. 1 come pleonastico.

<sup>2</sup> App. Brescia 20 marzo 1961, in *Foro it.*, 1961, I, 858.

diverso decorso degli interessi ed in conseguenza di eventuali adempimenti parziali eseguiti in favore del creditore tra l'una e l'altra procedura. Peraltro, la provenienza di tali pagamenti parziali è del tutto irrilevante: potrà trattarsi di pagamenti volontari o coatti, avvenuti con moneta fallimentare, quali percentuali di un precedente fallimento, o di pagamenti avvenuti con moneta buona, provenienti da altri coobbligati o effettuati dallo stesso fallito prima del fallimento<sup>3</sup>. In quest'ultimo caso, però, sono salve le possibilità di revocatoria<sup>4</sup>. La limitazione dell'insinuazione alla parte non riscossa ricorre però soltanto quando il pagamento parziale sia avvenuto anteriormente al fallimento. La giurisprudenza ha sostenuto che il creditore non possa insinuarsi al passivo nemmeno per quanto ricevuto il giorno della dichiarazione di fallimento, stante il disposto dell'art. 16 l.fall., con riguardo al momento in cui si producono gli effetti della sentenza di fallimento<sup>5</sup>. Ai nostri fini, dunque, il pagamento avvenuto il giorno della dichiarazione di fallimento è da considerarsi pagamento anteriore al fallimento, cosicché il creditore potrà insinuarsi solo per il residuo esistente a quella data.

---

<sup>3</sup> *Commentario breve alla legge fallimentare e alle leggi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, a cura di MAFFEI ALBERTI, cit., sub art. 62, p. 300; *Codice commentato del fallimento. Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria* diretto da LO CASCIO, cit., p. 491.

<sup>4</sup> Art. 67 l.fall.

<sup>5</sup> Trib. Verona 19 marzo 1991, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Fallimento* [2880], n. 468: L'art. 62 l.fall. va interpretato nel senso che il creditore non può insinuarsi nel passivo fallimentare neppure per le somme versategli dal condebitore o dal fideiussore il giorno della dichiarazione di fallimento, e non soltanto per quelle anteriormente riscosse; ne consegue che, ove il fideiussore abbia costituito un pegno irregolare a garanzia del credito concesso da una banca ad un terzo, e questo venga dichiarato fallito, il verificarsi, il giorno della sentenza dichiarativa, dell'effetto compensativo di cui all'art. 1851 c.c., comporta che il creditore non può insinuarsi nel passivo per le somme ricevute in pegno irregolare, da ritenersi riscosse il giorno della dichiarazione di fallimento; Trib. Napoli 21 gennaio 2003 in *Dir. Fall.*, 2003, II, 268: l'inefficacia di un pagamento (nel caso, rilascio di un assegno bancario) fatto nello stesso giorno della dichiarazione di fallimento, non comporta l'applicazione dell'art. 44 l.fall., perché gli effetti del fallimento decorrono dalla pubblicazione della sentenza dichiarativa. Si disporrà quindi la revoca del pagamento ex art. 67 l.fall. e la restituzione delle somme con gli interessi legali quando il creditore fosse a conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore. La sentenza, dunque, dimostra come i pagamenti intervenuti il giorno della sentenza dichiarativa di fallimento, in considerazione dell'art. 16 co. 2 l.fall., sono da considerare anteriori al fallimento, e quindi passibili di revocatoria e, per quanto a noi interessa, soggetti al regime di cui all'art. 62 l.fall.

## 2. Il diritto di regresso del coobbligato

I poteri del condebitore solvente per l'esercizio del regresso sono speculari a quelli del creditore principale: se costui è stato soddisfatto integralmente prima della procedura, non potrà partecipare al fallimento, essendo il suo credito estinto, ed il condebitore solvente potrà far valere il regresso nei confronti del fallito secondo le norme di diritto comune. Se, invece, il creditore sia stato solo parzialmente soddisfatto, costui avrà diritto di concorrere nel fallimento per il residuo non riscosso ed il condebitore di agire in regresso "per la somma pagata".

*Nulla quaestio* con riguardo alla disciplina comune per il coobbligato che ha pagato l'intero debito o che ha pagato solo una parte di debito ove prima del fallimento il creditore risultasse comunque soddisfatto. L'art. 1292 c.c. testualmente dispone che l'adempimento di uno libera gli altri e l'art. 1299 c.c. *expressis verbis* consente il regresso al "debitore in solido che ha pagato l'intero debito".

Il problema sorge quando il creditore sia ancora parzialmente insoddisfatto alla data della sentenza dichiarativa di fallimento e ciò in relazione a determinate fattispecie. Stando all'interpretazione maggiormente accreditata degli articoli 1949 e 1950 c.c., il "fideiussore che ha pagato il debito" potrebbe esercitare il regresso senza che ciò sia subordinato alla preventiva soddisfazione integrale del creditore garantito. Di conseguenza, il fideiussore (o un soggetto a lui assimilabile per aver contratto l'obbligazione solidale nell'interesse esclusivo del fallito), che abbia effettuato pagamenti parziali<sup>6</sup>, potrebbe esercitare il diritto di regresso anche nell'ipotesi di assoggettamento del debitore principale a fallimento.

---

<sup>6</sup> BONFATTI, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, cit., p. 21, nota 4. Va assimilata alla condizione del fideiussore la situazione di chi ha contratto un'obbligazione solidale congiuntamente al fallito, ma nell'interesse esclusivo di costui. Ai sensi dell'art. 1298 co. 1 c.c., l'obbligazione solidale non si "divide" tra i diversi condebitori, poiché contratta nell'interesse esclusivo di uno di essi: in caso di escussione, il coobbligato senza interesse può esercitare il regresso per l'intera somma pagata. L'assunzione di un'obbligazione solidale da parte di più soggetti, dei quali solo alcuni hanno un interesse diretto a contrarre il debito, assolve generalmente una funzione di garanzia, ovvero una funzione analoga a quella di solidarietà fideiussoria. In altri termini, si vuole ottenere un rafforzamento della posizione del creditore, analogo a quello che si conseguirebbe se il soggetto non interessato prestasse formalmente una garanzia a favore di un altro soggetto; RUBINO, *Delle obbligazioni (obbligazioni alternative- obbligazioni in solido-obbligazioni divisibili e indivisibili)*, cit., sub art. 1298, p. 190 nota 1: l'espressione utilizzata dal legislatore,

Diversamente, invece, accade per il coobbligato ad interesse comune, laddove il tenore letterale dell'art. 1299 c.c. pare suggerire che il regresso contro i coobbligati possa essere esercitato solo dal debitore che "ha pagato l'intero debito".

La Cassazione però da molto tempo pare essere orientata altrimenti, condizionando l'esercizio del regresso alla circostanza che il pagamento del *solvens*, seppur parziale, abbia ecceduto la quota di debito a carico di costui secondo i rapporti interni, previa dimostrazione che la prestazione eseguita sia davvero superiore a tale quota<sup>7</sup>. Ciò si spiega alla luce di un depauperamento del patrimonio del *solvens*, comunque avvenuto, cui corrisponde un indebito arricchimento dei condebitori.

---

ovvero "contratta nell'interesse esclusivo di alcuno di essi" (corsivo aggiunto) fa ritenere che l'obbligazione del debitore che non ha un interesse proprio alla sua assunzione possa verificarsi solo nelle obbligazioni derivanti da negozio giuridico, e quindi in conformità ad apposita volontà dei condebitori. Al contrario, nelle obbligazioni solidali derivanti da altri fatti leciti o da atti illeciti, il fatto che estende il vincolo ad ogni singolo condebitore determina un effettivo interesse, una effettiva partecipazione di costui anche nei rapporti interni. Altre fattispecie di solidarietà passiva, che possono dar luogo all'esercizio di un regresso integrale da parte di taluni dei coobbligati (che non hanno interesse proprio all'assunzione dell'obbligazione), sono previste in materia fiscale, laddove la qualità di soggetto passivo d'imposta è attribuita a più coobbligati, benché il presupposto d'imposta riguardi uno solo. Quest'ultimo pertanto è soggetto al regresso degli altri obbligati in solido per l'intera somma da essi corrisposta all'Ente impositore (creditore garantito). All'imposta doganale, ad esempio, sono solidalmente obbligati il proprietario della merce e tutti coloro per conto dei quali essa è stata importata o esportata (FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, III ed. riveduta, Padova, 2009, pp. 595 e ss.). Lo spedizioniere è ammesso al regresso integrale contro l'importatore per il pagamento di tale imposta.

<sup>7</sup> Cass., 19 gennaio 1984 n. 459 in *Giust. civ.*, 1984, I, 1812: l'azione di regresso, ai sensi dell'art. 1299, 1 comma, c.c., spetta al debitore che ha pagato l'intero debito od anche una parte di esso, purché superiore alla sua quota interna e soltanto per l'eccedenza; Cass., 29 gennaio 1998 n. 884 in *Mass. Giur. it.*, 1998: il condebitore solidale, sia *ex contractu*, sia *ex delicto*, che paga al creditore una somma maggiore rispetto alla parte incumbentegli, ha diritto di regresso anche se non ha corrisposto l'intero, perché la *ratio* della norme è il depauperamento del suo patrimonio oltre il dovuto e il corrispondente indebito arricchimento dei condebitori; Cass., 7 dicembre 1998 n. 12366 in *Mass. Giur. it.*, 1998: in tema di obbligazioni, la presunzione di solidarietà dettata con riferimento ai rapporti esterni tra creditore e pluralità di debitori non si estende ai rapporti interni tra condebitori solidali, spiegando, per converso, efficacia, tra questi ultimi, l'opposto principio della parzialità dell'obbligazione, con la conseguenza che, nell'ipotesi di pagamento parziale del debito solidale, al condebitore adempiente spetta l'azione di regresso nei confronti degli altri condebitori soltanto se la somma da lui pagata ecceda la quota di sua spettanza, e soltanto nei limiti di tale

La dottrina, dal canto suo, propende per l'ammettere il regresso parziale, ma si divide tra coloro che condizionano tale esercizio ad un adempimento superiore alla quota di debito a carico<sup>8</sup>, e coloro che all'opposto ritengono tale presupposto irrilevante<sup>9</sup>.

A fugare ogni incertezza provvede in campo fallimentare il secondo comma del citato art. 62 ai sensi del quale "il coobbligato che ha diritto di regresso verso il fallito ha diritto di concorrere nel fallimento di questo per la somma pagata". Una volta riconosciuto al creditore il diritto di insinuare soltanto la parte residua di credito, decurtata dei pagamenti ricevuti anteriormente al fallimento, il legislatore non poteva non riconoscere contestualmente il regresso parziale del *solvens*, da esercitare nelle

---

eccedenza, previa concreta dimostrazione, in sede giudiziaria, che la prestazione da lui eseguita risulti effettivamente superiore alla sua quota.

In senso critico si veda COSTANZA, *Pagamento parziale di obbligazione solidale e azione di regresso*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1814 e 1815: l'A. ha ritenuto opportuno riconoscere l'azione di regresso al *solvens* anche quando il pagamento da lui effettuato sia pari o inferiore alla sua quota interna, alla luce del fatto che pure in quest'ipotesi egli ha soddisfatto un interesse comune a tutti i consorti, procurando loro un vantaggio. L'azione di regresso servirebbe anche in quest'ipotesi a svolgere la funzione di consentire la redistribuzione del peso dell'adempimento supportato da uno dei coobbligati. Per l'A. infatti il rapporto obbligatorio soggettivamente complesso è caratterizzato dalla presenza di un interesse comune di tutti i soggetti passivi alla assunzione del debito, la cui divisione in quote interne non produce propriamente una ripartizione in singole obbligazioni *pro quota*, ma sta a significare solamente l'incidenza del debito comune su ciascuno dei membri dell'entità soggettiva, cui fa capo il rapporto obbligatorio.

<sup>8</sup> RUBINO, *op. cit.*, sub art. 1299, p. 202: se il condebitore paga parte del debito inferiore alla sua quota interna non ha regresso, mancandone il fondamento, in quanto un tale pagamento non ha prodotto ancora un effettivo vantaggio agli altri consorti nei rapporti interni, perché la quota pagata è solo quella che in questi rapporti gravava sul primo debitore. Il vantaggio, in quest'ipotesi, si verifica solo nei rapporti esterni, in quanto essi rimangono liberati dell'obbligazione verso il creditore nei limiti della parte pagata. Il regresso concerne i rapporti interni e va pertanto concesso quando tali rapporti interni vengano ad emergere. Se si accordasse il regresso anche in ipotesi di pagamenti inferiori alla propria quota, poi, si creerebbero inutili duplicati e complicazioni di azioni. BIANCA, *Diritto civile, cit.*, p. 721: l'A. precisa che l'eccedenza pagata va suddivisa in ragione della quota del fallito, se il rimborso è dovuto da più condebitori. Questa stessa dottrina, poi, tempera le proprie conclusioni affermando che l'azione di regresso, pur in principio esercitabile anche per pagamenti parziali, non possa essere esercitata in concreto se da ciò possa derivare serio pregiudizio per le ragioni del creditore.

<sup>9</sup> COSTANZA, *op. loc. cit.*

forme di cui agli articoli 93 e seguenti l.fall.<sup>10</sup>. Che tale potere gli sia concesso in conseguenza di adempimenti parziali<sup>11</sup> risulta dalla collocazione nella norma che disciplina il caso del “creditore di più coobbligati solidali *parzialmente* (corsivo nostro) soddisfatto” (rubrica art. 62 l.fall.), ovvero del “creditore che prima della dichiarazione di fallimento ha ricevuto da un coobbligato in solido con il fallito o da un fideiussore una *parte del proprio credito* (corsivo nostro)” (art. 62 co. 1 l.fall.), nonché dal comma terzo dello stesso art. che prevede l’ipotesi di un coobbligato che s’insinua al passivo quando ancora il creditore non ha conseguito quanto gli spetta.

Pure l’art. 61, invero, soccorre a proposito: il suo secondo comma vieta il regresso al condebitore che abbia parzialmente adempiuto *dopo* la dichiarazione di fallimento. Se il tenore letterale dell’art. 62 co. 2 fa ritenere che la norma riguardi ogni possibile ipotesi di pagamento, e non solo quelli parziali, poco importa: ciò che conta è che il diritto di regresso possa essere esercitato *anche* nell’ipotesi di pagamento parziale, senza che la

---

<sup>10</sup> Secondo alcuni, ciò rappresenterebbe una deroga alla disciplina comune. Così, INZITARI, *op. cit.*, pp. 251 e ss.; VACCARELLA, *La solidarietà passiva nel fallimento*, cit., p. 52; DEMARCHI, *Fallimento e altre procedure concorsuali. Normativa e giurisprudenza ragionata*, cit., p. 306; PISANI MASSAMORMILE, *Il “regresso” del fideiussore nel fallimento del debitore principale*, cit., p. 380 e 399: l’A. considera l’attribuzione del regresso al coobbligato che paga solo parzialmente in contraddizione con la funzione stessa dell’obbligazione passiva solidale per due ordini di motivi: il primo, in quanto comporterebbe un depauperamento del patrimonio del condebitore escusso in regresso; il secondo, perché rischierebbe di compromettere in concreto l’esercizio della facoltà di scelta attribuita al creditore, che si troverebbe a concorrere nell’escussione del patrimonio del condebitore insieme al *solvens*. Il creditore quindi si vedrebbe frustrato nella possibilità di ottenere l’integrale pagamento dal condebitore – volontà peraltro legittima del creditore poiché munito dello *jus electionis* – magari proprio a causa dei versamenti che tale coobbligato dovrebbe effettuare anche in favore del condebitore solvente agente in regresso. L’art. 62 ha quindi carattere eccezionale, in quanto in mancanza di un intervento del legislatore, al coobbligato non si sarebbe dovuta riconoscere la possibilità di esercitare il diritto di regresso, avendo pagato solo in parte. L’A. giustifica un tale assetto nel fallimento in quanto un suo differimento al momento della integrale soddisfazione, in ragione delle circostanze, potrebbe comportare la probabile, definitiva perdita del regresso. E ciò sarebbe intollerabile soprattutto nel caso di fallimento di tutti i coobbligati. Sul punto si veda nel testo *infra*.

<sup>11</sup> Ci si permette di fare rimando alla nozione di adempimento integrale e parziale già accolta, *supra* Capitolo 2 § 4, laddove per “pagamento integrale” si è inteso non solo quello del *solvens* che da *solo* abbia soddisfatto il creditore, ma anche quel pagamento che *con altri contribuisca* ad estinguere il credito comune; “pagamento parziale”, invece, quello che non produce, né contribuisce a produrre l’estinzione del credito.

mancata soddisfazione integrale possa essere d'ostacolo<sup>12</sup>. Se l'interpretazione letterale dell'art. 1299 c.c. che voglia ammettere il regresso solo in ipotesi di adempimento integrale, mira esclusivamente a proteggere il creditore comune, analoga disciplina in seno al fallimento non avrebbe sortito lo stesso effetto: l'eventuale divieto di esercizio del diritto di regresso nel fallimento avrebbe favorito genericamente tutti i creditori del fallito, e non solo il creditore dell'obbligazione solidale. Nella permanente esigenza di tutelare in maniera speciale il creditore comune, il legislatore si è trovato di fronte ad una scelta: attribuirgli il diritto di partecipare al concorso – nonostante gli adempimenti ricevuti – per l'importo originario del credito, oppure ammettere il coobbligato solvente a concorrere nel fallimento e concedere al creditore la possibilità di succedere nella quota di riparto di costui. Optando per questa seconda alternativa, il risultato è stata la complessa serie di disposizioni strettamente legate tra loro di cui all'art. 62, sicché il creditore s'insinua per la parte non riscossa del suo credito (art. 62 co. 1 l.fall.), il coobbligato per la "somma pagata" (art. 62 co. 2 l.fall.), salvo il diritto del creditore di "farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato fino a concorrenza di quanto ancora dovutogli", e rimanendo poi "impregiudicato il diritto verso il coobbligato se il creditore rimane parzialmente insoddisfatto" (art. 62 co. 3 l.fall.).

Il rapporto esterno ed i rapporti interni risultano così adeguati uno agli altri. Un tale assetto ci permette di avvalorare quanto già precedentemente affermato con riguardo all'interesse preminentemente garantito dall'art. 61 l.fall. ed in generale dalla disciplina tutta sulle obbligazioni solidali dal lato passivo nel fallimento<sup>13</sup>: il legislatore ha inteso tutelare in maniera speciale il creditore comune ed il suo interesse alla soddisfazione integrale, concedendogli a tal fine ogni strumento ed ogni azione utili perché ciò verosimilmente possa accadere anche nell'ipotesi in cui un suo debitore, manifestamente insolvente, sia fallito.

Nessun obiettivo di *tutela diretta* è, invece, rinvenibile con riguardo ai condebitori. Infatti, costoro risultavano paradossalmente ed *indirettamente* tutelati quando – a fronte di un diritto del creditore a partecipare alla procedura concorsuale per l'intero ammontare esistente alla data del fallimento, nonostante pagamenti parziali pervenutegli in costanza di procedura – si toglieva loro la possibilità di agire in regresso. Ora, ancor

---

<sup>12</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 52; BONFATTI, *op. cit.*, p. 28.

<sup>13</sup> Si veda *supra* Capitolo 2 § 14.

più paradossalmente, i condebitori, pur potendo agire direttamente ed esercitare scervi da vincoli il loro diritto di regresso, non solo non possono dirsi nemmeno indirettamente tutelati, ma forse da un tale assetto risultano addirittura pregiudicati.

Un semplice esempio mostrerà quanto detto: A e B sono condebitori per quote virili nell'obbligazione solidale di 100. A fallisce. Se B paga al creditore C la somma di 70 nelle more della procedura fallimentare, C insinuatosi al fallimento per 100 continuerà a partecipare per quella somma. Se l'attivo ammonta al 40% del passivo, C percepirà dal fallimento 40, di cui 10 andranno a B, che avrà perciò pagato 60 (art. 61 l.fall.). Maggiore è l'importo della partecipazione del creditore al fallimento e maggiore è la soddisfazione del creditore dalla procedura, minore è il rischio per i coobbligati *in bonis* di essere nuovamente escussi e minore è l'ammontare della loro esposizione residua. Nell'esempio, infatti, B non solo non viene nuovamente escusso, ma ha pure il diritto a ripetere l'eccedenza di quanto indebitamente percepito dal creditore. Si consideri ora ciò che accade se B paga la stessa somma di 70 prima del fallimento di A: a C sarà concesso d'insinuarsi per 30, ricevendo 12, B s'insinuerà per 20<sup>14</sup>, ricevendo 8 che però C si farà assegnare *ex art. 62 co. 3*. In totale quindi C percepirà 90 (70+12+8), e rimanendo ancora esposto per 10, avvanzerà tali ulteriori pretese nei confronti di B, il quale in totale avrà sborsato 80. In un solo caso ciò non avverrà e "l'antitesi fra creditore parzialmente soddisfatto prima e dopo il fallimento" verrà a scomparire: quello in cui il coobbligato pagante sia un fideiussore. Costui infatti potrà esercitare, senza dubbio, regresso per l'intera somma pagata (nell'esempio 70). Nel fallimento di A, anche se a mezzo di soggetti diversi, si verrà ad insinuare una somma complessiva di 100 (B insinua 70, C insinua 30), pari cioè all'ammontare originario del credito comune. Seppur quindi a mezzo di subingresso nella quota del condebitore – e non già direttamente – al creditore sarà data la possibilità di percepire per l'intero credito. Meccanismo come detto non certo concepito in *favor debitoris*, ma non per questo privo di logica: a sopportare l'onere dell'insolvenza del fallito non saranno i creditori concorrenti, ma i coobbligati<sup>15</sup>, i quali, ammessi a concorrere direttamente nel fallimento, risultano per ciò stesso soggetti alle

---

<sup>14</sup> Avvertenza: nell'esempio si considera ammesso il regresso per la sola eccedenza rispetto alla propria quota interna a carico. Considerazioni più puntuali saranno svolte con riguardo all'ammontare del regresso esercitabile *ex art. 62 co. 2, v. infra* in questo Capitolo § 4.

<sup>15</sup> COSTANZA, *Il fideiussore e i suoi diritti di surroga e regresso verso il debitore principale fallito*, nota a Trib. Taranto, 9 giugno 2006, *Il fallimento*, 2006, 12, 1414.

regole del concorso, prima tra tutte la soddisfazione per contributo. Venendo meno la possibilità di far pagare al fallimento una somma la più vicina possibile al debito gravante nei rapporti interni sul fallito, i coobbligati resteranno maggiormente esposti alle residue pretese del creditore<sup>16</sup>. Un tale assetto, come parte della dottrina ha avuto a rilevare, si spiega, nell'ipotesi in cui siano falliti *tutti* i coobbligati, pure nell'interesse dei creditori concorrenti di ogni fallimento<sup>17</sup>. Con il fallimento di tutti i condebitori è, infatti, divenuta quanto mai improbabile la soddisfazione integrale del creditore solidale ed è soprattutto impensabile che a ciò possa provvedere un solo condebitore. I creditori concorrenti nel fallimento del *solvens*, già ovviamente colpiti da questo fatto, non possono essere privati della possibilità di ripetere quanto eventualmente pagato dal debitore oltre la quota interna. In questo caso, dunque, l'interesse della massa dei creditori concorrenti vale ad equilibrare il normale *favor creditoris* della solidarietà. La legge, in altri termini, ha inteso assicurare, al fine di tutelare in modo uguale tutte le masse, gli strumenti atti a ristabilire la originaria parità tra le quote interne dei coobbligati. Con ciò evitando, comunque, di procurare un danno concreto al creditore il quale, in virtù del meccanismo previsto dal terzo comma dell'art. 62, potrà valersi a proprio vantaggio<sup>18</sup> dell'ammissione al passivo del diritto di regresso del coobbligato<sup>19</sup>.

Merita ora sottolineare come la ragione della diversa disciplina, a seconda che il coobbligato solidale abbia parzialmente pagato il creditore anteriormente o successivamente la dichiarazione di fallimento, vada ricercata nei poteri concessi al creditore principale. Nuovamente, quindi, siamo ad affermare come il rapporto tra poteri del creditore principale e poteri del condebitore solvente sia da intendersi in termini di causa ad effetto<sup>20</sup>: laddove il creditore si sia insinuato per l'intero credito al passivo del fallimento, il concorrente regresso esercitato dal condebitore che ha parzialmente adempiuto viene escluso, per non limitare ingiustificatamente il diritto alla soddisfazione per l'intero credito del creditore e per evitare una duplicazione del concorso per lo stesso

---

<sup>16</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 62.

<sup>17</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 399.

<sup>18</sup> Sul punto, invero, si rendono necessarie delle precisazioni con riguardo alla sussistenza o meno di una preferenza all'assegnazione in capo al creditore solidale, a detrimento delle ragioni dei creditori concorrenti nel fallimento del *solvens*. V. *infra* in questo Capitolo § 7.

<sup>19</sup> Quasi letteralmente PISANI MASSAMORMILE, *op. loc. cit.*

<sup>20</sup> Si veda *supra* Capitolo 2 § 14.

credito (art. 61 co. 1 e 2 l.fall.); mentre, nel caso in cui il creditore possa insinuarsi solo per la parte non riscossa, il concorrente regresso esercitato dal *solvens*, incidendo solo sulla parte non riscossa, viene pacificamente ammesso (art.62 co. 1 e co. 2 l.fall.)<sup>21</sup>.

In definitiva, quindi, se il principio di cui all'art. 61, che concede al creditore di concorrere nel fallimento per l'intero credito, equivale alla privazione del fallito delle facoltà di eccepire al creditore comune le intervenute riduzioni parziali del debito; l'art. 62, limitando il concorso del creditore solidale "per la parte non riscossa", dà già per prodotto l'effetto della *solutio* riduttivo del debito comune, ai sensi dell'art. 1292 c.c., per il quale "l'adempimento da parte di uno libera gli altri". Ciò spiega la prassi invalsa tra le aziende di credito di qualificare, nell'imminenza di un fallimento, i versamenti ricevuti non come pagamenti parziali, ma atti costitutivi di garanzia dell'adempimento dell'obbligazione solidale (nella specie pegno irregolare), nell'intento di evitare l'art. 62, ed agire nei confronti del coobbligato solidale assoggettato a fallimento secondo il regime più favorevole dell'art. 61. L'art. 1851 c.c. prevede la c.d. anticipazione impropria nella quale merci, titoli o depositi di denaro (elenco tassativo) sono costituiti in pegno irregolare, in quanto non specificatamente individuati o in quanto alla banca sia espressamente conferita la facoltà di disporne. Quale connotato essenziale si richiede, poi, la coincidenza tra il soggetto cui sono consegnati in garanzia i beni fungibili e quello che riveste la qualità di creditore. La proprietà dei beni costituiti in pegno passa alla banca che è tenuta, in caso di adempimento integrale del credito garantito, alla restituzione di cose della stessa specie, qualità e quantità di quelle consegnate; nel caso in cui il debitore rimanga inadempiente o solo parzialmente adempiente, la banca realizzerà il credito in via di compensazione (con l'obbligo di restituire l'eventuale eccedenza). È da ritenere che di una pratica siffatta, nell'imminenza di un fallimento, debbano essere ben consapevoli

---

<sup>21</sup> INZITARI, *op. cit.*, p. 254 che formula quest'esempio. Un coobbligato paga 80 successivamente alla dichiarazione di fallimento, nel quale il creditore si è insinuato per l'intero ammontare di 100. Ammettere il *solvens* a partecipare per la parte eccedente la sua quota – cioè 30 – vorrebbe dire onerare il fallimento della distribuzione di dividendi proporzionali ad un credito complessivo di 130, contro un credito reale di 100. Tale duplicazione non si verifica nel caso di adempimenti effettuati prima della dichiarazione di fallimento. Il creditore dopo aver riscosso 80, potrebbe insinuarsi solo per 20, mentre il coobbligato s'insinuerà per 30 e con ciò complessivamente il fallimento dovrà distribuire dividendi proporzionali ad un credito complessivo di 50, cioè una somma pari alla quota che ricade sul fallito secondo i rapporti interni tra coobbligati.

pure i coobbligati solventi, i quali accetteranno un simile assetto in presenza di una “contropartita”, spesso integrata dal riconoscimento a tali depositi così costituiti interessi attivi in misura pari a quella praticati come interessi passivi sul debito originario<sup>22</sup>.

A chiosa, pure in questa sede va osservato quanto diffusamente trattato con riguardo all’art. 61 l.fall., ovvero che se l’art. 62 comma secondo l.fall. fa riferimento al “diritto di regresso”, la norma può dirsi pacificamente applicabile anche nell’ipotesi di esercizio dell’azione di surrogazione<sup>23</sup>.

### **3. Coobbligato che ha diritto di regresso: condebitore e/o fideiussore?**

Il legislatore si riferisce esplicitamente al “coobbligato in solido col fallito” e al “fideiussore” solo nel primo comma dell’art. 62. Margini di incertezza quanto alla riferibilità alla solidarietà fideiussoria si profilano con riguardo ai due commi successivi. Per converso, l’abrogato codice di commercio, con maggiori puntualità e precisione, all’art. 790 comma secondo, affermava che “il *coobbligato* o il *fidejussore* del fallito che ha pagato in parte il debito solidale è compreso nella massa per tutto ciò che pagato a scarico del fallito. Tuttavia il creditore conserva il diritto di prelevare sino all’intero pagamento il dividendo che viene astrattamente assegnato al *coobbligato* o *fidejussore*, restringendo in tal caso le sue azioni verso lo stesso *coobbligato* o *fidejussore* a quella somma di cui rimanesse ancora creditore dopo riscossi i due dividendi (corsivo aggiunto)”.

Di fronte al richiamo nel secondo e terzo comma dell’art. 62 al solo “coobbligato”, la dottrina, dando pacificamente per implicito il riferimento pure al coobbligato fideiussore, ha convogliato l’attenzione su altre espressioni e ricompreso nel regresso “per la somma pagata” sia il diritto del coobbligato solidale secondo gli artt. 1298 e 1299 c.c., sia il diritto del fideiussore *ex* artt. 1949 e 1950 c.c.<sup>24</sup>. Considerazioni in merito, dunque, vengono svolte solo con riguardo al *quantum* di regresso esercitabile nei due casi. L’espressione utilizzata dal legislatore sembra condensare in modo generale ed

---

<sup>22</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 37 nota 24.

<sup>23</sup> Trib. Taranto 9 giugno 2006 in *Il fallimento*, 2006, 12, 1414.

<sup>24</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 53.

astratto quanto detto in modo evidentemente più prolisso dal vecchio codice di commercio<sup>25</sup>.

Pur non riconoscendosi valore precettivo alcuno ad un testo di legge ormai abrogato, è indubbio che esso esprimesse con maggiore puntualità quanto il legislatore attuale ha compendiato nell'espressione "coobbligato che ha diritto di regresso" (art. 62 co. 2 l.fall.). Anche volendo, poi, rintracciare giustificazioni ulteriori e più forti, basterebbe aver riguardo alle figure alle quali, in tema di solidarietà, il legislatore assicuri il diritto di regresso. Così facendo, nessun dubbio ulteriore può essere avanzato circa l'applicabilità di detto comma al coobbligato in garanzia, nonché al coobbligato ad interesse comune, stanti gli articoli 1950 e 1299 c.c., che rispettivamente attribuiscono loro detta azione.

Ciononostante, una certa dottrina si è espressa nel senso della inapplicabilità del terzo comma dell'art. 62 alla solidarietà fideiussoria<sup>26</sup>, il quale, ancora una volta, nel testo nomina il solo "coobbligato": così il creditore, parzialmente soddisfatto, potrebbe agire nei confronti del fideiussore solamente in via ordinaria, *al di fuori del fallimento*, per procurarsi l'adempimento ulteriore, e non già ottenere l'assegnazione dei dividendi che spetterebbero al fideiussore. Infatti, costoro ritengono che il fideiussore, che abbia parzialmente pagato divenga titolare di parte del diritto del creditore, possa esercitarlo autonomamente ed appropriarsi dei risultati di tale azione in via esclusiva. Oltre tale spiegazione teorica, reputano, poi, in un'ottica generale di *favor fideiussoris* – imposta dal codice civile e sopravanzante il *favor creditoris* in sede fallimentare – che occorra riconoscere un certo vantaggio al fideiussore: incassare qualcosa e pagare solo dopo aver incassato, se e quando il creditore lo chiederà, nei termini e nei modi di legge. Nel criticare una simile impostazione soccorrono l'art. 63 l.fall. e altre considerazioni di carattere teorico.

Come noto, l'art. 63 l.fall. espressamente prevede il caso del fideiussore (e del coobbligato) munito di garanzie reali su beni del fallito per il suo regresso. Costui, seppur ammesso al passivo, non ha titolo per soddisfarsi sul ricavato dalla liquidazione

---

<sup>25</sup> INZITARI, *op. cit.*, p. 253.

<sup>26</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 402 nota 151; COSTANZA, *Il fideiussore e i suoi diritti di surroga e regresso verso il debitore principale fallito*, *cit.*, p. 1418: il "privilegio" del creditore non può essere opposto al fideiussore, in quanto corollario dell'art. 1299 co. 2 c.c., regola che non appartiene, stante pure il disposto dell'art. 1950 c.c., alla solidarietà fideiussoria.

fallimentare, se prima il comune creditore non sia integralmente pagato (il creditore solidale ha diritto di vedersi assegnato quanto ritratto dalla vendita dei beni sui quali insiste il pegno o l'ipoteca *ex art. 63 co. 2 l.fall.*)<sup>27</sup>. *A fortiori*, quindi, non potrà avanzare pretese di appropriazione esclusiva il fideiussore il cui regresso sia al chirografo. Si tratta di un'ipotesi di postergazione relativa *ex lege*, ossia di un "privilegio negativo" in ragione del quale il diritto del creditore (fideiussore o coobbligato agente in regresso) al soddisfacimento della propria pretesa risulta posposto rispetto a quello di un altro creditore (creditore dell'obbligazione solidale). A detta di alcuni, il senso di questa speciale forma di postergazione, si spiega in ossequio al principio di cui all'art. 1299 c.c. nella sua formulazione letterale, serve cioè a far rientrare l'eccezione stabilita con l'art. 62 comma secondo, essendo il regresso così effettivamente esercitabile solo ove il creditore sia stato soddisfatto integralmente<sup>28</sup>. Non potendo condividere una tale spiegazione alla luce di una giurisprudenza ormai costante nell'ammettere un regresso parziale<sup>29</sup>, ci sentiamo di chiarire tale ipotesi peculiare di postergazione, ancora una volta, nei termini di un generale disegno di rafforzamento di tutela del creditore di più coobbligati in solido.

#### **4. Limiti del regresso**

La norma di cui all'art. 62 co. 2 attribuisce al coobbligato agente in regresso il diritto di concorrere nel fallimento per "la somma pagata". Una tale espressione precisa e univoca nel suo tenore letterale, ma tutt'altro che chiara nell'accezione, parrebbe condurre in una direzione del tutto nuova nel panorama della solidarietà, consentendo che il coobbligato possa insinuarsi per l'intero esborso effettuato. Sul significato però occorre essere precisi e procedere cautamente.

---

<sup>27</sup> ABRIANI, CALVOSA, FERRI, GIANNELLI, GUERRERA, GUIZZI, MOTTI, NOTARI, PACIELLO, PISCITELLO, REGOLI, RESCIO, ROSAPEPE, ROSSI, STELLA RICHTER, TOFFOLETTO, *Diritto fallimentare [manuale breve]*, Milano, 2008, p. 294; BONFATTI, *op. cit.*, p.73.

<sup>28</sup> AA. VV., *Diritto fallimentare [manuale breve]*, *loc. cit.*

<sup>29</sup> Cfr. Cass., 19 gennaio 1984 n. 459 in *Giust. civ.*, 1984, I, 1812; Cass., 29 gennaio 1998 n. 884 in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 184; Cass., 7 dicembre 1998 n. 12366 in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2549. Sul punto si veda *supra* Capitolo 2 Sezione III.

Più esplicita, ancorché inelegante nei termini, la corrispondente disposizione del codice di commercio, art. 790, stabiliva che “il coobbligato o il fidejussore del fallito che ha pagato in parte il debito solidale è compreso nella massa per tutto ciò che ha pagato *a scarico* del fallito” (corsivo nostro) e la dottrina di conseguenza affermava che “egli ha ben diritto d’insinuare per la parte pagata, *se ed in quanto gli compete il regresso verso il fallito* (corsivo aggiunto), cioè per tutto ciò che ha pagato, se è fidejussore, per ciò che ha pagato in dippiù della sua parte se è coobbligato in pari grado col fallito”<sup>30</sup>.

Sulla scorta della lettera dell’odierna legge, l’interpretazione pare dividersi. Una dottrina minoritaria, accentuando l’univocità letterale della norma, consente al coobbligato, sia egli fideiussore o meno, di insinuarsi al passivo anche per la parte di debito gravante su di lui, quindi non solo per la quota di debito del fallito, ma per l’intera somma, senza aver riguardo alla ripartizione interna del debito comune<sup>31</sup>. Ciò, però, al solo fine di non subire la falcidia fallimentare, e quindi, ove nel fallimento vi sia attivo sufficiente, il coobbligato non può in effetti conseguire più di quella che era la quota interna del fallito. Una simile soluzione – palesemente derogatoria dell’art. 1299 c.c. sulla scorta del quale il debitore adempiente “può ripetere dai condebitori soltanto la parte di ciascuno di essi” – avrebbe il pregio di procurare al creditore una maggiore soddisfazione (maggiore è l’ammontare del credito che partecipa, maggiore è il diritto al dividendo, maggiore è la quota di riparto che il creditore può farsi assegnare) e di annullare le difformità tra le ipotesi di pagamento parziale anteriore e posteriore alla dichiarazione di fallimento, consentendo con il cumulo delle due insinuazioni (creditore comune e coobbligato) di ricostruire il valore nominale dell’intero credito iniziale. Tuttavia, essa non può essere condivisa perché porterebbe ad avvantaggiare indebitamente il

---

<sup>30</sup> BONELLI, *Del fallimento*, cit., sub art. 790, p. 489.

<sup>31</sup> RUBINO, *op. cit.*, p. 147; MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, sub art. 62, p. 300; Trib. Ascoli Piceno 21 ottobre 1992 in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Fallimento* [2880], n. 305: la distinzione tra l’ipotesi di cui all’art. 61 e quella di cui al successivo art. 62 l.fall. consiste nel fatto che nella prima il pagamento del creditore da parte del coobbligato avviene dopo la dichiarazione di fallimento ed il creditore concorre nel fallimento per l’intero credito che vanta al momento dell’apertura della procedura e mantiene ferma tale posizione sino al totale soddisfacimento, senza che il coobbligato possa esercitare il suo diritto di regresso sino a quando il creditore non sia stato pagato interamente; nell’altra il pagamento da parte del coobbligato avviene prima del fallimento ed il creditore, che abbia ricevuto dal coobbligato il pagamento di parte del suo credito, concorre nel fallimento per la parte non pagata ed il coobbligato ha diritto di regresso e concorre per l’importo pagato (corsivo nostro).

condebitore (creditore di regresso) rispetto agli altri creditori concorsuali, senza che ciò possa giustificarsi alla luce del diritto del *creditore comune* – e non già del condebitore<sup>32</sup> – di pretendere da ciascuno dei debitori l'intera prestazione (art. 1292 c.c.) e quindi di insinuarsi per intero nel fallimento dei debitori falliti<sup>33</sup>. Il *solvens*, infatti, parteciperebbe al concorso sulla base di un importo maggiore dell'ammontare del suo credito effettivo verso il fallito, potendo perfino percepire più di quello che il fallito effettivamente gli deve, e con ciò divenendo causa di inutili giri di regresso, un circolo vizioso di pretese destinato a protrarsi all'infinito. Ogni differenza tra fideiussore e coobbligato ad interesse comune verrebbe poi ingiustificatamente a scomparire<sup>34</sup>.

L'impostazione maggioritaria è quindi nel senso di addivenire con l'art. 62 alla sola eliminazione di ogni ostacolo teorico all'esercizio del regresso, *non* modificando con ciò la disciplina comune per l'*esistenza* e l'*ammontare* dello stesso: nessuna ammissione può essere disposta con riguardo all'importo che il coobbligato dovrebbe tenere a suo carico nei rapporti interni. In conformità all'art. 1298 c.c., quindi, l'ammissione per l'intera somma pagata<sup>35</sup> sarà concessa al fideiussore ed agli altri soggetti a lui assimilati<sup>36</sup>, nei casi cioè di solidarietà contratta nell'interesse esclusivo del fallito<sup>37</sup>; nei diversi casi di solidarietà ad interesse comune, invece, un punto fermo deve essere costituito dalla irripetibilità dagli altri coobbligati della quota che sarebbe toccata al *solvens*, nella

---

<sup>32</sup> La solidarietà non perdura nel gruppo dei condebitori. Essendo una sovrastruttura creata nell'interesse del creditore, quando si tratta di rapporti interni e per ciò stesso tale interesse non sia più in gioco, si torna ad un assetto parziario per i singoli consorti. Si veda *amplius supra* Capitolo 1, §§ 4-6.

<sup>33</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 722 nota 95.

<sup>34</sup> Ulteriore giustificazione a siffatta interpretazione verrà pure dall'analisi dell'art. 63, cui si fa pertanto rimando. *Infra* Capitolo 4 § 1 nota 12.

<sup>35</sup> COSTANZA, *Il fideiussore e i suoi diritti di surroga e regresso verso il debitore principale fallito*, *cit.*, p. 1418: l'A., pur ritenendo che il disposto dell'art. 62 non dovrebbe trovare applicazione per la solidarietà fideiussoria (sul punto *contra* in questo Capitolo § 3), consente l'ammissione del fideiussore al passivo fallimentare, sia che si avvalga della surroga, sia che preferisca il regresso, in quanto il suo debito è della massa. Ciò detto, evidenzia varianti di contenuto nell'istanza e quindi di entità di credito per cui si domanda l'ammissione, ed in particolare, nell'ipotesi di surroga la misura sarà speculare a quella del credito in cui si è verificato il subentro; nell'ipotesi di regresso, i parametri saranno invece quelli indicati dall'art. 1950 c.c.

<sup>36</sup> In questi casi la somma tra il credito residuo e la quota di riparto che spetterebbe al *solvens* consentirà al creditore solidale di prendere ancora parte al concorso fallimentare per l'intero credito.

<sup>37</sup> Si rammenta non aver regresso nei confronti del fideiussore fallito il debitore principale che ha pagato. A tal proposito *amplius supra* Capitolo 1 § 4.

suddivisione del debito comune secondo i rapporti interni, e quindi dalla partecipazione al concorso per un importo *inferiore* alla somma pagata. La norma, infatti, non solo contempla il diritto di concorrere per la somma pagata, ma precisa pure che tale diritto è attribuito al coobbligato che ha diritto di regresso, con ciò richiamando l'osservanza della disciplina degli articoli 1298, 1299, 1949 e 1950 c.c. e con essi la regola secondo la quale il diritto di regresso può essere fatto valere solo per la somma eccedente la quota di debito a carico del coobbligato solvente, sempre che dunque una tale divisione in quote vi sia. In altri termini, il regresso è esercitabile dal “coobbligato che ha diritto di regresso” e *nei limiti in cui ha regresso*.

Una simile soluzione, seppur conforme all'assetto generale della solidarietà nell'ordinamento, non manca di controindicazioni: anzitutto, per il creditore non integralmente soddisfatto, un'ammissione al concorso per l'intera somma pagata sarebbe a lui più favorevole, in quanto maggior giovamento trarrebbe dal subingresso nella quota di riparto concessogli all'art. 62 comma terzo. In secondo luogo, per i coobbligati del fallito, i quali, stante la minor soddisfazione del creditore comune in seno al fallimento, rimangono per ciò stesso esposti ad ulteriori aggressioni e per maggiore ammontare. Il creditore, poi, contrariamente ad ogni equilibrio, avrebbe tutto l'interesse ad aggredire prima della procedura e di preferenza proprio i coobbligati meno tenuti secondo i rapporti interni, e quindi forniti di rivalsa più rilevante da poter essere ammessa al passivo e per la quale dunque la quota di riparto che il creditore ha diritto di farsi assegnare è maggiore. Da ultimo, per il fallimento, il creditore, infatti, optando per l'escussione di un determinato obbligato anziché di un altro, influisce sull'entità del passivo concorsuale, procurando vantaggio o all'opposto causando svantaggi per il restante ceto creditorio<sup>38</sup>.

A voler essere ancor più rigorosi poi, l'ammontare del regresso del coobbligato non solo non dovrebbe comprendere l'importo cui egli è personalmente tenuto secondo i rapporti interni, ma, secondo l'interpretazione accolta a suo tempo<sup>39</sup>, pure dovrebbe essere limitato alla sola quota interna del fallito, a norma degli articoli 1298 e 1299 c.c.: l'eccedenza pagata *per conto di tutti i coobbligati in solido* non può essere ripetuta da un solo condebitore, invece va suddivisa in ragione della quota del fallito, se il rimborso è

---

<sup>38</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 33.

<sup>39</sup> *Supra* Capitolo 1 § 6.

dovuto da più condebitori<sup>40</sup>. Riprendendo un esempio fatto da questa dottrina, nel caso di cinque obbligati in parti uguali per 100, il pagamento di 80 da parte del primo, procura a costui un credito di regresso nei confronti degli altri quattro di 60, cioè pari all'eccedenza pagata sulla sua quota di competenza, ma non gli attribuisce la possibilità di insinuare nel fallimento, poniamo del secondo, l'intera somma, poiché la solidarietà non opera nei rapporti interni, laddove l'art. 1299 c.c. prevede che il debitore in solido che ha pagato possa ripetere dai condebitori soltanto la parte di ciascuno di essi<sup>41</sup>. Peraltro, al *solvens* non è consentito di insinuare nemmeno 20, ossia la quota originariamente a carico del debitore fallito, in quanto un'aggressione del patrimonio del fallito per l'intera quota di debito spettantegli in base al titolo è ipotizzabile solamente in caso di soddisfacimento integrale del creditore comune. Pure di questo terzo limite occorre tener conto con riguardo all'art. 62 co. 2 l.fall. In definitiva, il *solvens* potrà insinuare la somma di 15, cioè la quota di ciascuno dei quattro coobbligati rispetto l'eccedenza (60: 4 =15). Va osservato poi, che il *quantum* richiedibile rimane così limitato pure nel caso in cui il coobbligato ritenga di agire a mezzo di rivalsa con surrogazione e non già esercitando il diritto di regresso in senso stretto. La portata dell'art. 1299 c.c. è, infatti, estesa ad ambedue i mezzi concessi dal legislatore al "debitore che ha pagato" per ripetere l'importo di cui è effettivamente creditore nei confronti del coobbligato fallito e degli altri coobbligati<sup>42</sup>. Su questa base, si vanno accentuando gli inconvenienti denunciati precedentemente e derivanti da un simile assetto per il creditore comune: il dividendo, quale forma di soddisfazione concorsuale, sarà calcolato in percentuale su un ammontare di 15, non già di 80 (intera somma pagata), né di 60 (intera eccedenza). E con il creditore rimarranno pregiudicati gli altri coobbligati del fallito.

---

<sup>40</sup> RUISI, JORIO, MAFFEI ALBERTI, TEDESCHI, *Il fallimento*, cit., p. 561; BIANCA, *op. cit.*, p. 722; LO CASCIO, *op. cit.*, p. 493; BONFATTI, *op. cit.*, pp. 38 e ss.; RUBINO, *op. cit.*, sub art. 1299, p. 203: se A, B e C devono 60 in base a quote interne rispettivamente di metà, due sestimi e un sesto e A paga 40, per l'eccedenza di 10 rispetto alla propria quota ha regresso per 6,66 contro B, e per 3,33 contro C; BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 137.

<sup>41</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 40 nota 27.

<sup>42</sup> Sull'argomento si veda Capitolo 1 § 5.

## 5. Insinuazione al passivo del regresso parziale. Effetti

Il disposto di cui all'art. 62 l.fall. è diretto a disciplinare la posizione del creditore di più coobbligati solidali parzialmente insoddisfatto, non le modalità di ammissione al passivo<sup>43</sup>. Se al di fuori della procedura la pretesa del coobbligato può essere fatta valere con l'azione di regresso parziale, nella procedura fallimentare, unica via rimane la domanda di ammissione al passivo secondo le disposizioni di cui agli artt. 92 e seguenti della legge fallimentare.

A nostro avviso forzatamente, una certa dottrina propende per una insinuazione *con riserva* del credito di regresso parziale per pagamenti anteriori alla dichiarazione di fallimento<sup>44</sup>: il regresso, nonostante il disposto di cui all'art. 62 secondo comma, non sarebbe esercitabile pienamente fino alla soddisfazione integrale del creditore, il coobbligato dovrebbe essere ammesso con riserva per l'acconto pagato e le somme andrebbero quindi accantonate, ma a disposizione del creditore comune. Si tratterebbe in altri termini di pretese condizionate, a norma dell'art. 55 comma terzo l.fall., all'integrale soddisfacimento del creditore.

Ad ostare a questa visione, esistono varie ragioni, alcune ricavabili dalla lettera della norma, altre frutto di considerazioni generali in merito ai crediti condizionati ed alla loro partecipazione con riserva in seno al fallimento. Anzitutto un argomento letterale: il secondo ed il primo comma dell'art. 62 utilizzano entrambi la medesima espressione – “ha diritto di concorrere” – con riferimento sia al condebitore agente in regresso sia al creditore dell'obbligazione solidale<sup>45</sup>. Se allora nessun dubbio sussiste con riguardo all'ammissione incondizionata del creditore comune, allo stesso modo si deve ammettere una insinuazione al passivo pura e semplice del credito di regresso. Secondariamente, l'art. 62 comma terzo prevede, in favore del creditore comune, l'assegnazione della *quota di riparto* spettante al coobbligato e non già dell'accantonamento che sarebbe disposto in

---

<sup>43</sup> Trib. Napoli 29 maggio 1980 in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Fallimento* [2880], n. 243.

<sup>44</sup> FRAGALI, *Fideiussore e mandato di credito*, in AA. VV., *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1968, pp. 400 e ss.; FRAGALI, *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 376 e ss. *Contra* AA. VV., *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, cit., p. 561; VACCARELLA, *op. cit.*, p. 60; BONFATTI, *op. cit.*, pp. 42 e ss.

<sup>45</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 43.

conseguenza di una sua ammissione al passivo con riserva<sup>46</sup>. La collocazione sul ricavato del regresso non è, quindi, subordinata all'avveramento di alcuna condizione: la disposizione incide solamente sull'individuazione del soggetto legittimato a percepire (creditore che faccia istanza di assegnazione), ma non influisce sul diritto alla collocazione incondizionata del credito di regresso sul ricavato.

Anche ad ammettere, contrariamente a quanto detto, che il terzo comma voglia significare l'ammissione del creditore di regresso condizionatamente alla soddisfazione integrale del creditore comune, ci pare il meccanismo così implicato inidoneo al raggiungimento dell'obiettivo sperato: le somme rimarrebbero accantonate fino all'avveramento dell'evento che ha determinato l'accoglimento della domanda con riserva, fino cioè alla soddisfazione integrale del creditore, che potrà essere *medio tempore* avvenuta in virtù dei riparti cui il creditore abbia personalmente preso parte ai sensi dell'art. 62 comma primo e/o di ulteriori adempimenti parziali provenienti dagli altri coobbligati *in bonis*, e non già a mezzo delle quote accantonate per il coobbligato, delle quali nessuno può disporre, in quanto "trattenute e depositate, nei modi stabiliti dal giudice delegato" (art. 113 l.fall.) fintantoché la condizione sia avverata o sia mancata<sup>47</sup>. Lo scioglimento della riserva determinerebbe a norma dell'art. 113 *bis* l.fall. l'accoglimento definitivo della domanda del *solvens*, il quale avrà diritto di soddisfarsi sugli accantonamenti disposti in suo favore (e non il creditore solidale già integralmente soddisfatto). Un conto, dunque, l'ammissione con riserva di un credito sospensivamente condizionato, un altro, la postergazione legale di un credito. E la situazione originata dall'art. 62 comma terzo rientra come detto in quest'ultima ipotesi.

Ciò chiarito, ci pare di poter sostenere che la partecipazione al concorso del coobbligato che ha pagato prima del fallimento sia senza riserva. Il coobbligato parzialmente adempiente, ma per una somma superiore all'ammontare della sua quota secondo i rapporti interni, è certamente ed attualmente un creditore concorsuale<sup>48</sup>. Ammesso al concorso, avrà diritto alla collocazione sul ricavato. La legittimazione a

---

<sup>46</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 44.

<sup>47</sup> La lettera dell'art. 113 l.fall. conduce nel senso della inammissibilità di subcollocazione del creditore dell'obbligazione solidale negli accantonamenti. In altri termini, accantonare non è assegnare al creditore comune.

<sup>48</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 42; LO CASCIO, *op. cit.*, p. 494; AA. VV., *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, *cit.*, p. 561; VACCARELLA, *op. cit.*, p. 60.

percepire la sua quota, infatti, spetterà al creditore comune solamente se questi ne faccia espressa domanda. Nel caso in cui una tale domanda di assegnazione manchi, ed in ogni caso per quanto ecceda l'importo del residuo credito solidale, assegnatario del dividendo sarà il *solvens*. Essendo poi quest'ultimo ad ogni effetto creditore concorrente, potrà esercitare il diritto di voto sulla eventuale proposta di concordato o proporre impugnazione dei crediti ammessi secondo quanto stabilito dall'art. 98 l.fall.

Occorre però aver riguardo di come l'art. 62 comma terzo influisca su questi aspetti.

## **6. Il subingresso**

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 62 comma terzo l. fall., la quota di riparto spettante al condebitore solvente può essere reclamata dal creditore dell'obbligazione solidale. Dopo aver consentito a costui di partecipare solo per il residuo, ed aver permesso nel fallimento il regresso parziale del *solvens*, il legislatore ha ultimato la tutela del creditore comune attraverso il meccanismo del subingresso<sup>49</sup>. Esso, infatti, in linea con la disciplina tutta della solidarietà passiva nel fallimento, costituisce un mezzo di rafforzamento della posizione del creditore e spiega la ragione dell'ammissione del regresso parziale per pagamenti anteriori alla dichiarazione di fallimento: se non fosse previsto il regresso ed in conseguenza il subingresso, il creditore avrebbe minori possibilità di essere soddisfatto; d'altra parte, se fosse ammesso solo il regresso e non già il subingresso, il coobbligato potrebbe recuperare parte del suo credito prima della soddisfazione del creditore<sup>50</sup>.

Come accade per i coobbligati escussi successivamente alla dichiarazione di fallimento, ai quali viene vietato il diritto di regresso, allorquando il creditore partecipi alla procedura concorsuale e sino alla sua soddisfazione integrale, pure con l'art. 62, nell'ipotesi di pagamenti anteriori alla dichiarazione di fallimento, i coobbligati si vedono nella sostanza privati del diritto di regresso, in favore del creditore cui è consentito il subingresso, ma senza che con ciò si realizzi un effetto analogo a quello che li favorisce *ex art. 61 co. 1*. Il creditore solidale, partecipando personalmente ai riparti per il residuo

---

<sup>49</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 492; BONFATTI, *op. cit.*, pp. 45 e ss.

<sup>50</sup> A ciò favorevole, in un'ottica di *favor fideiussoris*, PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 402 nota 151.

ed avvalendosi del subingresso nelle quote di regresso, non partecipa per l'importo originario del credito, ma per un importo inferiore, salvo che il pagamento sia avvenuto per mano di un fideiussore o di altro soggetto a lui assimilabile. Il creditore di regresso (coobbligato solvente), che già vede fortemente ridotto il suo interesse diretto all'insinuazione al passivo, stante il subingresso del creditore comune nella percezione dell'importo distribuito, rimane pure esposto in misura maggiore al rischio di essere nuovamente escusso dal creditore comune. Quest'ultimo poi, già di per sé avvantaggiato dalla semplificazione che l'art. 62 comma terzo gli concede con riguardo alle attività necessarie per far valere il suo credito, si trova particolarmente favorito nel caso in cui pure il coobbligato già escusso versi in condizioni di solvibilità dubbia: subingredire nella quota di riparto equivale ad evitare – almeno per certi importi – una separata ed ulteriore escussione di costui. In tali ipotesi, infatti, la soddisfazione che il creditore trarrebbe dalla via ordinaria, se non dubbia, potrebbe essere fortemente ridotta nell'ammontare. Per ragioni di economia processuale, nonché allo scopo di una più sicura e sollecita realizzazione del credito, a mezzo dell'art. 62 comma terzo, si evita – almeno per l'ammontare della quota di riparto – ulteriore attività processuale del creditore contro il condebitore solvente.

La disciplina offertaci dall'art. 62 comma terzo tutt'altro che adeguata, risulta essere in diversi aspetti lacunosa: all'interprete, dunque, il compito di individuare presupposti, condizioni, sedi, effetti, ed ogni altro aspetto utili per l'applicabilità in concreto di tale strumento di assegnazione.

## **7. L'art. 62 co. 3 l.fall. e la domanda di sostituzione**

Dottrina e giurisprudenza da tempo notano un'analogia tra l'istanza di assegnazione di cui alla norma in esame e la domanda di sostituzione prevista all'art. 511 C.p.c., laddove il subingresso di cui alla legge fallimentare e la subcollocazione (altrimenti detta sostituzione esecutiva) del C.p.c. appaiono entrambi regolare un istituto, in forza del quale il creditore ottiene soddisfazione del proprio diritto, sostituendosi ad un altro soggetto nella fase di distribuzione del ricavato di un processo esecutivo concorsuale (nella legge fallimentare) o individuale (nel codice di rito), senza che con ciò avvenga il

trasferimento del sottostante credito<sup>51</sup>. Si realizza cioè “il subingresso del creditore nella *posizione processuale* (corsivo nostro) del creditore dell’executato, relativamente al diritto al riparto della somma ricavata dalla espropriazione”<sup>52</sup>, senza che ciò importi effetti equivalenti a quelli che sarebbero prodotti da una cessione del credito o da una successione a titolo particolare nel diritto controverso<sup>53</sup>. La pretesa nella quale il creditore subentra non è il diritto di credito *in senso sostanziale* del soggetto sostituito<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> L’art. 511 C.p.c. stabilisce che i creditori di un creditore avente diritto alla distribuzione del ricavato dell’espropriazione possono chiedere di essere a lui sostituiti proponendo una domanda che, nella forma, è quella stabilita dall’art. 499 co. 2 C.p.c. La norma prosegue dichiarando che il Giudice dell’esecuzione provvede alla distribuzione del ricavato anche nei confronti dei creditori che hanno chiesto di essere sostituiti e che le contestazioni relative alle loro domande non possono ritardare la distribuzione tra gli altri creditori concorrenti. A tal proposito si veda, Cass., 19 ottobre 2006 n. 22409 laddove afferma che la giurisprudenza della Corte e la dottrina sono concordi nel ritenere che la domanda di sostituzione indicata nella norma realizzi il subingresso di uno o più creditori del creditore dell’executato nella sua *posizione processuale* e nel *diritto al riparto* della somma ricavata dall’esecuzione. La conferma di questo inquadramento si ricava sia dalla diretta derivazione della norma da quella contenuta nell’art. 715 del vecchio codice, nella parte in cui questo ne individuava una delle funzioni nel consentire al richiedente di essere collocato sulla somma a lui spettante, sia dalla sua collocazione tra le norme che disciplinano la distribuzione del ricavato. E così pure Cass., 13 marzo 1987 n. 2608, laddove si ritiene la trasparente finalità della sostituzione esecutiva *ex art. 511 C.p.c.* sia quella di assicurare un rapido soddisfacimento delle ragioni del *creditor creditoris*, sostituendo il primo creditore al secondo nella fase del riparto della massa attiva. A tale fine soddisfacitivo si aggiunge poi un fine surrogatorio, per cui al creditore subcollocato spetterebbero i poteri di ordine processuale del debitore-creditore (cfr. Cass. 735/1969 e Cass. 5850/1979). In relazione allo scopo indicato, si ritiene che, in forza di rituale domanda di sostituzione, il creditore sostituito non possa liberamente disporre del suo credito e del correlativo diritto alla distribuzione, perché verrebbero elusi gli effetti di tale domanda e resterebbero senza tutela quelle ragioni creditorie alle quali il legislatore ha inteso assicurare un rapido soddisfacimento.

<sup>52</sup> Cass. 2608/1987 cit., in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1739.

<sup>53</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 48 nota 44.

<sup>54</sup> Sull’argomento si veda *Codice di procedura civile commentato*, diretto da CONSOLO, IV ed., Milano, 2010, che nell’esaminare la disposizione di cui all’art. 511 C.p.c. si preoccupa di ricostruire il dibattito dottrinale sulla sua natura, nei termini di distribuzione solamente soddisfacitiva, ovvero anche surrogatoria. Aderire all’una piuttosto che all’altra ricostruzione non si risolve in una mera questione sistematica o dogmatica, bensì comporta rilevanti conseguenze in ordine ai poteri concessi al *creditor creditoris* (*ibidem*, 1938). Merita in questa sede accennare pure alla questione preliminare sottesa all’indagine sulla natura dell’istituto in esame, ovvero l’ammissibilità nel nostro ordinamento della c.d. surrogatoria soddisfacitiva. Sul punto si veda CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II – *Profili generali*, VII ed.,

---

Torino, 2010, pp. 184 e ss. Infatti, solo trovando spazio nel nostro ordinamento ad una simile figura, potremmo attribuire funzione (anche) surrogatoria alla “domanda di sostituzione” ex art. 511 C.p.c. Si pensi al caso in cui Tizio sia creditore di Caio, il quale a sua volta è creditore di Sempronio. In quest’ipotesi, la giurisprudenza ormai ammette la surrogatoria satisfattiva, ovvero la possibilità di Sempronio di liberarsi pagando a Tizio, a favore del quale verrà resa “intestata” la sentenza di condanna da lui stesso ottenuta con azione surrogatoria (CONSOLO, *ult. op. loc. cit.*). In sostanza, alla giurisprudenza, in via pretoria, è parso giusto che Tizio possa essere tutelato in via diretta, senza “mediazioni”, anche se di tale possibilità nella legge non vi è traccia. Ammessa, una tale eventualità, allora, ci si imbatte nelle criticità tipiche di un istituto dalla foggia giurisprudenziale, ovvero l’incertezza sui requisiti necessari per la sua applicabilità, nonché sulle fattispecie da ricomprendere nel suo ambito d’applicazione. La giurisprudenza di legittimità, invero, ha spesso dibattuto sul punto, giungendo a positive conclusioni in ipotesi di creditori di cosa specifica (bene infungibile), ovvero di aventi diritto a prestazioni suscettibili di esecuzione in forma specifica (cfr. Cass. 10744/2009 cit.; es. esercizio da parte del promissario acquirente, nei confronti del suo promittente alienante e del dante causa dello stesso, dell’azione ex art. 2932 c.c., c.d. preliminari a catena). In ordine all’evoluzione intesa a far conseguire all’attore proprio il bene della vita cui ha diritto, attribuendo funzione non solo conservativa, ma principalmente satisfattiva all’azione surrogatoria si cfr. Cass., 11 maggio 2009, n. 10744; Cass., 14 ottobre 2008 n. 25136; Cass., 8 gennaio 1996 n. 51. Tali pronunce riconoscono la “neutralità” della surrogatoria rispetto al tipo di tutela – reale od obbligatoria – che l’attore mira ad ottenere per il suo tramite (Cass. 10744/2009 cit.). Tale apprezzamento risolve positivamente eventuali remore inerenti la collocazione sistematica dell’azione surrogatoria ex art. 2900 c.c. tra i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, che alcuni potrebbero rilevare. A contrastare simili obiezioni basti la considerazione che la surrogatoria satisfattiva, stante la sua natura pretoria, è destinata a staccarsi dall’istituto (e dal caso di specie) che ha dato occasione alla sua nascita ed al suo sviluppo, per assumere identità propria.

Pensiamo ora di abbandonare l’ipotesi di due rapporti obbligatori strutturalmente abbinati per identità di oggetto infungibile, per considerare il caso che qui più interessa del un creditore di una somma di denaro (bene fungibile). In quest’eventualità, riconoscere alla surrogatoria funzione latamente esecutiva avrebbe il pregio di eliminare il rischio del creditore di veder sottratta all’esecuzione la somma pagata dal *debitor debitoris* al suo debitore. Presto detta, allora, la ragione che ci spinge ad aderire all’opinione di chi attribuisce efficacia liberatoria al pagamento effettuato dal debitore, non al proprio creditore, ma al terzo creditore surrogante, quale *adiectus solutionis causa*. Ad ostare non basterebbe l’art. 1372 c.c., come alcuni potrebbero pensare. Si tratta, infatti, di un problema solo formalistico, soprattutto in un caso di esecuzione forzata, come quello che ci occupa nell’esame dell’art. 511 C.p.c.

A tale ultimo proposito, come detto, il dibattito si è svolto sulla natura solo satisfattiva o anche *latu sensu* surrogatoria della posizione acquisita dal subcreditore nel processo espropriativo, in virtù dell’istanza ex art. 511 C.p.c. Come evidenziato dalla dottrina, l’odierno art. 511 C.p.c. è diretto discendente dell’art. 715 C.p.c. del 1865 che recitava “qualunque creditore di un creditore interessato nel giudizio di graduazione può intervenire, sia per far valere e conservare le ragioni del suo debitore, sia per essere collocato sulla somma

Anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 *Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80*, la giurisprudenza di merito riteneva che l'art. 511 C.p.c. potesse ritenersi applicabile, in via analogica, anche nella fase di riparto dell'attivo

---

che spetti al medesimo” (DELLE DONNE, *La rinuncia dei creditori titolati ex art. 629 col 1 C.p.c. non estingue il processo esecutivo senza il consenso del subcreditore ex art. 511: un'implausibile presa di posizione della giurisprudenza di merito*, nota Trib. Roma 4 agosto 2008, in *Esecuzione forzata*, 2010, 1-2). All'intervento del subcreditore che aveva il potere di promuovere domanda di collocazione e, in ogni caso, far valere le ragioni del suo debitore, si riconosceva pacificamente natura anche surrogatoria. In altri termini, l'istituto garantiva certamente la subcollocazione nel piano di riparto (finalità tipicamente soddisfattiva), ma pure l'ulteriore effetto di rendere il credito indisponibile per il debitore-creditore principale, cristallizzandolo a garanzia del subcreditore (DELLE DONNE, *ibidem*).

Con l'odierna disposizione si è eliminato ogni riferimento testuale alla possibilità di “far valere e conservare le ragioni del debitore”, menzionando la sola possibilità di essere “sostituiti” al creditore avente diritto alla distribuzione. Ciononostante, le pronunce della Cassazione, seppur non frequenti e non recenti, hanno connotato la disposizione delle medesime potenzialità surrogatorie che caratterizzavano l'istituto nella previgente codificazione (cfr. Cass., 12 novembre 1979 n. 5850; Cass. 13 marzo 1987 n. 2608). Il sostituto opera cioè *utendo iuribus*; a lui sono concessi gli stessi poteri del debitore-creditore e può, quindi, farsi promotore del compimento di atti di espropriazione, atti di contestazione in sede di distribuzione, ovvero atti di difesa conseguenti alle contestazioni da altri sollevate. Dal canto suo, il creditore sostituito non può disporre del proprio credito in pregiudizio del suo creditore, né può rinunciare agli atti (CONSOLO, *Codice di procedura ecc.*, cit., p. 1938). In questo senso va pure una giurisprudenza di merito piuttosto recente (cfr. Trib. Roma 4 agosto 2008).

Non si pone in contrasto con tale ricostruzione la circostanza che generalmente il creditore agente in surrogatoria non può esigere per sé la prestazione, ma solo l'esecuzione a favore del creditore- debitore. Acquisita, infatti, nel nostro ordinamento la surrogatoria soddisfattiva, una obiezione siffatta risulterebbe inconferente.

Unico limite operativo all'art. 511 C.p.c. è la necessità che il creditore principale sia intervenuto nel processo esecutivo. Null'altro. Infatti, dalla norma emergono un requisito sostanziale (esistenza di un rapporto debitorio tra creditore principale e sub creditore) ed uno processuale (lo *status* di avente diritto alla distribuzione che il creditore-debitore assume con l'iniziativa o l'intervento nel processo esecutivo) (DELLE DONNE, cit.). Per dirlo altrimenti, il creditore potrà ottenere soddisfazione quando (e nella misura in cui) il creditore principale sia stato ammesso al riparto e gli sarà riconosciuta sia la legittimazione a compiere atti d'impulso processuale, sia quella a dolersi delle illegittimità della procedura.

La surrogatoria, allora, come generale potere sostitutivo del creditore, varrà pure in questo contesto, ma con una tecnica diversa, per consentire al creditore di ottenere risultati certi e più soddisfacenti.

fallimentare, in quanto non in contrasto con i principi della procedura concorsuale<sup>55</sup>. Ancorché dunque la fattispecie contemplata dall'art. 511 C.p.c. non fosse disciplinata in via autonoma ed esplicita dalla l.fall., la norma in questione poteva dirsi richiamata per il tramite del vecchio testo dell'art. 105 l.fall., che in tema di norme applicabili alle vendite di beni mobili od immobili del fallimento, faceva espresso rinvio alle disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili. Si ritenga o meno di condividere questa affermazione<sup>56</sup>, quel che conta, ai nostri fini, è che tramite analogia *ex art. 12 co. 2 disp. prel. c.c.*<sup>57</sup> o a mezzo del rinvio generalizzato di cui all'art. 105 l.fall., si ritenesse applicabile, in quanto non contraria alle norme ed ai principi del diritto concorsuale, nonché alle esigenze proprie della procedura concorsuale, la norma di cui all'art. 511 C.p.c., data l'identità di situazione che si sarebbe potuta verificare pure all'interno del fallimento.

La domanda di ammissione al passivo del fallimento e quindi la partecipazione al concorso sul patrimonio del fallito, da un lato, ed il pignoramento e l'intervento nel processo esecutivo, dall'altro, sono strumenti accumulati dalla preordinazione alla realizzazione della garanzia patrimoniale del credito di cui all'art. 2740 c.c.: *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*. Si affermava, poi, che “la domanda del *creditor creditoris*, non è diretta ad ottenere un provvedimento modificativo dello stato passivo, anzi essa presuppone che rimanga ferma l'ammissione del creditore-debitore, la quale costituisce il presupposto perché il primo possa sostituirsi al secondo nella ripartizione dell'attivo, quale attributario (in tutto o in parte) della quota da assegnarsi al suo debitore. Va esclusa, dunque, l'applicazione della disciplina delle dichiarazioni tardive di credito *ex art. 101 l.fall.*”<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Trib. Saluzzo 10 febbraio 2002, in *Il Fallimento*, 2003, 1233.

<sup>56</sup> Trib. Cassino 4 ottobre 1991 ritiene che il richiamo delle norme del codice di procedura civile relative al processo di esecuzione, contenuto nell'art. 105 l.fall., sia limitato alle disposizioni sulle vendite forzate mobiliari o immobiliari e non possa estendersi all'intera disciplina del processo di espropriazione singolare, come sarebbe dato desumere dall'inequivoco tenore letterale dello stesso art. 105 (“Alle vendite di beni mobili ed immobili del fallimento si applicano le disposizioni del codice di procedura civile ...”), nonché dalla sua collocazione nel capo VI (titolo II della l.fall.), dedicato alla fase delle liquidazione dell'attivo.

<sup>57</sup> BALENA, *Brevissime note sulla sostituzione di un creditore nella distribuzione del ricavato dell'espropriazione*, nota a Trib. Cassino 4 ottobre 1991, *Foro it.*, 1992, I, 2836.

<sup>58</sup> Trib. Cassino 4 ottobre 1991, cit.

Ciò detto, non solo con la citata riforma del 2006 è stato sostituito integralmente l'art. 105 l.fall. e con ciò soppresso ogni riferimento alle norme del codice C.p.c., ma pure le pronunce più recenti della giurisprudenza di merito escludono l'applicazione analogica dell'art. 511 C.p.c. in sede fallimentare<sup>59</sup>. Peraltro, appare condivisibile quella dottrina che, invece, ritiene applicabile in via analogica il disposto dell'art. 511 nell'ambito fallimentare, stanti la collocazione di detta norma tra quelle di parte generale della disciplina del giudizio di espropriazione forzata (Capo I del Titolo II del Libro terzo del processo di esecuzione), ed i suoi presupposti di ammissibilità assolutamente compatibili con le peculiarità della procedura concorsuale fallimentare<sup>60</sup>. La domanda di sostituzione esecutiva, infatti, mostra natura anfibia, azione esecutiva, per un verso, procedimento di cognizione, dall'altro, diretta a tutelare il *creditor creditoris* investendo il diritto di un altro soggetto, nel contempo creditore e debitore, a partecipare alla distribuzione del ricavato del processo di esecuzione condotto nei confronti del *debitor debitoris*. E così pure accade nel fallimento, laddove una fase di accertamento del passivo è seguita da una di liquidazione dell'attivo, e l'art. 62 comma terzo per tutelare il creditore di obbligazione solidale consente a costui di subingredire nella quota di riparto spettante al condebitore per aver esercitato il suo credito di regresso nei confronti del fallito. L'art. 511, poi, rinvia all'art. 499 comma secondo per quanto concerne le modalità di proposizione della domanda: l'intervento nella procedura esecutiva avviene a mezzo ricorso contenente tra le altre l'indicazione del credito, il titolo di esso, la domanda per partecipare alla distribuzione della somma, nonché se il credito è di una somma di denaro risultante dalle scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c., l'estratto autentico delle medesime, a dimostrazione della sussistenza del requisito necessario per intervenire. Analogamente nel fallimento, il creditore solidale avrà formulato domanda di ammissione al concorso ai sensi dell'art. 93 l.fall. dopo che il curatore, esaminate le scritture contabili e le altre fonti d'informazione, lo abbia avvisato di tale facoltà ai sensi dell'art. 92, determinando la somma per la quale chiede l'insinuazione al passivo, esponendo succintamente i fatti e gli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda, nonché allegando i documenti dimostrativi del diritto. E lo stesso dicasi per il creditore di regresso ammesso

---

<sup>59</sup> Trib. Modena 26 settembre 2008, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Fallimento* [2880], n. 467: la norma di cui all'art. 511 C.p.c., secondo cui il creditore di un creditore avente diritto alla distribuzione può chiedere di essere a lui sostituito, non è applicabile alla fase di ripartizione dell'attivo fallimentare.

<sup>60</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 50 nota 45.

a concorrere nel fallimento in virtù dell'art. 62 co. 2. Perché, poi, al creditore sia data la possibilità di succedere ai sensi dell'ultimo comma della stessa disposizione, occorre accertare nel fallimento che egli sia tuttora creditore (anche) nei confronti del coobbligato fallito, e si ritiene pertanto che il mezzo possa essere proposto solo dal creditore preventivamente ammesso al passivo. Perciò, se il creditore faccia valere la propria pretesa nel rispetto delle norme di accertamento del passivo fallimentare, costui potrà, se lo preferisce, certamente servirsi anche del mezzo generale di cui all'art. 511 per farsi assegnare in sede di riparto la quota spettante al coobbligato<sup>61</sup>. In altri termini, dunque, il creditore solidale per vedere tutelata la propria posizione creditoria nel fallimento, potrà avvalersi della sostituzione esecutiva di cui all'art. 511 C.p.c., in quanto compatibile, ovvero presentare istanza di assegnazione di cui all'art. 62 comma terzo. Ciò che conta è, in entrambe le ipotesi, la sussistenza, al di là delle analogie, dei presupposti tipici necessari.

Il subingresso di cui all'art. 62 è attribuito al creditore non in quanto creditore del “coobbligato che ha diritto di regresso verso il fallito”, ma in quanto creditore del fallito. Nell'ipotesi di cui all'art. 511 C.p.c. chi chiede il subingresso deve essere creditore di colui al quale si vuole sostituire nel diritto alla distribuzione (art. 511 co. 1 C.p.c.)<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 50 nota 45, ritiene possano darsi ipotesi in cui il creditore veda limitato il panorama delle iniziative ammissibili nei confronti del credito di regresso del coobbligato solvente alla sola proposizione della domanda di sostituzione di cui all'art. 511 C.p.c. Sarebbe questo il caso dell'avvenuto pagamento del coobbligato fallito (tramite ripartizioni periodiche dell'attivo) dell'intera quota di debito comune per la quale egli era obbligato *verso il creditore*. Tale pagamento comporterebbe l'esclusione del creditore dalle ripartizioni successive, alle quali potrebbe essere comunque interessato (poiché non integralmente soddisfatto). Nell'ipotesi formulata dall'A. pure il coobbligato *in bonis* è stato escusso, e ciò ha originato il regresso. Il creditore solidale, allora, si troverebbe nella condizione di chi non è più creditore del condebitore sottoposto ad esecuzione forzata, ma è ancora creditore del coobbligato *in bonis*, ovvero di un soggetto che vanta pretese contro il fallito. In quanto *creditor creditoris*, il creditore dell'obbligazione solidale potrebbe allora proporre domanda di sostituzione *ex art. 511 C.p.c.*

L'A. però pare cadere in una contraddizione insormontabile. Se, infatti, l'esempio vuole riferirsi alle obbligazioni solidali ad interesse comune, non può darsi il caso di un coobbligato tenuto *nei rapporti esterni* per un importo limitato. Si tratterebbe, altrimenti, di obbligazione parziaria e non già di obbligazione solidale. Se, allora, l'esempio si riferisce al caso delle c.d. fideiussioni *pro quota*, per l'eventualità in cui a fallire sia il fideiussore tenuto per un importo limitato, non potrà darsi per definizione alcun regresso del debitore principale contro costui.

<sup>62</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 51.

L'istanza di assegnazione è poi mezzo attribuito solamente al creditore di obbligazione solidale – parzialmente soddisfatto prima della dichiarazione di fallimento – laddove invece la domanda di subcollocazione può essere proposta a norma dell'art. 499 co. 1 C.p.c. genericamente da “creditori che nei confronti del debitore hanno un credito fondato su un titolo esecutivo, nonché i creditori che, al momento del pignoramento, avevano eseguito un sequestro sui beni pignorati ovvero avevano un diritto di pegno o un diritto di prelazione risultante da pubblici registri ovvero erano titolari di un credito di somma di denaro risultante dalle scritture contabili di cui all'art. 2214 del codice civile”<sup>63</sup>. Ciò per altro non risolve le perplessità della dottrina con riguardo alla necessità, ai fini dell'art. 511, di un credito certo, liquido ed esigibile<sup>64</sup>. Tutte queste questioni sono, però, inconferenti se riferite all'art. 62 co. 3 il quale, giova ribadirlo, richiede solamente l'esistenza di un obbligazione solidale, ovvero che il creditore solidale vanti tuttora un credito nei confronti del coobbligato fallito, a prescindere dall'assetto *medio tempore* raggiunto tra creditore comune e creditore di regresso, coobbligato del fallito che aveva parzialmente adempiuto prima della dichiarazione di fallimento<sup>65</sup>. L'ambito d'applicazione dell'istanza di assegnazione è, quindi, più vasto ed il diritto di profittare del riparto dovuto al coobbligato parzialmente escusso spetta al creditore solidale all'unica condizione che l'obbligazione non sia integralmente adempiuta, e ciò presuppone l'accertamento della pretesa residua all'interno del fallimento. Vista

---

<sup>63</sup> La dottrina prevalente ritiene che, nonostante l'art. 511 faccia esplicito richiamo al solo secondo comma dell'art. 499, possa ammissibilmente proporre domanda di sostituzione soltanto il creditore di cui al co. 1 della stessa disposizione. A sostegno di una simile impostazione giova, a nostro avviso, il secondo periodo del secondo comma dell'art. 499 prevede disposizioni aggiuntive per il caso in cui l'intervento avvenga per un credito risultante da scritture contabili, e quindi per una delle ipotesi di cui al primo comma.

<sup>64</sup> Optare per una tesi restrittiva e quindi per la necessità che tali requisiti siano soddisfatti comporta la negazione dell'art. 511 per i crediti sottoposti a condizione sospensiva e per i crediti eventuali.

<sup>65</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 492; BONFATTI, *op. cit.*, p. 52: “benché sia normale che se il coobbligato fallito è ancora debitore del creditore solidale, anche l'obbligato *in bonis* lo sia (con la conseguenza che anche il ricorso all'art. 511 C.p.c. sarebbe ammissibile); tuttavia non è da escludere che ogni diritto verso il coobbligato già escusso sia venuto meno [...] [es. coobbligato *in bonis* tenuto per una somma inferiore del fallito] ed in questi casi il creditore non potrebbe avvalersi nei suoi confronti nemmeno della domanda di sostituzione *ex art. 511* [...]La proposizione della istanza di assegnazione prevista dall'art. 62 u.c. non soffre di questi limiti, bastando al creditore solidale di conservare ancora ragioni di credito nei soli confronti del fallito.

l'inidoneità – per definizione – del patrimonio del fallito a soddisfare integralmente l'obbligazione solidale, si vuole evitare che il creditore comune possa trovarsi a concorrere per il soddisfacimento della sua pretesa residua con il credito di regresso del coobbligato già escusso. Con l'art. 62 ultimo comma, il legislatore ha certamente voluto temperare ed equilibrare il riconoscimento del diritto del condebitore di far valere, anche nel caso di pagamento parziale avvenuto prima della dichiarazione di fallimento, il diritto di regresso al passivo del fallimento<sup>66</sup>.

Con riguardo agli effetti di una sostituzione nell'altrui pretesa alla quota di riparto, si è posto il problema se il creditore possa aspirare ad escludere dal concorso su tale quota gli altri creditori del soggetto sostituito. A conferma del carattere esecutivo e non solo cognitivo dell'art. 511 C.p.c. – equivalente all'espropriazione del credito vantato dal creditore-debitore<sup>67</sup> – si è sostenuta l'inevitabile applicazione delle disposizioni in materia di concorso dei creditori ed in materia di distribuzione del ricavato di cui all'art. 510 C.p.c. In altri termini, il principio della *par condicio creditorum* trova applicazione con riguardo all'ipotesi in cui più creditori del creditore concorrente nel processo di espropriazione pendente propongano la domanda di sostituzione esecutiva, come nel caso in cui altri creditori intervengano nel procedimento introdotto dalla domanda di sostituzione di uno. Nessuna preferenza, dunque, per chi agisca ai sensi dell'art. 511<sup>68</sup>. Nel fallimento, se si è certamente propensi a ritenere che il creditore solidale debba tollerare il concorso di altri creditori che versano in una situazione analoga alla sua, relativamente ai rapporti con il coobbligato fallito e con il coobbligato *in bonis*<sup>69</sup>; nelle

---

<sup>66</sup> INZITARI, *op. cit.*, p. 254.

<sup>67</sup> BALENA, *op. loc. cit.*, sul punto, si spingeva oltre affermando che nel caso in cui si fosse esclusa l'applicabilità della sostituzione esecutiva in sede fallimentare, il medesimo risultato pratico poteva essere conseguito attraverso il sequestro o il pignoramento del credito presso il curatore, al ricorrere, come ovvio, dei presupposti per il ricorso alla misura cautelare o per l'esperimento dell'azione esecutiva.

<sup>68</sup> BALENA, *op. loc. cit.*: l'A., alla luce di un accostamento dell'istituto in esame con le fattispecie di azione diretta (es. locatore nei confronti del subconduttore), ritiene inaccettabile – al di fuori delle fattispecie in cui il creditore diretto è realmente titolare di un diritto proprio nei confronti del *debitor debitoris* – per un insanabile contrasto con gli articoli 3 e 24 Cost., che l'azione si accompagni ad un perfetto *isolamento* del credito del debitore intermedio, escludendo il concorso di ogni altro creditore di tale debitore rispetto al credito medesimo; BONFATTI, *op. cit.*, p. 56.

<sup>69</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 57 nota 55: l'Autore a tal proposito riporta il fenomeno ricorrente per cui nel fallimento di uno stesso debitore concorrono più aziende di credito che hanno ricevuto garanzie

altre ipotesi, la dottrina si divide tra coloro che attribuiscono al creditore solidale il diritto di avvalersi direttamente del regresso e con preferenza rispetto agli altri creditori del coobbligato già escusso, e coloro che, all'opposto, negano al creditore solidale una simile preferenza. La dottrina sviluppata nel vigore del Codice di commercio, fondandosi sull'art. 790 cpv. e sulla locuzione ivi utilizzata, riteneva che il creditore solidale avesse diritto di escludere gli altri eventuali creditori del coobbligato in regresso<sup>70</sup>. Si sosteneva, cioè, che il diritto al prelievo attribuito dalla legge al creditore non solo lo dispensasse dall'istituire un ulteriore e separato giudizio esecutivo nei confronti del coobbligato solvente, ma pure gli attribuisse il potere di assorbire in modo diretto ed esclusivo il dividendo, con ciò equiparando, nell'effetto ultimo, la situazione a quella del creditore che riceve pagamenti durante il fallimento: l'intero dividendo, fino a completa estinzione del debito, spetta al creditore principale<sup>71</sup>.

Con l'attuale disciplina, invece, l'opinione prevalente è nel senso di negare la sussistenza di un privilegio in capo al creditore comune, stante l'espressione utilizzata dall'art. 62 ultimo comma "indubbiamente idonea a fondare un diritto di prelazione del creditore solidale"<sup>72</sup>. Questa dottrina<sup>73</sup>, infatti, ritiene da un confronto tra le espressioni utilizzate dagli articoli 62 co. 3 e 63 co. 2, che solo la seconda locuzione impiegata – "spetta al creditore *in deduzione* della somma dovuta" – e non già la prima – "diritto di

---

d'adempimento da un terzo fideiussore comune. In questi casi si ammette che ogni banca possa concorrere sulle somme spettanti al garante a titolo di regresso contro il fallito, se il *solvens* ha effettuato pagamenti a più di un creditore solidale. E così se A è fideiussore di B nei confronti di due istituti di credito C e D, con i quali rispettivamente il debito ammonta a 100 e 150, se A, anteriormente al fallimento di B, paga 70 a C e 100 a D, costoro potranno insinuarsi nel fallimento solamente per il residuo di 30 e di 50. A, dal canto suo, eserciterà il regresso di 70 e di 100, ovvero per la somma pagata in adempimento di entrambe le obbligazioni. L'Autore ritiene che in questo caso C e D hanno ciascuno preferenza per quel che spetterebbe ad A in relazione al determinato credito di regresso che concerne la loro obbligazione (C assegnazione del dividendo di 70, D assegnazione del dividendo di 100).

<sup>70</sup> Art. 790 cpv. Cod. commercio: "[...] Tuttavia il creditore conserva il diritto di *prelevare* (corsivo nostro) sino all'intero pagamento il dividendo che sarà per essere assegnato al coobbligato o al fidejussore [...]".

<sup>71</sup> BONELLI, *op. cit.*, sub art. 790, pp. 490 e ss.; AA. VV., *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, cit., p. 561; VACCARELLA, *op. cit.*, p. 65 nota 36.

<sup>72</sup> VACCARELLA, *op. loc. cit.*

<sup>73</sup> VACCARELLA, *op. loc. cit.*; AA. VV., *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, loc. cit. *Contra* BONFATTI, *op. cit.*, p. 58; PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 399; BALENA, *op. loc. cit.*

farsi *assegnare* la quota di riparto spettante al coobbligato *fino a concorrenza* di quanto ancora dovutogli” (corsivo aggiunto) – sia puntuale nell’attribuire una priorità nell’assegnazione al creditore solidale. Se però si è concordi nell’ammettere che il creditore solidale sia preminentemente tutelato dalla disciplina della solidarietà passiva nel fallimento e così dalla norma in esame, e se si propenda per concedere al creditore solidale il subingresso sul solo presupposto che egli sia ancora creditore del fallito, senza cioè far rilievo sulla qualità di creditore del *solvens*<sup>74</sup>, ci pare s’imponga la soluzione – opposta alla dottrina testé riportata – favorevole a sottrarre il creditore solidale al concorso con i creditori del condebitore solvente. Come già detto<sup>75</sup>, invero, la legge ha inteso tutelare le masse, per il caso in cui tutti i condebitori siano falliti, assicurando loro gli strumenti per ristabilire l’originaria parità tra i coobbligati, ma con ciò evitando comunque di procurare un danno al creditore<sup>76</sup>: il creditore solidale ha quindi diritto di essere preferito “fino a concorrenza di quanto ancora dovutogli”, cioè per l’ammontare residuo dell’obbligazione solidale, ma qualora le somme derivanti dal regresso risultino superiori, per l’eccedenza riprenderanno vigore le regole del concorso tra i creditori<sup>77</sup>. A

---

<sup>74</sup> Generalmente il creditore sarà ancora tale nei confronti sia del coobbligato solvente che del fallito, ma ritenere che non sia necessaria la permanente qualità di creditore del *solvens* ci permette di ammettere il subingresso del creditore solidale anche qualora il condebitore solvente sia obbligato *pro quota* e per l’ipotesi in cui egli abbia con l’adempimento parziale estinto la sua *obligatio*. Il creditore, infatti, non potrebbe rimediare all’insolvenza dell’uno con l’escussione integrale dell’altro, ed essendo la pretesa del creditore solidale nei confronti del coobbligato solvente pari a zero, gli sarebbe preclusa l’azione di sostituzione *ex* 511 C.p.c. Per evitare simili disagi, e per tutelare il creditore solidale anche in questa evenienza, dobbiamo perciò ritenere che il subingresso *ex* art. 62 co. 3 sia comunque concesso al creditore e a ciò si accompagni una sua prelazione nella assegnazione: se, infatti, come riteniamo, non è rilevante che il creditore solidale sia ancora tale nei confronti del coobbligato solvente, allora costui non può essere messo a concorso con la pretesa di altri soggetti, creditori del *solvens*.

<sup>75</sup> *Supra* in questo Capitolo § 2.

<sup>76</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 399.

<sup>77</sup> Un esempio potrà chiarire quanto detto. Si ponga un debito solidale di 100, assolto da uno dei coobbligati per 80 anteriormente al fallimento dell’altro. Il creditore s’insinuerà per il residuo di 20 ed il solvente per il regresso di 30 (cioè per l’eccedenza rispetto alla sua quota interna). Si supponga poi che la soddisfazione fallimentare sia al 60%. Il creditore percepirà 12 ed il coobbligato avrà diritto ad una quota di 18. Di questi 18, 8 andranno a soddisfare integralmente il creditore comune (80+12+8=100), ed i restanti 10, cessando la postergazione legale di produrre i suoi effetti, potranno essere attribuiti direttamente al *solvens*, o ai

riprova, poi, della inammissibilità di un concorso degli altri creditori del *solvens* sulla quota di riparto fatta propria dal creditore solidale sta pure la già detta natura di postergazione legale che la proposizione della istanza di assegnazione da parte del creditore solidale origina: se il coobbligato solvente non può pretendere di percepire quando derivi dalla collocazione sul ricavato del regresso, in quanto posposto al creditore solidale, *a fortiori* è da ritenere che neppure i creditori comuni di costui possano aspirare a tanto.

Da ultimo, esigenze di completezza impongono una breve indagine in ordine ai rapporti tra l'istituto di cui all'art. 511 C.p.c. e quello dell'art. 62 comma terzo l.fall., nonché tra il primo e la procedura fallimentare tutta. La rara dottrina che si è occupata del punto ha rilevato come gli effetti dell'istanza di assegnazione fallimentare siano incompatibili con gli effetti della domanda di sostituzione proposta da altri creditori "generici" del coobbligato, i quali potrebbero altrimenti pretendere di sostituirsi ad esso nel far valere il suo regresso nel fallimento: quando la domanda di assegnazione (*ex art. 62 co. 3*) sia proposta, "i suoi effetti sono destinati a prevalere, perché il diritto del creditore solidale alla percezione del ricavato corrispondente al regresso del coobbligato solvente impedisce che gli altri creditori di costui possano *instaurare o proseguire* (corsivo nostro) l'esecuzione sulla quota di riparto relativa"<sup>78</sup>. La domanda di subcollocazione è consentita all'opposto quando l'istanza di cui alla legge fallimentare non sia stata ancora proposta e le quote di riparto eventualmente ricevute dai creditori del coobbligato nel frattempo sarebbero salve<sup>79</sup>. Va osservato, poi, che nel caso in cui "nelle more fra la domanda di sostituzione e l'emanazione del provvedimento di distribuzione del ricavato sopraggiunga il fallimento del creditore-debitore sostituito, ai sensi dell'art. 52 l.fall., l'azione *ex art. 511 C.p.c.* dovrà essere dichiarata improcedibile, in ossequio al principio concorsuale, che attribuisce al tribunale fallimentare l'accertamento in via esclusiva dei crediti da chicchessia vantati nei confronti del fallito"<sup>80</sup>.

---

creditori di costui che abbiano fatto domanda di sostituzione *ex art. 511 C.p.c.*, nel rispetto delle regole del concorso tra creditori.

<sup>78</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 60.

<sup>79</sup> L'art. 114 dispone infatti che la restituzione delle somme riscosse possa avvenire solo in accoglimento di domande di revocazione.

<sup>80</sup> Trib. Rovereto 19 novembre 1998 in *Foro it.*, 1999, I, 2098.

## 8. Effetti del subingresso

L'art. 62 comma terzo non precisa se al creditore solidale, al quale compete il diritto di farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato solvente a titolo di regresso, possa con ciò sostituirsi al coobbligato nei diritti e nei poteri generalmente connessi alla condizione di creditore concorsuale e concorrente e, quindi, disporre dei mezzi di tutela della pretesa, contestare le pretese altrui, nonché esprimere il diritto di voto sulla eventuale proposta di concordato fallimentare. In altre parole, occorre chiedersi se la sostituzione nella posizione processuale – e non già sostanziale – del condebitore sia integrale, oppure limitata al solo aspetto della riscossione.

Con riguardo alla sostituzione nei mezzi processuali, la soluzione al nostro quesito pare non poter venire dalla disciplina comune e quindi dall'art. 511 C.p.c.: in ordine ai poteri del *creditor creditoris* la dottrina appare, infatti, divisa tra coloro che investono il debitore del solo diritto di partecipare alla distribuzione, e coloro che, all'opposto, per tutelare maggiormente la posizione del creditore del creditore, investono costui, in via surrogatoria di tutti i poteri spettanti al creditore sostituito e, quindi, ad esempio il potere di sollevare contestazione degli altri crediti concorrenti in sede di distribuzione *ex art.* 512, nonché quello di provocare gli atti esecutivi<sup>81</sup>. Anche coloro che propendono per la prima soluzione, però, precisano che il creditore sostituito non possa compiere atti in pregiudizio del creditore sostituito (es. rinuncia agli atti)<sup>82</sup>. La giurisprudenza di legittimità pare confermare comunque la seconda posizione, laddove riconnette all'azione di cui all'art. 511 un fine non soltanto satisfattivo, ma pure surrogatorio, così legittimando, di conseguenza, il secondo creditore a resistere (accanto ed in sostituzione del creditore procedente) nel giudizio di opposizione al progetto di distribuzione, in considerazione del fatto che il suo credito potrebbe subire una falciatura in accoglimento di istanze altrui, nonché a promuovere le contestazioni di cui all'art. 512<sup>83</sup>. Ciò detto, in ambito fallimentare, a nostro avviso, la questione va posta nei termini non di una legittimazione esclusiva all'esercizio dei mezzi processuali da parte del creditore solidale, ma di un

---

<sup>81</sup> SATTÀ, PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, 2000, p. 637; LUISO, *Diritto processuale civile*, III, III ed., Milano, 2000, p. 161.

<sup>82</sup> BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962, p. 278; CASTORO, *Il processo d'esecuzione nel suo aspetto pratico*, VIII, Milano, 1998, p. 302.

<sup>83</sup> Cass., 6 marzo 1969 n. 735, in *Foro it.*, 1969, 1, 2671.

riconoscimento di una duplice legittimazione in capo al creditore diretto (condebitore in regresso) ed al creditore solidale. Non si spiegherebbe altrimenti il *diritto* di concorrere nel fallimento riconosciuto al *solvens* al secondo comma dell'art. 62, se questi, poi, fosse sprovvisto di ogni mezzo per tutelare tale posizione. D'altro canto però, escludere il creditore solidale da simili mezzi parrebbe parimenti improprio, poiché, come ovvio, stante il subingresso, pure costui ha tutto l'interesse a difendere la quota del coobbligato, sia nel presupposto (e cioè a difendere l'ammissione al passivo della pretesa del creditore in regresso, se da altri contestata) sia nell'ammontare (e quindi ad evitare che partecipino al concorso pretese infondate, inopponibili alla massa, o prive della collocazione preferenziale ad esse erroneamente attribuita). Non dobbiamo trascurare poi, che il creditore solidale, a prescindere dal riconoscimento di una legittimazione processuale sostitutiva, essendo egli stesso creditore del fallito è certamente munito di legittimazione ad agire propria, che pure in questi medesimi casi potrà bastare. Per ciò stesso, indipendentemente dal subingresso, egli può proporre impugnazione *ex art. 98 l.fall.* per contestare l'ammissione della domanda altrui. L'art. 99 comma ottavo, poi, consente l'intervento di qualunque interessato nei procedimenti per le impugnazioni di cui all'articolo precedente. Ed il creditore solidale può dirsi a ciò certamente interessato, se preoccupato dalla condotta tenuta dal *solvens* nei confronti delle contestazioni sollevate dai terzi contro la sua partecipazione per il regresso.

Per quanto concerne il diritto di voto in sede di concordato fallimentare, il creditore del coobbligato del fallito non ci pare acquistare, in virtù dell'assegnazione, il diritto esclusivo ad esprimere il voto sulla proposta di concordato e ciò per due ordini di ragioni, l'una testuale, l'altra sostanziale. L'art. 127 l.fall. prevede espressamente che gli aventi diritto di voto siano i creditori indicati nello stato passivo reso esecutivo ai sensi dell'art. 97 l.fall. e tra questi certamente figureranno – beninteso se ammessi al concorso – il creditore solidale ed il creditore di regresso, coobbligato del fallito parzialmente escusso. Il concordato, poi, incide non tanto e non solo sulla misura della futura quota di riparto, ma pure sul diritto di credito in senso sostanziale: l'art. 135 l.fall., nello stabilire l'effetto c.d. esdebitatorio del concordato, fa comprendere come il voto espresso in questa sede equivalga per effetti alla rinuncia alla pretesa sostanziale. Il creditore, cioè, votando favorevolmente al concordato, rinuncia alla parte eccedente la percentuale concordataria.

In quest'ottica pare doveroso concedere al creditore solidale, nonché al creditore di regresso il diritto di voto personalmente e ciascuno in ragione della rispettiva pretesa<sup>84</sup>.

## 9. Natura del subingresso

Alla luce di tutto quanto detto sopra, giuste conclusioni s'impongono con riguardo alla natura del meccanismo predisposto dal legislatore. Occorre anzitutto sgomberare il campo da alcune tra le varie interpretazioni proposte dalla dottrina con riguardo all'argomento.

Spesso l'art. 62 comma terzo è stato interpretato nel senso di un'azione surrogatoria concessa al creditore solidale a norma dell'art. 2900 c.c.<sup>85</sup>. Sconfessare una siffatta visione risulta abbastanza agevole dal momento che la lettera dell'art. testé richiamato condiziona l'esercizio di detta azione a due presupposti, oltre la natura patrimoniale e non personale dei diritti o delle azioni che con essa s'intendono far valere: il primo, l'*eventus damni*, il creditore deve cioè agire "per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni", allo stato invece pregiudicate dall'inerzia del suo debitore, il secondo, l'appena menzionata inerzia del debitore, il quale "trascura di esercitare" diritti e azioni che gli spettano verso terzi<sup>86</sup>. L'art. 62 comma terzo non solo non contempla l'inerzia del coobbligato, ma addirittura dà per presupposta l'azione dello stesso, nella forma della domanda di ammissione al passivo: il capovero menzionato, infatti, principia con l'avverbio "tuttavia", al quale deve propriamente riconoscersi significato avversativo, nonostante cioè il condebitore abbia il diritto di concorrere per il regresso e azioni tale diritto nel fallimento, l'esisto di una tale azione va riconosciuto al creditore solidale, il quale ha il diritto di farsi assegnare la "quota di riparto" (pure tale locuzione dà per avvenuta non già e non solo l'insinuazione del creditore di regresso, ma pure la sua ammissione alla procedura, nonché l'avvio del procedimento di ripartizione).

Non può dirsi condivisa nemmeno l'opinione che voglia nell'art. 62 ultimo comma vedere una azione esecutiva speciale: se infatti alla realizzazione di ciò

---

<sup>84</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 65.

<sup>85</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 67 riporta la posizione di FORTE, *Rivalsa tra coobbligati nel fallimento di uno di essi*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 764.

<sup>86</sup> Sull'azione surrogatoria, natura, limiti e requisiti, si veda *amplius infra* in questo Capitolo § 11.

occorrerebbero un titolo esecutivo, nonché una pretesa attuale del creditore solidale nei confronti del coobbligato solvente, a tombare una simile impostazione basti la memoria che per darsi subingresso nella quota di riparto del creditore di regresso, al creditore solidale è richiesto di essere solamente ancora creditore nei confronti del fallito, essendo irrilevante, per le ragioni già esposte, che tale natura si conservi pure con riguardo al condebitore solvente. Per queste stesse ragioni, poi, non possiamo aderire all'opinione di chi voglia nella disposizione più volte richiamata vedere un fenomeno di surrogazione nel processo esecutivo.

Terminata questa breve rassegna, ci pare di poter ribadire, ora con maggior vigore, come l'istituto del subingresso debba essere inteso quale mezzo tecnico con cui il legislatore consente al creditore solidale di ottenere la postergazione della pretesa di regresso del coobbligato solvente<sup>87</sup>.

## 10. Il subingresso a processo

La formulazione letterale dell'art. 62 comma terzo, nonché i principi generali in materia di formazione dello stato passivo fallimentare fanno propendere per la necessità di una domanda esplicita di subingresso<sup>88</sup> e non già per una assegnazione d'ufficio al creditore solidale della quota di riparto spettante al coobbligato solvente. Una certa dottrina ritiene, poi, che il creditore possa esercitare il subingresso chiedendo al momento del riparto l'attribuzione della somma, senza necessità di proporre una autonoma insinuazione per la quota in questione, e ciò per non aumentare artificiosamente il passivo: “la legge fallimentare consente al creditore che insinuato al passivo “subisce” il concorso per il regresso del coobbligato di volgere a proprio favore tale partecipazione del coobbligato e quindi di farsi assegnare in sede di riparto, senza quindi che sia

---

<sup>87</sup> AA. VV., *Diritto fallimentare [manuale breve]*, cit., p. 294; BONFATTI, *op. cit.*, p.73.

<sup>88</sup> Stante l'analogia con l'art. 511 C.p.c. va ricordato come la domanda di sostituzione vada proposta a norma dell'art. 499 co. 2 C.p.c. e quindi a mezzo *ricorso* contenente l'indicazione del credito, il titolo di esso, la domanda per partecipare alla distribuzione della somma ricavata e la dichiarazione di residenza o la elezione di domicilio nel comune in cui ha sede il giudice dell'esecuzione, nonché allegando i documenti dimostrativi del diritto (es. estratto autentico scritture contabili). Il ricorso deve essere depositato prima dell'udienza di vendita o di assegnazione.

necessaria una nuova insinuazione al passivo, la quota di riparto spettante al coobbligato logicamente sino alla concorrenza del suo credito”<sup>89</sup>. Si ritiene cioè che il procedimento di formazione dello stato passivo sia inidoneo allo scopo, posto che, con l’istanza di assegnazione, non si tratta di accertare una ulteriore pretesa, che andrebbe ad incrementare la massa passiva: in altri e più precisi termini, il subingresso non è di per sé un credito da sottoporre al giudizio di verifica dello stato passivo, non si discute cioè dell’idoneità del credito a partecipare al concorso o della sua collocabilità sul ricavato capiente, bensì della “scelta del soggetto al quale attribuire il diritto di percepire in sede di riparto, tra due creditori in tesi ugualmente legittimati (ma sulla base di titoli diversi)”<sup>90</sup>. La sede a ciò più idonea si profila essere, dunque, la ripartizione dell’attivo, secondo le norme di cui agli artt. 110 e ss. l.fall. Il dato letterale della norma pare poi condurre in questa stessa direzione: attribuendo, infatti, il diritto di domandare l’assegnazione della “quota di riparto”, presuppone redatto un prospetto delle somme disponibili ed un progetto di ripartizione delle medesime. Allo scopo, il vecchio testo dell’art. 110 contemplava la possibilità per i creditori di far pervenire, entro dieci giorni dall’avviso del progetto di ripartizione presentato dal curatore, osservazioni a tale progetto, e proprio questa era considerata essere la forma per avanzare istanza di assegnazione. Proprio questa stessa facoltà è oggi sostituita all’art. 110 co. 3 dalla possibilità per i creditori, entro il termine perentorio di 15 giorni dalla ricezione della comunicazione del progetto di ripartizione, di proporre reclamo al giudice delegato contro il progetto di riparto ai sensi dell’art. 36. La lettura del primo comma di quest’articolo potrebbe lasciarci particolarmente dubbiosi sulla attuale idoneità dello strumento del reclamo alla formulazione di istanza di assegnazione, stante la proponibilità dello stesso “per violazione di legge”. E di nessuna violazione di legge pare potersi trattare con riguardo al *diritto* del creditore di farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato. Soluzione possibile ad una tale *impasse* potrebbe venire dal considerare il rinvio operato dall’art. 110 co. 3 all’art. 36 esteso alle sole modalità di svolgimento, nonché al provvedimento decisorio: “il giudice delegato, sentite le parti, decide con decreto motivato, omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio” (art. 36 co. 1

---

<sup>89</sup> INZITARI, *op. cit.*, p. 254; AA. VV., *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, *cit.*, p. 561; LO CASCIO, *op. cit.*, p. 493; Trib. Roma 17 luglio 1963.

<sup>90</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 76.

ultimo periodo). A conferma della liceità di una tale evenienza potremmo addurre le disparità esistenti, per espressa volontà legislativa, tra i termini per proporre reclamo al giudice di cui agli articoli 110 e 36 l.fall.: se infatti l'art. 110 prevede il termine perentorio di quindici giorni a decorrere dalla comunicazione del progetto di ripartizione, l'art. 36 concede quello diverso ed inferiore di otto giorni dalla conoscenza dell'atto, con ciò dimostrando come, con riguardo al progetto di riparto, il legislatore si sia disinteressato ai limiti di tempo (ed aggiungerei alle limitazioni in ordine ai motivi di reclamo) fissati all'art. 36. Ammettere una tale soluzione avrebbe il pregio di soddisfare in modo adeguato le esigenze di speditezza<sup>91</sup>, pure coltivate dal legislatore con riguardo alla domanda di sostituzione del codice di rito<sup>92</sup>, nonché assicurare un altrettanto adeguato ed auspicabile contraddittorio tra le parti: il coobbligato solvente deve avere la possibilità di difendere il suo diritto di far valere nel suo interesse il regresso contro il fallito; il creditore solidale, dal canto suo, deve poter conoscere e contraddire su un eventuale provvedimento di rigetto della propria domanda<sup>93</sup>. Una volta ammesso che l'istanza di assegnazione vada proposta in sede di reclamo, giocoforza dobbiamo ritenere applicabile pure in questo caso l'ultimo comma dell'art. 110: il progetto di ripartizione, nonostante il reclamo, sarà dichiarato esecutivo con accantonamento delle somme corrispondenti al credito oggetto di contestazione, il provvedimento che decide sul reclamo disporrà in ordine alla destinazione delle somme accantonate e quindi, in caso di accoglimento dell'istanza, per la loro assegnazione al creditore solidale.

In passato, ad attanagliare ulteriormente l'interprete erano questioni oggi fortunatamente risolte dalla penna del legislatore. In seguito alla nota sentenza della Corte costituzionale 23 marzo 1981 n. 42 – la quale dichiarava la illegittimità costituzionale dell'art. 26, in relazione all'art. 23, del r.d. 16 marzo 1942 n. 267 nella parte in cui

---

<sup>91</sup> Il procedimento di formazione dello stato passivo non si presterebbe a soddisfare tali esigenze in quanto soggetto alla disciplina di cui agli articoli 98 e 99 l.fall.

<sup>92</sup> L'art. 511 co. 2 prevede espressamente come la risoluzione delle contestazioni di cui alle domande di sostituzione (art. 512 C.p.c.) non possa ritardare la distribuzione della somma ricavata.

<sup>93</sup> Come si nota, non pare essere necessario estendere il contraddittorio a creditori concorrenti e curatore fallimentare: il ceto creditorio infatti non può dirsi pregiudicato dalla sostituzione di un soggetto ad un altro nella partecipazione ad un riparto per un credito (di regresso) già definitivamente accertato nel fallimento; il curatore, poi, non può dire pregiudicato l'interesse della procedura, non pagherà, infatti, al creditore subingrediente più di quello che corrisponderebbe al *solvens*, se l'istanza d'assegnazione mancasse.

assoggettava al reclamo del tribunale, disciplinato nel modo ivi allora previsto, i provvedimenti decisori emessi dal giudice delegato in materia di piani di riparto dell'attivo, per violazione dell'art. 24 Cost.<sup>94</sup> – si era erroneamente<sup>95</sup> pensato il decreto di esecutorietà del piano di riparto emesso dal giudice delegato in virtù dell'art. 110 (vecchia formulazione) non potesse essere più reclamato dinnanzi al tribunale fallimentare, stante l'eliminazione dell'istituto dall'ordinamento proprio in conseguenza della pronuncia di illegittimità, e ciò con conseguenze non trascurabili: sarebbe mancata, infatti, la possibilità di sottoporre ad un nuovo giudizio di merito, con riesame degli elementi di fatto, il provvedimento del giudice delegato, soggetto esclusivamente al ricorso per Cassazione *ex art. 111 Cost.* Oggi – beninteso se si condivida la tesi per cui la sede più appropriata per proporre istanza di assegnazione è il reclamo contro il progetto di riparto *ex art. 36 l.fall.* – incertezze tali come quelle che hanno animato la dottrina dagli anni

---

<sup>94</sup> La Consulta ritenne la tutela dei diritti soggettivi resa impossibile dalla eccessiva brevità del termine (3 giorni) previsto dall'art. 26 per l'esperimento del reclamo, nonché dalla sua concorrenza dalla data del decreto, con ciò vulnerando il diritto di difesa costituzionalmente garantito, "il cui effettivo esercizio postula appunto che il termine di decadenza dall'impugnazione sia congruo, e che decorra dal momento in cui l'interessato all'impugnativa abbia avuto notizia della emanazione dell'atto impugnabile, o quanto meno tale notizia abbia attinto un livello di conoscibilità da parte dell'interessato medesimo". In aggiunta, la sommarietà del contraddittorio, essendo allora previsto che il tribunale investito del reclamo avesse soltanto la facoltà e non l'obbligo di sentire in camera di consiglio le parti, e la forma di decreto per la quale non si richiedeva motivazione non garantivano adeguatamente né l'effettivo esercizio dell'azione in giudizio né la difesa della parte nel corso del procedimento.

<sup>95</sup> Come la stessa Cassazione (Cass., 9 aprile 1984 n. 2255 in *Foro it.*, 1984, I, 2239) ebbe a precisare infatti "la sentenza della Corte cost. n. 42 del 1981, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 26 l.fall. [...] comporta la eliminazione dall'ordinamento *non* (corsivo nostro) del suddetto istituto del reclamo, unitariamente considerato, ma soltanto della sua regolamentazione positiva, in quanto interferente sulla pienezza della tutela giurisdizionale degli interessati, circa l'eccessiva brevità del termine e la sua decorrenza dalla data del decreto del giudice delegato, nonché la mancanza di un obbligo del tribunale di sentire le parti e di motivare la decisione sul reclamo. Dopo detta pronuncia [...] mentre restano ferme le impugnazioni previste dal decreto reso dal giudice delegato con reclamo al tribunale e della decisione adottata dal tribunale con ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 Cost., [...] trovano applicazione le norme generali degli artt. 737-742 *bis* C.p.c. sul procedimento in camera consiglio, con la conseguenza che il termine per il reclamo medesimo è di dieci giorni [ art. 739 co. 2 prima parte C.p.c.], che il suo decorso va fissato a partire dal deposito del decreto del giudice delegato, che il tribunale ha l'obbligo di sentire in camera di consiglio le parti [art. 739 C.p.c.] e di motivare il provvedimento che definisce il procedimento stesso [art.737 C.p.c.].

ottanta alle riforme avvenute con D.lgs. 9 gennaio 2006 n.5 e D.lgs. 12 settembre 2007 n.169 sono destinate a trovare composizione nel secondo comma del citato articolo, il quale, allo scopo, dispone che “contro il decreto del giudice delegato è ammesso ricorso al tribunale entro otto giorni dalla data di comunicazione del decreto medesimo. Il tribunale decide entro trenta giorni, sentito il curatore e il reclamante, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, con decreto motivato non soggetto a gravame”. Con questa disposizione pare essere sufficientemente presidiato il diritto alla difesa costituzionalmente garantito (art. 24 Cost.) e così soddisfatte tutte le esigenze a ciò connaturate e quindi, in particolare, il termine congruo, la decorrenza dello stesso dalla conoscenza del provvedimento impugnabile, l’obbligatorietà del contraddittorio seppur nel suo contenuto minimo<sup>96</sup>, nonché la conclusione a mezzo di un provvedimento motivato. A determinare la legittimazione a proporre reclamo soccorre l’art. 26 l.fall., il quale al suo secondo comma dispone che il reclamo contro i decreti del giudice delegato può essere proposto “dal curatore, dal fallito, dal comitato dei creditori e da chiunque vi abbia interesse”. Poiché, come già detto, il curatore, il fallito e la generalità dei creditori concorrenti avranno raramente ragione di dolersi sull’istanza di assegnazione, quale ne sia il contenuto, ciò che maggiormente interessa, in questa sede, è riconoscere al creditore solidale ed al condebitore solvente titolare del regresso, tramite la locuzione “chiunque vi abbia interesse”, la possibilità di sollevare le loro contestazioni per il caso rispettivamente di rigetto e di accoglimento dell’istanza di assegnazione<sup>97</sup>. La decisione del Tribunale rivestirà la forma del decreto motivato, il quale non ulteriormente impugnabile per motivi di merito, sarà comunque soggetto a ricorso per Cassazione ai sensi dell’art. 111 Cost.,

---

<sup>96</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 85 nota 98 cita COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 577, per il quale il contenuto minimo del contraddittorio va inteso nei termini seguenti: a) esigenza che il contraddittorio sia provocato a mezzo di atto recettizio che assicuri la conoscenza legale del procedimento in atto e preveda termini sufficienti alla concreta esplicazione del contraddittorio; b) diritto alla prova e garanzie sul metodo di acquisizione della prova (tutte le parti devono essere poste nella condizione di interloquire sulle prove offerte da altri o disposte d’ufficio) (a tal proposito si veda CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*. Tomo primo – *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, VI ed., Padova, 2008, pp. 47 e ss.: l’Autore parla di “dialetticità trilatera” del processo espressa in passato con la definizione di Bulgaro di *actus trium personarum*); c) informazione delle parti con riguardo a tutte le circostanze cui la legge ricollega oneri, preclusioni o decadenze; d) definizione del procedimento mediante provvedimento motivato.

<sup>97</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 77 e ss.

trattandosi, pur nella forma di decreto, di un provvedimento suscettibile di incidere su posizioni di diritto soggettivo e quindi dal contenuto decisorio.

Ragioni di completezza ci impongono di affrontare, alla luce della disciplina attuale, un quesito che la dottrina si era posta nel vigore di una disciplina ormai passata<sup>98</sup>: riconosciuta l'attitudine del reclamo al piano di riparto ad ospitare l'istanza di assegnazione, ci si deve domandare se il creditore solidale possa proporre tale istanza prima della fase di distribuzione. Ci pare una soluzione positiva possa essere ricercata nell'art. 95 l.fall. Il curatore, cioè, dopo aver esaminato le domande di ammissione al passivo proposte ex art. 93, tra gli altri, dal creditore solidale e dal coobbligato solvente agente in regresso, rassegnerà per esse motivate conclusioni e depositerà il progetto di stato passivo almeno quindici giorni prima della data fissata per l'udienza per l'esame dello stato passivo. Il creditore solidale avrà quindi la possibilità di esaminare tale progetto, e nell'ipotesi in cui entrambi i crediti (credito solidale residuo – credito di regresso) siano positivamente inseriti, potrà presentare osservazioni scritte e documenti integrativi in merito al suo diritto di farsi assegnare quanto di spettanza del coobbligato in sede di ripartizione dell'attivo. All'udienza fissata per l'esame dello stato passivo, il giudice delegato, in seguito ad atti d'istruzione se richiesti, dopo aver sentito il fallito che ne abbia fatto istanza, deciderà su ciascuna domanda, nei limiti delle conclusioni formulate dal curatore e dall'istante, nonché delle eccezioni sollevate o rilevabili d'ufficio. Un decreto succintamente motivato accoglierà in tutto o in parte, ovvero respingerà o dichiarerà inammissibile ogni domanda proposta, con ciò formando lo stato passivo che verrà reso esecutivo con il deposito in cancelleria. In altri termini, in questa sede il giudice è chiamato a pronunciarsi in merito non solo all'esistenza ed alla opponibilità al fallimento di determinate pretese, ma anche al loro diritto di concorrere sui valori dell'attivo in ragione di un differente ordine gerarchico. A seconda, cioè, dei crediti costituenti il titolo della partecipazione, egli dovrà aver cura di indicare non solo i privilegi, ma pure le ipotesi postergazione: "privilegio e chirografo non esauriscono, infatti, i possibili gradi di ordinazione dei crediti, ad essi affiancandosi anche la

---

<sup>98</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 98: l'Autore riconduce la fattispecie nell'ambito di applicazione dell'art. 25 n. 8 l.fall. (vecchio testo), il quale tra i poteri del giudice delegato annoverava pure quello di procedere con la cooperazione del curatore all'esame preliminare dei crediti, dei diritti reali vantati dai terzi, e della relativa documentazione. Oggi l'articolo in parola è stato sostituito dal potere del giudice delegato di procedere all'accertamento dei crediti e dei diritti reali e personali vantati da terzi, a norma del Capo V.

postergazione”<sup>99</sup>. Ci pare possano dirsi pure in quest’eventualità soddisfatte tutte le esigenze di contraddittorio che ci avevano preoccupati ed occupati in relazione al reclamo di cui all’art. 36: in particolare, “compatibilmente con le esigenze di speditezza del procedimento” (art. 95 co. 3 l.fall.), alle parti tutte è data la possibilità di intervenire in udienza, il provvedimento conclusivo è costituito da un decreto motivato, al curatore è dato il compito di comunicare l’esito del procedimento di accertamento a ciascun creditore, nonché l’avvenuto deposito in cancelleria dello stato passivo, perché, se del caso, le parti possano proporre contro di esso entro trenta giorni le impugnazioni di cui all’art. 98 l.fall.

Merita accenno l’ipotesi in cui il creditore solidale per il tramite dell’articolo 62, e quindi a mezzo di insinuazione personale per il residuo (art. 62 co. 1) e di assegnazione della quota di riparto astrattamente spettante al coobbligato (art. 62 co. 3), giunga a percepire dai riparti una somma superiore all’ammontare residuo dell’obbligazione solidale spettantegli. In quest’eventualità, invero piuttosto remota, stante la falcidia fallimentare alla quale il creditore solidale si trova sottoposto in qualità di creditore concorrente, si pone il problema di una eccedenza indebitamente percepita, e che certamente il creditore non ha titolo per trattenere. L’art. 114 l.fall. rubricato “restituzione somme riscosse” non ammette che i pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto possano essere ripetuti, salvo il caso dell’accoglimento della domanda di revocazione di cui all’art. 98 co. 4 l.fall. Tuttavia, visti i presupposti, tale impugnazione non può dirsi esperibile nel nostro caso. Ciò che si contesta, infatti, non è la falsità, il dolo, l’errore essenziale di fatto o la mancata conoscenza di documenti decisivi non prodotti tempestivamente per causa non imputabile, tali da aver determinato un erroneo provvedimento di accoglimento o di rigetto, bensì la percezione di un indebito da parte di un soggetto (creditore dell’obbligazione solidale) legittimato al concorso. In altri termini, il creditore ad attivo ripartito ha conseguito dal fallimento più della parte non ricevuta dagli altri coobbligati, pur non avendo diritto a quest’esubero. Alla luce delle disposizioni menzionate, unica soluzione praticabile pare essere, quindi, la ripetizione dell’indebito oggettivo *ex art. 2033 c.c.*, in sede extrafallimentare, laddove semplicemente si ammette che “chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato”. Invero, una residua possibilità ci pare possa profilarsi nel fallimento, ma nella sola

---

<sup>99</sup> AA. VV., *Diritto fallimentare [manuale breve]*, cit., p. 291.

eventualità in cui il coobbligato particolarmente attento, esaminando il progetto di ripartizione presentato dal curatore *ex art. 110 l.fall.*, si accorga della eventuale eccedenza che il creditore solidale percepirebbe se si procedesse al riparto parziale così come progettato. In questo caso, e quindi prima del pagamento, il condebitore potrebbe proporre reclamo *ex art. 36 l.fall.* al giudice delegato, contro il progetto di riparto. L'articolo 62 comma terzo, in effetti, prevede il diritto del creditore di farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato, ma solo "fino a concorrenza di quanto ancora dovutogli": pertanto, procedere al riparto parziale così come progettato, e quindi effettuare un pagamento per una somma non dovuta, costituirebbe "violazione di legge" (art. 36 co. 1 l.fall.), tale da giustificare il reclamo.

## **11. Il caso di inerzia del *solvens* parziale**

L'art. 62 comma terzo non pare dar rilievo all'ipotesi in cui il coobbligato solvente trascuri di esercitare il suo diritto di regresso nel fallimento, anzi suppone chiaramente che il *solvens* si sia insinuato al passivo facendo valere il proprio diritto di regresso contro il coobbligato fallito ed il relativo credito sia ammesso alla collocazione sul ricavato in ipotesi capiente. Essendo la partecipazione del coobbligato utile principalmente al creditore che può così esercitare il subingresso, si pone il problema di stabilire se il creditore solidale possa far valere il regresso in via autonoma, per l'ipotesi in cui il coobbligato solvente non vi provveda, al fine di subingredire al coobbligato nella relativa quota di riparto. Una certa dottrina concede al creditore la possibilità di far valere in via surrogatoria *ex art. 2900 c.c.* l'insinuazione al passivo che avrebbe potuto esercitare il coobbligato che ha adempiuto parzialmente prima del fallimento<sup>100</sup>. Prima di ammettere questa eventualità, entro quali limiti e per quali situazioni, è bene procedere, quindi, con una breve disamina dello strumento dell'azione surrogatoria.

L'azione surrogatoria, unitamente alla azione revocatoria e al sequestro conservativo (e separazione dei beni del defunto) forma la categoria dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale nel quadro del generale principio di responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'art. 2740 c.c. La prevalente dottrina, e

---

<sup>100</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 492.

così pure la giurisprudenza, attribuiscono, dunque, a tale azione funzione conservativo-cautelare, consentendo per il suo tramite di acquisire al patrimonio *del debitore* un bene che questi non consegua omettendo di esercitare un proprio diritto verso terzi<sup>101</sup>. Al creditore non viene trasferita la titolarità e nemmeno la contitolarità del diritto o dell'azione trascurati dal debitore – che non viene sostanzialmente spossessato – ma solo il potere del loro esercizio: “dalla surrogatoria deriva per il creditore soltanto l’*effetto indiretto* della conservazione o dell’incremento del patrimonio del debitore, e cioè l’aumento delle probabilità di un buon esito dell’azione esecutiva, che egli eventualmente decida di esercitare nei suoi confronti”<sup>102</sup>, *effetti immediati* si realizzano solo per il titolare del diritto. In altri termini, la legge non vuole spossessare il soggetto surrogato, ma solo legittimare il creditore a far valere i diritti del proprio debitore nei confronti del debitore del debitore. Si tratta di una legittimazione straordinaria ad agire, poiché si ammette la titolarità del diritto d’azione pur senza l’affermazione di titolarità del diritto sostanziale azionato, ed anzi dichiarando di voler ottenere tutela per un diritto altrui, e quindi a sé formalmente estraneo<sup>103</sup> (art. 81 C.p.c.). La dottrina più antica scorgeva nell’azione una funzione esecutiva nell’ipotesi in cui il creditore attraverso l’esercizio dell’azione consegua dal terzo il bene dovuto dal debitore, ma la dottrina più recente ha comunque precisato che nemmeno in quest’ipotesi sussiste funzione satisfattiva, in quanto il bene si considera acquisito al patrimonio del debitore nei cui confronti il creditore è obbligato al rendiconto e alla restituzione, né qualora il bene rimanga acquisito al patrimonio del creditore, poiché in questo caso il riconoscimento all’agente in via surrogatoria della prestazione dovuta dal *debitor debitoris* è prodotto dall’intervento di un istituto ulteriore, quale la compensazione, se il credito originario possiede i requisiti di cui all’art. 1243 c.c. Vari i presupposti dell’azione surrogatoria, primo tra tutti però l’esistenza del credito, occorre cioè che il soggetto abbia attualmente la qualità di creditore per essere legittimato all’intervento surrogatorio nella sfera patrimoniale del debitore. In quanto mezzo diretto a proteggere il creditore dal pericolo di lesione del diritto di credito, è destinato ad esaurire la sua funzione quando la situazione protetta si sia realizzata o estinta. Occorre poi

---

<sup>101</sup> CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*. Tomo secondo - *Profili Generali*, VI ed., Padova, 2008, pp. 227 e ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *Surrogatoria (azione)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, p.1-2; GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 950 e ss.

<sup>102</sup> DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 2.

<sup>103</sup> CONSOLO, *op. loc. cit.*.

l'inerzia obiettivamente ingiustificata del debitore, cioè il suo non adoperare la diligenza necessaria nella tutela dei suoi diritti (pur non rimanendo totalmente inattivo), di modo che ciò sia quantitativamente e qualitativamente sufficiente a determinare un pericolo di insolvenza<sup>104</sup>. Non è richiesto il comportamento omissivo<sup>105</sup> sia ascrivibile a colpa del debitore, né rileva la sua durata o gravità. Si è però osservato che “qualora l'inerzia risulti obiettivamente giustificata (un diverso comportamento si rivelerebbe inutile, non conveniente, o anche dannoso), il creditore non è legittimato a surrogarsi per mancanza delle condizioni necessarie. Il rilievo riguarda i casi in cui, ad esempio, il debitore non promuove un'azione esecutiva nei confronti del proprio debitore che risulta insolubile [...]”<sup>106</sup>. Da ultimo, il contegno omissivo del debitore deve essere pregiudizievole, tale cioè da produrre o aggravare il pericolo di insolvenza, ossia l'insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare le ragioni del creditore. Deve cioè sussistere un rapporto di causalità diretta tra il contegno omissivo del debitore ed il pericolo di perdere la garanzia, o l'aggravarsi del rischio di subire il danno patrimoniale. Il creditore quindi agisce per un suo interesse, a che il suo debitore non s'impoverisca o perda occasione di arricchirsi a causa della sua inerzia o trascuranza. La giurisprudenza, poi, ritiene che il pericolo di danno si delinei “nell'eventualità che il patrimonio del debitore, in conseguenza del suo comportamento inerte o negligente, non offra adeguate garanzie per il soddisfacimento del credito”, non occorrendo pertanto “l'accertamento effettivo dello stato di insolvenza del debitore, e cioè un pregiudizio attuale e certo per il creditore, essendo sufficiente un pericolo di insolvenza e quindi un nocumento possibile”<sup>107</sup>. L'ambito di incidenza della potestà surrogatoria è poi limitato alle situazioni giuridiche, sostanziali o processuali, che

---

<sup>104</sup> Cass., 11 maggio 2009 n. 10744 ammette che l'azione surrogatoria possa essere esperita dal creditore quando l'attività del debitore sia qualitativamente o quantitativamente insufficiente per la tutela della situazione giuridica del debitore stesso all'interno del rapporto con il terzo, ma esclude che il principio possa essere esteso al punto da consentire l'interferenza del creditore particolarmente zelante anche rispetto a quelle attività (o volontarie inerzie) del debitore che si risolvano in atti di disposizione dei suoi diritti, e siano come tali manifestazione della sua volontà di gestione, piuttosto che indice di trascuratezza. A tal proposito, si veda anche Cass., 18 febbraio 2000 n. 1867.

<sup>105</sup> Per i comportamenti attivi che si risolvono in un pregiudizio della garanzia patrimoniale esistono altri mezzi, quali il sequestro conservativo e l'azione revocatoria. Si vedano a tal proposito Cass., 8 aprile 2003 n. 5455, in *Mass. Giur. it.*, 2003 e Cass., 18 marzo 2003 n. 3981, in *Mass. Giur. it.*, 2003.

<sup>106</sup> DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 9.

<sup>107</sup> Cass., 20 ottobre 1975 n. 3448 in *Rep. Giust. civ.*, 1975, voce *Surrogatoria*, n. 1.

abbiano per oggetto un bene di natura economica; il risultato utile per il creditore è, infatti, l'attribuzione di una somma di denaro che entra a far parte del patrimonio del debitore. Sono esclusi dall'esercizio surrogatorio i diritti inerenti la persona del debitore, cioè quelli in cui la "discrezionalità del titolare, libero di decidere se esercitare o meno il suo diritto, sia configurabile come un aspetto essenziale della tutela accordata"<sup>108</sup>. Il creditore che agisca giudizialmente deve citare il debitore al quale intenda surrogarsi, realizzandosi un'ipotesi di litisconsorzio necessario *ex art. 102 C.p.c.*

Alla luce di quanto sopra, il creditore solidale può far valere il credito di regresso in via surrogatoria al fine di succedere nella quota di riparto, ogniqualvolta sussistano tutti gli estremi previsti per tale azione dall'art. 2900 c.c. Ciò tuttavia non si verifica sempre: alludo primariamente alle ipotesi in cui il pagamento parziale del coobbligato in solido, pur non estinguendo il *debitum* nei confronti del creditore, abbia però estinta l'*obligatio* del *solvens*. L'esercizio della azione surrogatoria, in ipotesi siffatte, è impedito dalla mancanza di un rapporto *attuale* di credito tra il creditore solidale ed il coobbligato solvente. *De iure condito*, allora, il creditore solidale non può dirsi pienamente tutelato né soddisfatto nelle sue ragioni di subingresso, per il caso in cui il coobbligato solvente non provveda personalmente ad insinuare il regresso nel fallimento. Nelle diverse, e per certi versi opposte, ipotesi in cui il condebitore solidale *in bonis* parzialmente solvente non sia stato, già al momento dell'escussione, in condizione di soddisfare integralmente il creditore solidale, ovvero nel caso in cui tale soggetto appaia in condizioni di dubbia solvibilità tali da far prevedere infruttuosa una eventuale ed ulteriore sua escussione, ammettere l'azione surrogatoria sarà certamente agevole. Se l'interessato non provveda personalmente a far valere il credito di regresso, sono comunque realizzati tutti i presupposti perché a ciò possa provvedere, in via surrogatoria, il creditore solidale: si tratta, infatti, di azionare all'interno della procedura concorsuale un diritto di credito, quale è quello di regresso, che il debitore dell'obbligazione solidale trascura di esercitare e con ciò realizzandosi un pregiudizio per le ragioni del creditore: costui, infatti, non potendo subingredire altrimenti nella quota di riparto del *solvens*, e verosimilmente non ottenendo soddisfazione integrale dalla personale partecipazione al concorso fallimentare

---

<sup>108</sup> DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 10. Sono esclusi dall'ambito di applicazione della norma, secondo l'opinione più diffusa, tra gli altri: il potere di convalidare un negozio annullabile; di chiedere lo scioglimento della comunione; di recedere dal contratto; di richiedere il risarcimento del danno da fatto illecito; di scelta nelle obbligazioni alternative, di chiedere il risarcimento del danno da fatto illecito.

per il credito residuo, sarebbe indotto ad agire per la seconda volta contro l'altro condebitore *in bonis*, ma probabilmente senza profitto. Consentire, quindi, al creditore di azionare il regresso del *solvens* al fine di subingredire nella di lui quota di riparto pare giusto mezzo per garantirgli una soddisfazione maggiore, il più vicino possibile alla soddisfazione integrale. La giurisprudenza, dal canto suo, ha ammesso l'azione surrogatoria con il mezzo della insinuazione al passivo nel fallimento del debitore (obbligato fallito) del proprio debitore (coobbligato *in bonis*), infatti il creditore che esercita l'azione surrogatoria agisce in luogo ed al posto del proprio debitore, e quindi è tenuto, come quest'ultimo, ad inserirsi nel passivo fallimentare. In caso contrario, in presenza di un fallimento le azioni surrogatorie sarebbero paralizzate, o dovrebbero svolgersi al di fuori della procedura fallimentare<sup>109</sup>. Peraltro, poi, la surroga del creditore solidale nel regresso del *solvens* contro il coobbligato fallito, che è ancora debitore anche verso di lui, *prima facie*, pare essere contegno quantomeno bizzarro del creditore: in linea di massima, infatti, un creditore del fallito non avrebbe alcun interesse a porre rimedio all'inerzia di un altro creditore dello stesso, producendo un indesiderabile aumento della massa passiva che vorrebbe trovare collocazione nel patrimonio del fallito. In virtù dell'art. 62 co. 3, e quindi con la successiva istanza di assegnazione, il creditore solidale può conseguire la quota di riparto spettante al coobbligato-surrogato, volgendo così a proprio profitto esclusivo l'effetto di ampliamento del passivo, che pure l'ammissione al concorso del credito di regresso produce<sup>110</sup>. Nelle ulteriori ipotesi in cui il coobbligato

---

<sup>109</sup> Letteralmente Cass., 24 febbraio 1997 n. 1647. La Corte, in questa sede, fa richiamo, per quanto riguarda l'ammissibilità dell'azione surrogatoria nei confronti di un fallimento, ad altra pronuncia della stessa Corte, ovvero Cass., Sezione I, 2 marzo 1990 n. 1650, in cui, detto che il diritto del curatore al compenso ha contenuto patrimoniale e non personale, al creditore del curatore è riconosciuto di agire in via surrogatoria per chiedere al tribunale fallimentare la liquidazione del compenso.

<sup>110</sup> Quasi letteralmente BONFATTI, *op. cit.*, p. 104: l'A. offre pure un esempio: a fronte di un attivo fallimentare di 50, esiste un passivo di 100, composto di un credito solidale di 90 e altri debiti per 10. Il credito solidale anteriormente alla dichiarazione di fallimento è ridotto a 60, il creditore solidale s'insinua quindi per il medesimo ammontare. Lo stesso fanno gli altri creditori per 10. Il fideiussore non insinua il suo regresso. Dividendo l'attivo (50) per il passivo concorrente (60+10=70), si ottiene un coefficiente di 0.7. Il creditore solidale dalla propria partecipazione otterrà quindi 42, in totale percependo per la sua obbligazione 72 (30+42). Nella diversa ipotesi in cui pure il fideiussore insinui al passivo il suo regresso, il coefficiente di soddisfazione sarà pari a  $[50 : (60+30+10)] = 0.5$ , che quindi moltiplicato per ogni ammontare insinuato al passivo darà diritto alle seguenti somme: 30 per il creditore solidale, 15 per il

interessato non provveda personalmente a far valere il credito di regresso, pur nell'esistenza di un attuale rapporto di credito tra egli ed il creditore solidale, probabilmente l'azione surrogatoria dovrebbe essere esclusa ogniqualvolta – in considerazione della garanzia patrimoniale che il condebitore possa *comunque* offrire con i suoi beni – dall'esercizio della pretesa di rivalsa non dipenda la soddisfazione o la conservazione delle ragioni dell'aspirante surrogante nei confronti del surrogato. Al creditore solidale sarà data comunque occasione di trovare integrale soddisfazione esercitando nuovamente i suoi diritti verso il coobbligato *in bonis*, al di fuori del fallimento.

Rimane, infine, da stabilire con quali forme, beninteso nelle ipotesi in cui ciò sia ammissibile, esercitare l'azione surrogatoria per realizzare il diritto di regresso del coobbligato solvente. Poiché il creditore non svolge nessuna azione nei confronti del debitore al quale si sostituisce (e cioè si surroga), né d'altronde fa valere nei confronti del terzo un'azione speciale, o di contenuto particolare, o tipica (indicata come “surrogatoria” appunto), ed esercita invece un'azione che già competeva al suo debitore<sup>111</sup>, e trattandosi poi di azionare un credito di regresso sorto anteriormente l'apertura del fallimento, nessun dubbio deve sussistere in ordine alla sede di proposizione di tale domanda, la quale va certamente individuata nel giudizio di formazione dello stato passivo a norma degli artt. 92 e seguenti l.fall. Ciò posto, ora si tratta di coordinare “l'inerzia pregiudizievole” richiesta dall'art. 2900 c.c. con le possibilità di insinuazione anche tempestiva, o solo tardiva del credito di regresso. Si potrebbe, *prima facie*, infatti ritenere che sino a quando pende il termine per il coobbligato solvente per proporre domanda di ammissione, il requisito richiesto dal codice civile non possa dirsi integrato. Come già chiarito, però, non è necessario, in via di principio, che l'inerzia sia durevole nel tempo, bastando invece un pericolo di perdere la garanzia patrimoniale, o l'aggravarsi del rischio di subire un danno patrimoniale: se questo pericolo ricorre, la sostituzione del creditore al proprio debitore, nel farne valere i diritti a questo spettanti verso un terzo, è ammissibile sol che (e sino al momento in cui) il debitore *in fatto non eserciti la pretesa*, il cui soddisfacimento

---

fideiussore. Succedendo nella quota del fideiussore il creditore percepirà pure quei 15, ottenendo quindi soddisfazione totale per 75 (30+30+15).

<sup>111</sup> Letteralmente DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 3.

gioverebbe anche al proprio creditore<sup>112</sup>. Se l'insinuazione del *solvens* di fatto non è avvenuta, non c'è ostacolo alla proposizione tempestiva della stessa da parte del creditore solidale in via surrogatoria. In definitiva, in linea di principio al creditore è consentita sia la proposizione di una domanda tempestiva che di una tardiva. Va osservato però che l'art. 2900 comma secondo impone la citazione del debitore al quale s'intende surrogarsi, con ciò realizzando, come detto, un'ipotesi di litisconsorzio necessario. Se il creditore, pertanto, agisca in surrogatoria in via tempestiva, è da ritenere che debba notificare al debitore surrogato l'intervenuta proposizione della domanda di ammissione al passivo del credito di regresso. Per l'ipotesi in cui non vi provveda, il giudice, in sede di udienza per l'esame dello stato passivo, ordinerà l'integrazione del contraddittorio *ex art. 102 co. 2 C.p.c.* La notifica da parte del creditore potrà pure avvenire nell'ipotesi in cui il creditore agisca in surrogatoria insinuando tardivamente la domanda del coobbligato solvente. In questo caso, però, ulteriore possibilità di integrazione del contraddittorio è data al giudice, il quale nel fissare la data dell'udienza per l'esame delle domande tardive, potrebbe ordinare la notificazione al coobbligato surrogato.

## **12. Insoddisfazione parziale persistente**

L'ultima parte dell'ultimo comma dell'articolo in esame conferma, con una norma dal sapore pleonastico<sup>113</sup>, che “resta impregiudicato il diritto verso il coobbligato se il creditore rimane parzialmente insoddisfatto”. La responsabilità del coobbligato rimane ferma, ove non si tratti però di fideiussore *pro quota* che con il pagamento parziale abbia interamente estinto la propria obbligazione. Al creditore, in quest'ipotesi, non è dato di rimediare alla insolvenza di uno dei suoi condebitori, mediante l'escussione integrale dell'altro coobbligato *in bonis*, in quanto la solidarietà non vale più oltre certi importi.

---

<sup>112</sup> Letteralmente BONFATTI, *op. cit.*, p. 108.

<sup>113</sup> INZITARI, *op. cit.*, p. 254.



## **Capitolo 4**

### **La posizione del coobbligato e del fideiussore non escusso alla data di dichiarazione di fallimento**

#### **Sezione I**

##### **Il regresso assistito da garanzie reali:**

##### **la disciplina di cui all'art. 63 l.fall.**

#### **1. Articolo 63 l.fall.: coobbligato o fideiussore del fallito con diritto di garanzia. Il pagamento avvenuto anteriormente al fallimento**

Prima di procedere nell'analisi occorre fare una premessa. Ai temi suggeriti dalla disciplina del coobbligato solidale con diritto di garanzia sarà dedicata la prima Sezione di questo Capitolo. A questa seguirà una seconda Sezione in cui sarà affrontato il problema della condizione del coobbligato non escusso senza garanzia sui beni del fallito. Tale accostamento muove da esigenze di completezza espositiva, posta l'evidente analogia tra la fattispecie regolata dall'art. 63 l.fall., ovvero il caso del coobbligato non escusso assistito nel suo regresso da pegno o ipoteca su beni del fallito, e quella, pur non regolata dalla l. fall., in cui il coobbligato non escusso sia, invece, privo di tali garanzie.

Nell'analisi sin qui svolta, si è sempre avuto riguardo al coobbligato solvente privo di qualsivoglia garanzia reale in favore del suo credito di regresso.

Si tratta, ora, di esaminare il caso del coobbligato che abbia prestato siffatte garanzie. Il caso è contemplato dal legislatore all'art. 63 l.fall. che concerne l'ipotesi del coobbligato o del fideiussore del fallito avente un diritto di pegno o di ipoteca a garanzia della sua azione di regresso.

Trattandosi di disposizione dal carattere generale è destinata a trovare applicazione sinergica con gli artt. 61 e 62 l.fall. nell'ipotesi in cui adempimenti parziali siano avvenuti anteriormente o posteriormente alla dichiarazione di fallimento, ed applicazione esclusiva per il caso – qui di maggior interesse – in cui il coobbligato con garanzia reale non sia stato ancora escusso dal creditore, o lo sia stato per un importo insufficiente ad originare un regresso pari all'importo garantito<sup>1</sup>.

Sin d'ora, appare opportuno fissare, sia pur in maniera sintetica, i tre principi cardine ricavabili dalla norma e che ci occuperanno in seguito:

- il credito di regresso privilegiato, limitatamente all'importo garantito del coobbligato, è collocabile sul ricavato dalla liquidazione del bene oggetto di garanzia, *a prescindere dalla circostanza che il coobbligato abbia effettuato qualche pagamento a favore del creditore*, indipendentemente, quindi, dalla sostanziale maturazione di un credito di regresso;
- la collocazione sul ricavato avviene *per l'intera somma garantita*, sia che il coobbligato non sia stato escusso, sia che abbia adempiuto, quale che sia l'ammontare dei pagamenti eseguiti;
- il ricavato da tali beni va attribuito al creditore dell'obbligazione solidale, a ciò non rilevando la circostanza che egli abbia ricevuto dei pagamenti *parziali* da alcuno dei coobbligati (ostativo è quindi il solo pagamento integrale)<sup>2</sup>.

Come detto, la norma, largamente trascurata nel suo contenuto da dottrina e giurisprudenza, viene tutt'al più richiamata a conferma del divieto di regresso parziale in sede fallimentare, o all'opposto per desumere argomenti a sostegno della tesi contraria. La dottrina, cioè, si divide tra coloro che notano come laddove il legislatore ha voluto ammettere il regresso indipendentemente da una soddisfazione integrale del creditore comune lo abbia fatto espressamente (e quindi con l'art. 63 per l'ipotesi di coobbligato munito di garanzia)<sup>3</sup>, e coloro che, all'opposto, vedono nell'articolo menzionato una conferma di come il regresso del coobbligato, nonostante la mancata estinzione del debito

---

<sup>1</sup> BONFATTI, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, cit., p. 113.

<sup>2</sup> BONFATTI, *op. loc. cit.*.

<sup>3</sup> DI CORRADO in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* a cura di FERRO, Padova, 2007, sub. art. 61, p. 420.

solidale, non sia né giuridicamente né logicamente incompatibile con il fallimento<sup>4</sup>. È in quest'ultimo senso che abbia espresso la nostra opinione<sup>5</sup>.

In questa sede, va osservato come il termine di regresso sia usato nella sua accezione tecnica o in senso stretto. Infatti, l'azione di regresso del coobbligato è assistita da garanzie reali che non potrebbero farsi valere a mezzo di rivalsa con surrogazione nel diritto del creditore. È ovvio che se il coobbligato solidale agisse surrogandosi nelle ragioni del creditore potrebbe far valere le garanzie reali eventualmente prestate a favore di costui, ma non appropriarsi del risultato dell'ipoteca o del pegno direttamente costituiti a suo favore. L'art. 63 l.fall. prende atto della previsione *ab origine* di garanzie reali su beni del condebitore, in favore del fideiussore o del coobbligato e regola gli effetti prodotti su tale fattispecie dal fallimento del debitore.

Occorre ora anzitutto delimitare l'ambito di applicazione – esclusivo (per le ipotesi in cui il coobbligato *in bonis* non abbia regresso) e residuale (per quelle in cui egli abbia invece regresso) – dell'articolo in esame, e quindi le modalità e gli esiti di un suo coordinamento con le disposizioni precedenti, in tema di adempimenti anteriori o successivi alla dichiarazione di fallimento, parziali o integrali.

Nell'ipotesi in cui il condebitore abbia *parzialmente* pagato *prima* del fallimento, è da ritenere che l'art. 63, con le particolarità connesse all'esistenza di una garanzia reale a presidio del credito di regresso, vada combinato con la previsione di cui all'art. 62 l.fall., che mantiene un ruolo principale e prevalente. Le conseguenze applicative sarebbero le seguenti: al creditore dell'obbligazione solidale non potrà che essere concesso di insinuarsi per il residuo ammontare del suo credito (art. 62 co. 1 l.fall.) e tale insinuazione avverrà al chirografo<sup>6</sup> (salvo il caso in cui l'obbligazione solidale sia munita di garanzie sue proprie). Se dal pagamento eseguito dal condebitore sia sorto regresso (*id est* pagamento superiore alla quota interna di spettanza), costui avrà diritto di concorrere nel fallimento per la “somma pagata”<sup>7</sup>, ma con la collocazione che l'ipoteca o

---

<sup>4</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 138; VACCARELLA, *La solidarietà passiva nel fallimento*, cit., pp.63 e ss..

<sup>5</sup> Si veda *supra* Capitolo 2 §§ 6 e 9.

<sup>6</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 63.

<sup>7</sup> Per il significato dell'espressione utilizzata si fa rimando a Capitolo 3 § 4 e qui brevemente si ricorda che l'insinuazione sarà disposta per l'intera somma pagata, se il pagamento sia stato effettuato da un fideiussore o da altro soggetto a lui assimilabile; per l'importo eccedente la quota spettante al *solvens* ed in relazione

il pegno comportano<sup>8</sup>. Condizione essenziale di tutto ciò è l'opponibilità al fallimento non solo del credito di regresso, ma pure della causa di prelazione: per l'ipoteca, dunque, le formalità devono essere compiute prima della dichiarazione di fallimento (art. 45 l.fall.); per il pegno, esso deve risultare da atto scritto avente data certa anteriore al fallimento ed il bene si deve trovare in possesso del creditore garantito (coobbligato del debitore fallito)<sup>9</sup>. Il creditore comune poi con l'istanza di assegnazione di cui all'art. 62 co. 3 potrà farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato, fino a concorrenza di quanto ancora dovutogli.

Si pensi al caso di un debito di 100, a garanzia del quale sia stata prestata fideiussione; si ipotizzi, poi, che il regresso del fideiussore sia stato a sua volta garantito con pegno o ipoteca per 40. Il fideiussore paga 50 anteriormente al fallimento del debitore principale, il creditore allora è legittimato ad insinuarsi al passivo del fallimento per i residui 50, il condebitore solidale fideiussore, dal canto suo, è ammesso a concorrere per i 50 versati, dei quali 40 in sede privilegiata e per i restanti 10 al chirografo. Il creditore

---

alla quota di spettanza del fallito, se il pagamento è stato effettuato da un coobbligato solidale in senso stretto.

<sup>8</sup> Vengono qui in considerazione tutte le disposizioni che nella legge fallimentare definiscono i modi e la misura della partecipazione al concorso dei creditori privilegiati. *In primis* l'art. 54, per il tramite del quale, i crediti privilegiati vengono ammessi a concorrere per l'intero valore nominale del loro credito, per gli interessi (secondo quanto stabilito dagli artt. 2749, 2788, 2855 c.c.) e per le spese (es. spese d'iscrizione ipoteca; spese per la conservazione del bene dato in pegno) e hanno diritto di soddisfarsi con preferenza rispetto a tutti gli altri crediti (concorsuali e di massa) sulle somme realizzate attraverso la vendita dei beni vincolati. "Si tratta di un diritto di soddisfazione prioritaria la cui conservazione in sede concorsuale obbedisce ad un principio di logica elementare: non vanificare un rafforzamento di tutela voluto sul piano sostanziale proprio là dove si manifesta maggiormente attuale il rischio (l'incapienza patrimoniale del debitore) che tramite il suo riconoscimento si intendeva contenere" (ABRIANI, CALVOSA, FERRI, GIANNELLI, GUERRERA, GUIZZI, MOTTI, PACIELLO, PISCITELLO, REGOLI, RESCIO, ROSAPEPE, ROSSI, STELLA RICHTER e TOFFOLETTO, *Diritto fallimentare [manuale breve]*, cit., pp. 286-287). Tali crediti privilegiati per soddisfarsi non devono attendere la liquidazione dei beni destinati a loro specifica garanzia, potendo concorrere anche nella suddivisione del ricavato dalla liquidazione di altri beni, ove tale riparto sia eseguito prima. Di tali somme occorrerà come ovvio tener conto, secondo il meccanismo previsto dall'art. 54 co. 2 l.fall.

<sup>9</sup> Trib. Udine 27 gennaio 1992 in *Il fallimento*, 1992, 646: il fideiussore del fallito, che ha un diritto di pegno sui beni di questi a garanzia della sua azione, concorre nel fallimento per la somma per la quale vanta la garanzia, sempre che questa risulti da scrittura di data certa anteriore all'apertura del procedimento.

che faccia istanza di assegnazione *ex art. 62 co. 3* ha diritto alla quota di riparto che spetterebbe al *solvens*, sia che essa derivi dalla liquidazione del bene assoggettato a pegno o ipoteca, sia che derivi da beni diversi.

Infatti, non riteniamo di poter condividere l'opinione di chi, in virtù dell'art. 63 co. 2 ritiene al creditore spettanti, in deduzione della somma dovuta, il ricavato dalla vendita dei beni dati in garanzia reale per 40, indipendentemente da una sua istanza di assegnazione<sup>10</sup>: un trattamento meno favorevole del coobbligato munito di garanzia rispetto a quello riservato al coobbligato senza garanzia non sarebbe logicamente tollerabile. Al creditore deve essere certamente consentito di profittare del regresso esercitato dal *solvens*, ma alle sole condizioni e nei limiti di cui all'art. 62 co. 3 l.fall.<sup>11</sup>. Se pertanto il creditore non si avvale della facoltà di subingresso che la legge gli riconosce, è il condebitore solvente ad aver diritto a percepire la quota di riparto connessa al proprio regresso. E così pure nel caso in cui il ricavato dalla liquidazione dei beni sia superiore all'importo residuo vantato dal creditore: il coobbligato, a pieno titolo creditore concorsuale, anche se vi sia stata istanza di assegnazione, profitterà dell'eventuale residuo del ricavato dai beni ipotecati o pignorati e s'insinuerà al chirografo per la parte rimasta. In ogni caso, comunque, l'efficacia del pegno o dell'ipoteca non può mai superare – nel fallimento, come nella disciplina ordinaria – l'importo del credito; in altri termini, il coobbligato solvente non può far valere la prelazione se non fino a concorrenza del debito che il fallito ha nei suoi confronti, e quindi mai per un importo maggiore della quota spettante al coobbligato fallito secondo i rapporti interni: il coobbligato *in bonis* non può evitare, solo perché garantito, la responsabilità finale per la quota di debito spettantegli nei rapporti interni<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> VACCARELLA, *op. loc. cit.*, nota 33. Per riprendere l'esempio fatto nel testo, l'Autore prevede che il creditore possa farsi assegnare 40 in deduzione della somma dovutagli, e quindi possa pretendere 10 (50 per i quali si era insinuato cui vanno sottratti i 40), facendosi assegnare in moneta fallimentare su 60 (50 insinuati personalmente + 10 insinuati al chirografo dal fideiussore).

<sup>11</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 114 e ss..

<sup>12</sup> BONFATTI, *op. loc. cit.*: l'A. individua in ciò ulteriore elemento di inammissibilità dell'interpretazione letterale della locuzione "somma pagata" di cui all'art. 62 co. 3. Come detto, il regresso per l'intera somma pagata può essere consentito solo al fideiussore o ad altro soggetto a lui assimilabile, in quanto nessuna quota di obbligazione solidale esiste a suo carico. Il coobbligato solidale ad interesse comune, invece, potrà esercitare il regresso solo per la somma per la quale effettivamente è creditore nei confronti del fallito – ossia per l'importo eccedente la sua quota – ed in relazione alla quota del fallito (sul punto *amplius supra*

Qualora i pagamenti parziali effettuati dal coobbligato anteriormente alla dichiarazione di fallimento, pur originando regresso, siano di ammontare inferiore a quello assistito da garanzia, l'art. 63 riceve applicazione esclusiva per la differenza (ovvero per la parte di debito non ancora pagata)<sup>13</sup>.

Ulteriore ipotesi, che merita considerazione con le altre nello scenario dei pagamenti avvenuti anteriormente la dichiarazione di fallimento, è quella in cui il pagamento parziale sia stato tale da non originare regresso, e quindi di importo inferiore alla quota interna di spettanza del *solvens*, in conformità all'interpretazione data dalla giurisprudenza e da parte della dottrina all'art. 1299 c.c.<sup>14</sup>. Data l'equivalenza, ai nostri fini, di una tale evenienza con l'ipotesi in cui il coobbligato non sia stato escusso dal creditore – stante la mancata maturazione del diritto di regresso – l'art. 63 riceve piena e prevalente applicazione, realizzando così, anche questa volta, quel *favor creditoris* che ci ha sovente sin qui impegnati. Poiché ai sensi dell'art. 62 comma secondo solo il “coobbligato che ha diritto di regresso” ha diritto di concorrere nel fallimento, e poiché per ipotesi il *solvens* ha effettuato un pagamento inidoneo ad originare il regresso, il creditore non potrebbe avvalersi della garanzia a presidio di tale diritto di credito del coobbligato se a ciò non provvedesse l'art. 63. A nulla ostando la mancanza di un effettivo credito di regresso, il coobbligato concorrerà nel fallimento per la somma garantita ed il ricavato dalla vendita dei beni di garanzia spetterà al creditore in deduzione della somma dovuta, secondo le modalità e con gli effetti che analizzeremo più oltre.

---

Capitolo 3 § 4). Infatti, se si ammettesse il regresso del coobbligato ad interesse comune essere pari all'intero ammontare pagato (in spregio alla disciplina della solidarietà ad interesse comune, ed uniformando indebitamente la sua posizione a quella del fideiussore), nel caso in cui a presidio di tale regresso fosse posta garanzia reale si dovrebbe ammettere che la vendita della cosa data in pegno o ipoteca possa essere invocata per il conseguimento non di quanto dovuto, ma di una somma maggiore e pari all'intero esborso effettuato dal coobbligato solvente, superando i limiti che la garanzia incontrerebbe in sede di esecuzione ordinaria, pur non derogati in alcun modo dal legislatore fallimentare.

<sup>13</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 117. Sul punto, si veda *infra* in questo Capitolo § 2.

<sup>14</sup> Si veda *supra* Capitolo 3 § 2.

## 2. (Segue). Pagamento parziale avvenuto dopo la dichiarazione di fallimento

Il secondo scenario che ci apprestiamo a studiare è quello dei pagamenti *parziali* avvenuti *successivamente* alla dichiarazione di fallimento. In virtù di quanto stabilito dall'art. 61 primo comma, il creditore potrà concorrere nel fallimento per l'intero credito in capitale e accessori, sino al totale pagamento, ma a questa *insinuazione* si dovrà aggiungere quella del coobbligato per la somma per la quale ha ipoteca o pegno, in conformità all'art. 63<sup>15</sup>. Il creditore riceverà il ricavato dalla vendita dei beni del fallito a garanzie del regresso e resterà eventualmente insinuato al passivo come chirografario per il residuo. La soddisfazione del coobbligato rimarrà subordinata a quella del creditore, in forza dell'art. 61 comma secondo l.fall. Se dunque tale disposizione vale ad escludere la contemporanea collocabilità sul ricavato del credito principale e del credito di regresso, non è però idonea di per sé a procurare al creditore il subingresso nelle garanzie possedute dal coobbligato, risultato possibile allora per il tramite dell'art. 63. È dunque dalla combinazione di detti articoli che si realizza il risultato voluto, ovvero il rafforzamento della tutela delle ragioni del creditore, e per effetto si concreta una parità di trattamento tra la condizione del creditore di obbligazione solidale soddisfatto durante il fallimento e quella del creditore soddisfatto precedentemente.

Occorre ora chiedersi cosa accada nell'eventualità in cui esistano le condizioni per la collocabilità del regresso parziale e cioè – argomentando dall'art. 61 – nelle ipotesi in cui il condebitore *in bonis* abbia effettuato un pagamento tale da originare il regresso ed il creditore dell'obbligazione solidale, dal canto suo, non sia o non sia più collocato nel fallimento del condebitore. Le somme derivanti dalla liquidazione del bene vincolato a garanzia del regresso potranno essere riconosciute al coobbligato, o andranno comunque attribuite al creditore?

In armonia con una certa dottrina, riteniamo di non poter negare al condebitore di percepire direttamente la quota di riparto relativa alla collocazione con prelazione sul ricavato del bene del fallito posto a garanzia del credito di regresso<sup>16</sup>. Se, infatti, nelle ipotesi di adempimento parziale del *solvens*, cui si accompagna la mancata partecipazione

---

<sup>15</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 64.

<sup>16</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 222.

al fallimento del creditore, abbiamo già ritenuto ammissibile il regresso parziale<sup>17</sup>, *a fortiori*, e per non riservargli un trattamento illogicamente deteriore, un tale diritto va riconosciuto pure al coobbligato parzialmente adempiente garantito nel suo regresso da pegno o ipoteca. La soluzione pare equilibrata sotto un ulteriore profilo, se al coobbligato solidale agente è dato surrogarsi al creditore e quindi far valere nel fallimento le garanzie costituite a favore di costui, a maggior ragione occorre che egli possa appropriarsi del risultato del pegno o dell'ipoteca direttamente costituiti in suo favore, esercitando – beninteso laddove ciò gli sia concesso – nel proprio interesse il diritto di regresso in senso stretto<sup>18</sup>.

Nel caso in cui il creditore sia stato *integralmente* soddisfatto (ovvero nel caso in cui il coobbligato ha soddisfatto o contribuito a soddisfare in misura integrale il creditore), non avendo il creditore alcun titolo per partecipare al fallimento, il coobbligato s'insinuerà in sede privilegiata per l'importo per il quale ha diritto di regresso, facendo valere la garanzia costituita a proprio favore. Ove il suo credito non sia stato interamente garantito dall'ipoteca o dal pegno, s'insinuerà al chirografo per il residuo<sup>19</sup>. Esclusa *tout court* l'applicabilità dell'art. 63 (il quale attribuisce al creditore il ricavato del bene ipotecato o costituito in pegno alla condizione che egli non sia stato integralmente soddisfatto), l'esercizio del regresso è quindi consentito secondo il regime ordinario.

Alla luce di tutto quanto sopra, l'ambito di applicazione esclusiva ed originale dell'art. 63 l.fall. è limitato alle ipotesi in cui il coobbligato *in bonis* con diritto di garanzia non abbia regresso *in senso stretto* – vuoi per non essere stato ancora escusso dal creditore, vuoi per un adempimento parziale inferiore alla quota interna di spettanza secondo i rapporti interni dell'obbligazione solidale – o all'ipotesi di adempimento parziale inferiore all'importo garantito relativamente alla parte di debito che non sia stata ancora pagata.

Se nulla è stato pagato all'insinuazione del creditore per l'intero si aggiunge quella del condebitore garantito “per la somma per la quale ha ipoteca o pegno”; il ricavato dal bene del fallito costituito in garanzia andrà a profitto del creditore, “in deduzione della

---

<sup>17</sup> Si veda Capitolo 2 § 9.

<sup>18</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 223.

<sup>19</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 63; BONFATTI, *op. cit.*, p. 222.

somma dovuta”. Il creditore, cioè, dovrà ridurre la sua insinuazione in sede chirografaria della somma percepita in via privilegiata<sup>20</sup>.

### 3. Il regresso del coobbligato con garanzia

La disciplina che il legislatore fallimentare si è curato di redigere è pure in quest’occasione lacunosa: nessuna indicazione ci viene, infatti, dall’art. 63 con riguardo alla legittimazione, al procedimento, all’oggetto di accertamento ed agli effetti del concorso nel fallimento per la somma garantita.

Per cominciare, una precisazione: l’articolo in parola *non* consente una partecipazione al concorso fallimentare della *pretesa eventuale* del coobbligato garantito per la sua azione di regresso<sup>21</sup>, bensì dispone la partecipazione limitatamente al *quantum dell’importo garantito* (che potrebbe anche essere inferiore del credito finale di regresso) e circoscritta al *solo ricavato dal bene ipotecato o costituito in pegno* a garanzia del regresso, quando, se e nei limiti in cui un ricavato vi sia<sup>22</sup>. Per il resto, l’art. 63 non può giovare in alcun modo al creditore. In altri termini, la liquidazione fallimentare è chiamata a tener conto di un vincolo di garanzia di un debito non compreso nel passivo fallimentare, in quanto tuttora non sorto<sup>23</sup>. In virtù di una disposizione legislativa, il bene vincolato a garanzia è chiamato ugualmente a rispondere, e il ricavato va attribuito ad un creditore effettivo – cioè ammesso a tutti gli effetti al concorso – ovvero il creditore dell’obbligazione solidale.

---

<sup>20</sup> VACCARELLA, *op. loc. cit.*.

<sup>21</sup> Nel caso di mancato pagamento non si discute della esigibilità del regresso privilegiato, ma sulla della sua stessa esistenza (BONFATTI; *op. cit.*, p. 284).

<sup>22</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 284 n. 105: il regresso del coobbligato non ancora escusso è un diritto di credito eventuale, ovvero un credito il cui possibile titolo è già esistente e noto, mentre è incerto se esso sorgerà e per quale importo o non sorgerà. La nozione si ricava dall’art. 2852 c.c., che in tema di grado dell’ipoteca menziona i “crediti che possano eventualmente nascere in dipendenza di un rapporto già esistente”.

<sup>23</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 291 e ss., considera la situazione analoga a quella in cui pegno o ipoteca siano costituiti su beni del fallito, a garanzia di un debito altrui. Fallito il terzo datore di pegno o ipoteca, la liquidazione fallimentare deve tener conto del vincolo esistente sui beni del fallito, pur non essendo il debito compreso nel passivo fallimentare.

Affinché una certa somma possa concorrere nel fallimento, il giudizio di verifica dello stato passivo di cui agli artt. 92 e seguenti l.fall. è comunque necessario. Il coobbligato munito di garanzia è tenuto a far valere la prelazione mediante insinuazione al passivo, e ciò per non sottrarre alla verifica fallimentare l'accertamento di presupposti (essenzialmente il *titolo* in base al quale si fa valere il pegno o l'ipoteca, ma pure l'esistenza e l'opponibilità del credito derivante dall'obbligazione solidale) che attengono ad un rapporto obbligatorio intercorrente tra debitore fallito e creditore titolare del diritto di garanzia, ed in virtù dell'attitudine dell'ipoteca o del pegno a determinare una compressione del diritto dei creditori concorrenti a soddisfarsi sui beni del fallito. Il ricavato dei beni che si accerti essere vincolato alla soddisfazione delle ragioni del beneficiario della garanzia è escluso dall'attivo disponibile<sup>24</sup>. L'art. 52 l.fall., cioè, in stretto legame con il divieto di azioni esecutive individuali, va interpretato nei termini che seguono: colui che intenda partecipare al concorso sostanziale è onerato di presentare domanda di ammissione al passivo, secondo gli artt. 93 e seguenti l.fall. La pretesa fatta valere dal coobbligato (che ha un diritto di pegno o di ipoteca sui beni del fallito a garanzia della sua azione di regresso) si esercita pur sempre su beni compresi nel fallimento, con la conseguenza che il condebitore dell'obbligazione solidale – ancorché creditore non attuale del fallito – concorre in effetti a soddisfarsi sull'attivo fallimentare<sup>25</sup>. La sua partecipazione al concorso dei creditori del fallito è addirittura più incisiva di quella della generalità degli altri creditori il cui credito seppur esistente, opponibile al

---

<sup>24</sup> Quasi letteralmente BONFATTI, *op. cit.*, p. 294 e p. 297.

<sup>25</sup> I beni gravati da ipoteca e così pure quelli oggetto di pegno sono compresi nel fallimento e, come ogni altro bene, sono assoggettati al procedimento di liquidazione dell'intero patrimonio del fallito, seppure l'art. 111 *ter* l.fall. disponga che il curatore tenga “un conto autonomo delle vendite dei singoli beni immobili oggetto di privilegio speciale e di ipoteca e dei singoli beni mobili o gruppo di mobili oggetto di pegno e privilegio speciale, con analitica indicazione delle entrate e delle uscite di carattere specifico e della quota di quelle di carattere generale imputabili a ciascun bene o gruppo di beni secondo un criterio proporzionale”.

Invero, oggi, l'art. 53 l.fall. consente un regime separato per i crediti assistiti da pegno, i quali, dopo che sono stati ammessi al passivo con prelazione, possono essere realizzati al di fuori del concorso, anche durante il fallimento, per effetto dell'iniziativa del creditore autorizzato dal giudice delegato. Va osservato come anche in una siffatta eventualità, sia necessaria una preventiva loro ammissione allo stato passivo con prelazione. La disposizione testé richiamata non pare comunque potersi applicare all'art. 63, il cui primo comma testualmente si riferisce al “concorso *nel* fallimento”.

fallimento ed attuale non sia assistito da cause di prelazione<sup>26</sup>. *De iure condito*, si potrebbe pure accogliere un'interpretazione per la quale nell'art. 92 l.fall. tra i "titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito", cui il curatore deve comunicare la possibilità di partecipare al concorso (l'art. 52, infatti, dispone che ogni diritto reale mobiliare o immobiliare deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diversa disposizione di legge), siano ricompresi pure i coobbligati muniti di pegno o ipoteca su beni del fallito a garanzia del loro regresso. *De iure condendo*, sarebbe da giudicare con favore la loro soggezione all'onere di proposizione domanda di ammissione al passivo fallimentare, sebbene non attualmente creditori del fallito, al fine di conseguire la collocazione della somma relativa ad una garanzia costituita in loro favore e che la legge consente sia fatta valere anche se il credito garantito è solo eventuale<sup>27</sup>.

Non pare praticabile l'alternativa di affidare una tale cognizione al giudice ordinario, trattandosi di un rapporto intercorrente tra il fallito ed il suo condebitore o fideiussore, né quella di confinare la cognizione soltanto nell'ambito delle operazioni di liquidazione e ripartizione dell'attivo<sup>28</sup>. A ciò si oppongono esigenze di celerità e concentrazione del procedimento fallimentare. È certamente opportuno ed auspicabile che l'eventuale contestazione della prelazione vantata dal condebitore possa manifestarsi per iniziativa del curatore o di altri creditori o titolari di diritti su beni mobili o immobili (art. 98 co. 3 l.fall.) sin dalla fase di accertamento del passivo. In tal modo, la questione troverebbe definizione nell'ambito di una cognizione preordinata a dirimere le controversie, con provvedimenti di carattere decisorio che hanno la forma del decreto motivato, e giungono al termine di un procedimento regolato in questa prospettiva, ovvero quello delle impugnazioni all'ammissione allo stato passivo *ex art.* 98 l.fall., anziché attendersi di verificare se alcuno dei creditori ammessi al passivo intenda reclamare ai sensi dell'art. 36 l.fall. contro la partecipazione del beneficiario della garanzia al riparto dell'attivo fallimentare<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> CATALDO, *Ipoteca iscritta sui beni del fallito a garanzia di crediti verso terzi*, nota a Cass., 30 gennaio 2009, n. 2429, *Fallimento*, 2009, 12, 1402.

<sup>27</sup> CATALDO, *op. cit.*, p. 1410.

<sup>28</sup> In questo senso invece Cass., 30 gennaio 2009 n. 2429 cit.

<sup>29</sup> Quasi letteralmente CATALDO, *op. cit.*, pp. 1409-1410. Oltre il ritardo nella definizione delle questioni attinenti la posizione del beneficiario, l'Autore individua ulteriori pregiudizi comportati dall'indirizzo scelto

Tuttavia non pare necessario che, una volta ammesso al passivo, il beneficiario della garanzia sia equiparato totalmente ai creditori del fallito. L'art. 791 Cod. commercio stabiliva che la somma per la quale il condebitore ha pegno o ipoteca si confonde con quella domandata dal creditore nel fallimento, e quindi va computata una sola volta nel calcolo della maggioranza richiesta per la validità delle deliberazioni dei creditori nel fallimento. Nel vigore di quella disciplina, la dottrina commentava dicendo che l'ammissione del condebitore che non ha pagato, non essendo che figurativa accanto a quella del creditore, non avrebbe potuto dargli né diritto di voto, né altro di creditore concorrente (reclamo, opposizione, eleggibilità a delegato, ecc.)<sup>30</sup>. Nessuna partecipazione al fallimento si verifica, fuori di quella alla distribuzione del ricavato dal bene ipotecato o costituito in pegno. Analogamente il credito eventuale di regresso non produrrà alcun effetto in ipotesi di proposta di concordato fallimentare né di concordato preventivo<sup>31</sup>. Ed in effetti argomentando dagli artt. 177 comma secondo e 127 comma secondo l.fall. rispettivamente, il creditore [*eventuale*] munito di pegno o ipoteca non ha diritto di voto per l'approvazione.

Per il tramite dell'art. 63 l.fall. (consentendo l'ammissione immediata al passivo e la collocazione sul ricavato di una garanzia reale posta a presidio di un regresso non sorto) si producono nel fallimento degli effetti che non potrebbero prodursi altrimenti al di fuori di esso. La disposizione acquista allora un carattere di eccezionalità rispetto ai principi di solidarietà passiva<sup>32</sup>, e ciò allo scopo di favorire il creditore solidale, che in

---

dalla Cassazione citata, ovvero l'ingiusto pregiudizio dei creditori iscritti derivante dalla compressione del loro diritto d'azione che allontana nel tempo la riscossione della quota di riparto cui hanno diritto; per converso, l'ingiusta posizione di vantaggio allorquando, per il timore di ritardi nella distribuzione delle somme, il curatore rinunci ad impugnare la pretesa del creditore iscritto, nonostante la sua dubbia fondatezza.

<sup>30</sup> Letteralmente BONELLI, *Del fallimento*, cit., sub art. 791 Cod. commercio, p. 494.

<sup>31</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 295 nota 127; CATALDO, *op. cit.*, p. 1409.

<sup>32</sup> RUISI, JORIO, MAFFEI ALBERTI, TEDESCHI, *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, cit., p. 559; *Codice commentato del fallimento. Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria* diretto da LO CASCIO, cit., p. 506; BONFATTI, *op. cit.*, pp. 289-290: l'A. critica chi ritenga che il creditore riceva in quest'ipotesi una tutela nel fallimento analoga a quella che riceverebbe fuori del fallimento, in virtù dell'applicazione dell'azione surrogatoria ex 2900 c.c., o di un fenomeno di sostituzione del creditore al coobbligato nella garanzia. Dell'azione surrogatoria, infatti, non esistono i presupposti e la sostituzione nella garanzia richiede una previa sostituzione nel credito garantito, qui

questo modo può realizzare più rapidamente e con maggiore sicurezza la propria pretesa, soddisfacendosi sul ricavato dalla vendita dei beni<sup>33</sup>. È chiaro che con ciò si non avrà

---

assente. Quindi, in mancanza di una disposizione come l'art. 63 e al di fuori del fallimento, dalla semplice soggezione del coobbligato *in bonis* al creditore solidale esposto allo stesso rischio di escussione del coobbligato fallito, non potrebbe originarsi il potere del creditore di far valere diritti che nemmeno il titolare potrebbe esercitare (non avendo pagato, il coobbligato non potrebbe esercitare il regresso).

<sup>33</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 284; *Commentario breve alla legge fallimentare e alle leggi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, a cura di MAFFEI ALBERTI, *cit.*, *sub art.* 63. Il creditore per il tramite dell'art. 63 co. 2 consegue ciò che altrimenti rischierebbe di non conseguire. Infatti, in assenza della disposizione richiamata, il creditore dovrebbe attendere il sorgere del regresso perché il pegno o l'ipoteca si possano collocare sul ricavato, con rilevanti ed evidenti inconvenienti per l'ipotesi in cui il coobbligato non fallito sia a sua volta insolvente e per ciò stesso non sia in grado di pagare alcunché (e quindi di maturare un diritto di regresso verso il fallito). *Contra* AA. VV., *Il fallimento*, *cit.*, p. 559; INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori. Art.51-63*, *cit.*, p. 255. Questa dottrina, da noi non condivisa, ritiene che nemmeno la disposizione contenuta nell'art. 63 sia in grado di risolvere un tale inconveniente, essendo il credito del coobbligato garantito un credito condizionale, la cui ammissione al passivo avviene quindi con riserva dell'effettivo pagamento di una somma pari a quella garantita.

VACCARELLA, *op. cit.*, p. 65 ritiene invece che l'art. 63 esprima un *favor condebitoris*, laddove consente a costui l'immediata collocazione sul ricavato del regresso eventuale verso il fallito, limitatamente all'importo garantito, collocazione che, in assenza della disposizione menzionata, non potrebbe altrimenti avvenire, né tramite l'art. 1953 c.c., né dall'insinuazione con riserva del credito di regresso condizionato. A parte la questione della applicabilità nel fallimento dell'azione di rilievo che ci occuperà in seguito (Capitolo 4 §§ 8, 11 e 12), ed il suo principio oltretutto applicabile al solo coobbligato fideiussore e non già al coobbligato ad interesse comune, per il tramite dell'art. 1953 c.c. si potrebbe ottenere nel fallimento la collocazione sul ricavato del *credito solidale*, e non invece la partecipazione al riparto del *regresso in senso stretto* del coobbligato (BONFATTI, *op. cit.*, p. 285). Che il regresso potenziale vada ammesso con riserva condizionata all'integrale soddisfacimento del creditore non pare trovare conforto nella lettera dell'art. 63 l.fall. All'opposto, la norma fa ritenere che il ricavato dal bene vincolato vada riconosciuto al creditore *immediatamente*, a prescindere quindi dalla circostanza che il coobbligato abbia *medio tempore* effettuato dei pagamenti. A livello teorico, per l'eventualità in cui il condebitore non abbia adempiuto alcunché, riteniamo non possa parlarsi di un regresso condizionato sospensivamente, bensì di un regresso eventuale, essendo attualmente incerti il suo sorgere ed il suo ammontare. Con maggiore puntualità ci soffermeremo in seguito sulle obiezioni che si oppongono all'insinuazione del regresso di chi non abbia ancora effettuato alcun pagamento, sia esso munito o meno di garanzie (sul punto si veda *infra* in questo Capitolo § 7).

Se è vero dunque che il risultato di cui all'art. 63 non potrebbe essere raggiunto per altre vie, si osservi come al coobbligato garantito particolarmente accorto sarebbe comunque data la possibilità di tutelarsi facendo valere la sua garanzia, adempiendo per un ammontare pari all'importo garantito ed insinuando

comunque una duplicazione del credito insinuato, né un artificioso aumento del passivo: possiamo dire che ad insinuarsi non è un credito, ma solo la garanzia reale che lo assiste. In altri termini, la legge si limita a considerare esistente il credito del coobbligato *ad alcuni fini*, perché, prima della vendita dei beni interessati (*id est* beni del fallito costituiti a garanzia del regresso), l'ammissione del coobbligato è di sostegno a quella del creditore, in vista di un risultato di cui profitta direttamente quest'ultimo (art. 63 co. 2); dopo la vendita dei beni interessati e la distribuzione del relativo ricavato, il credito solidale si riduce di ciò che è stato percepito in sede privilegiata e l'ammissione del coobbligato esaurisce la sua funzione<sup>34</sup>. Infatti, nell'ipotesi in esame subisce eccezione la regola di cui all'art. 54 comma primo l.fall. secondo la quale per quanto non soddisfatto in privilegio, l'importo ancora dovuto va al chirografo nelle ripartizioni del resto dell'attivo<sup>35</sup>. Se il ricavato dai beni dati in garanzia è sufficiente all'integrale soddisfazione del creditore, allora non vi è più motivo di mantenere l'insinuazione del coobbligato. Se lo stesso ricavato non è sufficiente, il coobbligato non ha comunque motivo di mantenersi insinuato, perché non può far valere alcuna prelazione oltre i limiti del ricavato. Nel caso però in cui fosse escusso dal creditore, potrà esercitare il regresso per tale parte *non più garantita*, secondo quanto stabilito dall'art. 61 co. 2 l.fall. La ragione di tutto ciò è molto semplice: non essendo attualmente creditore del fallito, al condebitore non è dato di far valere il futuro ed eventuale credito di regresso nel fallimento. Egli ha titolo per partecipare al concorso unicamente nei limiti dell'art. 63 l.fall. e quindi senza diritto a partecipare alle ripartizioni della massa. Detto altrimenti, l'ammissione del coobbligato o del fideiussore che non ha ancora pagato è meramente "*figurativa accanto a quella del creditore*", più che reale, in quanto realizzata almeno direttamente non tanto nell'interesse del coobbligato garantito, quanto in quello del creditore comune, cui spetta il ricavato<sup>36</sup>. "Il coobbligato o il fidejussore del fallito, che per sicurezza della sua azione di regresso ha sui beni di questo un diritto condizionato d'ipoteca o di pegno, è compreso nella massa del fallimento per la somma per la quale ha

---

immediatamente il proprio credito di regresso parziale in privilegio, beninteso nelle fattispecie in cui ciò sia concesso (si veda *supra* Capitolo 2 § 9 e BONFATTI, *op. cit.*, p. 287 nota 110).

<sup>34</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 64.

<sup>35</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 507; BONFATTI, *op. cit.*, p. 294; MAFFEI ALBERTI, *op. loc. cit.*.

<sup>36</sup> BONELLI, *op. cit.*, *sub* art. 791 Cod. commercio, p. 494; INZITARI, *op. cit.*, p. 255; VACCARELLA, *op. cit.*, p. 64.

ipoteca o pegno; ma *questa somma si confonde con quella domandata dal creditore nel fallimento* (corsivo aggiunto) [...]” (art. 791 Cod. commercio). Le garanzie dell’azione di regresso sono rese operative e volte a favore del creditore, e indirettamente soltanto degli stessi coobbligati, in quanto la collocazione sul ricavato di tali somme produce un *adempimento definitivo* del credito solidale *ad opera del fallito*, cosicché in virtù della parziale soddisfazione del creditore comune sui beni gravati da pegno o ipoteca, il credito risulterà diminuito di pari ammontare, ed i coobbligati liberati per la medesima somma (come dispone l’art. 1292 c.c.)<sup>37</sup>. Infatti, ai coobbligati del fallito spetta l’eccezione di pagamento parziale, a condizione che si sia proceduto alla attribuzione – per il creditore che partecipa – o all’accantonamento – per il creditore che non partecipa – del ricavato della liquidazione del bene del fallito posto a garanzia<sup>38</sup>.

Il pagamento diretto del creditore con il ricavato dei beni dati in garanzia non fa nascere diritto di regresso, e con ciò nessuna duplicazione del passivo può darsi nemmeno in questo senso. Infatti, il pagamento parziale in ipotesi non rientra tra quelli fatti dal

---

<sup>37</sup> In questo senso INZITARI, *op. loc. cit.* e BONFATTI, *op. cit.*, p. 284 e p. 289 nota 115. *Contra* VACCARELLA, *op. cit.*, p.65, il quale ritiene la norma consideri *in primo luogo* il fideiussore o il coobbligato che così sono posti al riparo dalle pretese del creditore nei limiti della garanzia reale che si sono procurata; NUNZIATA, *Credito di regresso del fideiussore e ammissione allo stato passivo del fallimento del debitore garantito*, nota a Trib. Napoli 29 maggio 1980, *Dir. e giur.*, 1982, p. 178, afferma testualmente che il fideiussore sarà del tutto svantaggiato, nonostante si sia preoccupato di garantire le proprie ragioni di regresso. Una volta che il creditore risulti interamente soddisfatto, il fideiussore subentrerà nelle ragioni di costui, accontentandosi del parziale soddisfacimento del proprio credito, a seguito della falcidia fallimentare. L’affermazione non è però condivisa da BONFATTI, *op. cit.*, p. 286 nota 109, in quanto se la garanzia reale è stata costituita per l’intero ammontare del diritto eventuale di regresso, la collocazione sul ricavato di tale importo produce l’adempimento definitivo del credito *ad opera del fallimento* (vedi testo *infra*), e il condebitore non avrà motivo di surrogarsi al creditore. Se la garanzia era stata concessa per un importo inferiore, il fideiussore si trova esposto *ab origine* al rischio dell’insolvenza per l’ammontare del residuo non garantito. Nessun pregiudizio quindi gli deriva dall’art. 63. Si ipotizzi che a fronte di un’obbligazione di 100 garantita da un fideiussore per 100, siano stati costituiti in favore del fideiussore un pegno o un’ipoteca per 50 ed il fideiussore quindi si trovi esposto all’insolvenza per i residui 50. In applicazione dell’art. 63, se il fideiussore non è escusso, il bene del fallito paga al creditore 50, ed il rischio per il fideiussore di essere escusso rimane per 50. Se il fideiussore ha effettuato un pagamento parziale di 80, il creditore continua ad avere diritto al ricavato dai beni dati in garanzia per 20. I restanti 30 (residuo valore del bene vincolato) spettano al fideiussore il quale quindi rimane esposto per 50 (80-30), cioè entro i limiti del rischio dell’insolvenza del debitore principale di cui originariamente si era onerato.

<sup>38</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 288 nota 112 e p. 297 nota 131.

coobbligato, trattandosi piuttosto di pagamento eseguito dal fallimento utilizzando il ricavato dei beni del fallito. Non può aversi, allora, alcun regresso del coobbligato *in bonis* per quella quota, non perché già esercitato preventivamente (sappiamo infatti che l'art. 63 non consente la partecipazione del regresso eventuale *tout court*), ma perché essendo la quota pagata con beni del fallito non può da essa sorgere regresso nei confronti del medesimo<sup>39</sup>.

#### **4. (Segue). Collocazione sul ricavato dell'importo garantito. Aspetti procedurali**

Sotto il profilo della legittimazione ad agire, dobbiamo ora interrogarci su quali siano i soggetti che possono richiedere la collocazione dell'importo garantito sul ricavato dal bene vincolato.

Essendo la garanzia posta a presidio del diritto di regresso del coobbligato, *in primis* dobbiamo ritenere legittimato proprio costui, sia pure in previsione di un risultato di cui egli non può profittare direttamente. Stante il disposto dell'art. 63 comma secondo l.fall., l'importo collocato sul ricavato dal bene ipotecato o costituito in pegno deve essere corrisposto al creditore dell'obbligazione solidale, e se costui non si è insinuato al passivo, il ricavato va accantonato nel suo interesse. Per il caso in cui i debitori solidali con diritto di garanzia siano più d'uno, ciascuno di essi ha diritto di chiedere la collocazione sul ricavato della somma per la quale è stata concessa l'ipoteca o costituito il pegno, ma, come ovvio, l'attribuzione del ricavato al creditore può essere disposta una sola volta, cosicché ottenuto ciò da uno dei coobbligati con diritto di garanzia, gli altri perderanno interesse a far valere un'identica pretesa<sup>40</sup>.

Il coobbligato però non può dirsi gravato di un dovere giuridico di insinuazione al fallimento, per evitare di perdere il proprio diritto di credito o per consentire al creditore dell'obbligazione solidale di avvalersene. L'art. 63 non offre appiglio alcuno in merito. Come detto, essendo il creditore immediato beneficiario del sistema costruito dalla norma

---

<sup>39</sup> Quasi letteralmente LO CASCIO, *op. cit.*, p. 507.

<sup>40</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 278, si riferisce alla fattispecie tutt'altro che infrequente in cui a fronte di finanziamenti erogati da aziende di credito straniere, più banche italiane prestano fideiussione, le quali a loro volta si procurano garanzie sui beni dell'impresa italiana beneficiaria del finanziamento.

in esame, è certamente suo interesse che il coobbligato (o fideiussore) del fallito si insinui. Se ciò non avviene – rimanendo il condebitore inerte – riteniamo il creditore possa provvedere in via surrogatoria *ex art. 2900 c.c.*, sussistendone beninteso i presupposti e senza che ciò significhi attribuire a detta azione una funzione esecutiva. Una volta collocato sul ricavato il regresso privilegiato del coobbligato del fallito – indipendentemente da chi abbia assunta l’iniziativa di richiedere tale collocazione (coobbligato o creditore che agisce *ex art. 2900*) – l’assegnazione della relativa quota di riparto direttamente al creditore solidale è disposta espressamente dalla legge (art. 63 co. 2 l.fall.)<sup>41</sup>.

Posto che la pretesa dovrà essere azionata nelle forme dell’insinuazione al passivo, l’oggetto di verifica da parte del giudice del fallimento non sarà limitato al titolo sulla cui base viene fatto valere il pegno o l’ipoteca, bensì sarà esteso pure al suo necessario presupposto preliminare, ovvero l’esistenza e l’opponibilità al fallimento del debito solidale<sup>42</sup>. Ration per cui il creditore che intenda richiedere l’attribuzione del ricavato dal bene ipotecato o costituito in pegno dovrà preliminarmente insinuare la propria pretesa al fallimento<sup>43</sup>. Infatti, l’attribuzione al creditore *ex art. 63 co. 2 l.fall.* può valere come adempimento parziale e definitivo dell’obbligazione solidale ad opera del fallimento, solamente in virtù di un credito che si è accertato possedere i requisiti per essere credito concorsuale, prima, e divenire credito concorrente, poi. Per il medesimo motivo, nell’eventualità in cui il condebitore azioni personalmente il regresso eventuale (limitatamente all’importo garantito), ed il creditore non sia già insinuato a sua volta, al coobbligato sarà richiesto di dimostrare l’esistenza e l’opponibilità al fallimento del credito di cui all’obbligazione solidale. Il relativo accertamento avrà carattere incidentale<sup>44</sup>.

Per effetto dell’art. 63 saranno contemporaneamente iscritti al passivo il credito dell’obbligazione solidale e l’importo per cui il coobbligato ha pegno o ipoteca. Come ovvio, la somma delle due pretese è superiore all’ammontare di debito cui il fallito è tenuto. Una soluzione equilibrata va cercata in sede di collocazione sul ricavato. Infatti, l’art. 63 prevede che in virtù dell’assegnazione, il creditore riduca dell’importo ottenuto

---

<sup>41</sup> LO CASCIO, *op. loc. cit.*; INZITARI, *op. cit.*, p. 256; BONFATTI, *op. cit.*, p. 296.

<sup>42</sup> Si veda sopra in questo Capitolo § 3.

<sup>43</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 297.

<sup>44</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 297.

in sede privilegiata la partecipazione in sede chirografaria. L'adempimento ad opera del fallimento è a tutti gli effetti adempimento definitivo *ex art. 1292 c.c.*<sup>45</sup>.

Controverso è se al riconoscimento al creditore solidale della prelazione ipotecaria o pignoratoria nei confronti dei creditori concorrenti si accompagni pure un privilegio a favore del medesimo nei confronti degli altri eventuali creditori del coobbligato *in bonis*. Una certa dottrina sostiene che la disposizione menzionata più che attribuire un privilegio a favore del creditore, che lo renda preferito nel concorso con gli altri eventuali creditori del coobbligato, vada unicamente a riferirsi alla surrogazione della garanzia, con diritto del creditore a far valere contro il condebitore fallito la garanzia che aveva il coobbligato surrogato<sup>46</sup>.

Al contrario, riteniamo che la norma accordi al creditore dell'obbligazione solidale una prelazione sugli altri creditori del coobbligato (*rectius* l'esclusione degli altri creditori del coobbligato *in bonis*)<sup>47</sup>.

In primo luogo, l'esistenza di un tale privilegio si pone perfettamente in linea con il *favor creditoris* che caratterizza tutta la disciplina delle obbligazioni solidali dal lato passivo nel fallimento.

Secondariamente, essendo il meccanismo realizzato per il tramite dell'art. 63 assolutamente eccezionale – consentendo di far valere la garanzia reale costituita a favore di un diritto di regresso attualmente solo eventuale – riteniamo il suo ambito d'applicazione debba essere confinato entro i limiti della solidarietà. Nulla di paragonabile è previsto dalla disciplina ordinaria per i *creditores creditoris*, ovvero i creditori “non qualificati” del coobbligato *in bonis*. Di fronte alla garanzia reale posseduta dall'obbligato in solido nei confronti di un proprio coobbligato (fallito), i creditori dell'obbligato *in bonis* non sono tutti collocati sullo stesso piano. Solo colui o coloro il

---

<sup>45</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 194; VACCARELLA, *op. cit.*, p. 63.

<sup>46</sup> INZITARI, *op. cit.*, pp. 255-256; AA. VV., *Il fallimento, cit.*, p. 559.

<sup>47</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 65 nota 36 ritiene di riconoscere una prelazione sulla base di due argomenti, per noi non condivisibili. Il primo, la puntuale espressione utilizzata dal legislatore, ovvero “in deduzione” della somma dovuta (art. 63 co. 2 l.fall.). Un simile argomento, peraltro non giustificato, pare piuttosto debole. Il secondo, l'affermazione per cui “la garanzia reale che cautela il fideiussore o il coobbligato in genere per ciò stesso cautela il creditore principale”. In realtà, la condizione favorevole in cui versa il coobbligato *in bonis* gioverebbe tutti i suoi creditori, e non solo il creditore solidale se a ciò non provvedesse l'art. 63. Così BONFATTI, *op. cit.*, p. 300 n. 38.

cui titolo tragga origine dal credito solidale verso il coobbligato e verso il concedente il pegno o l'ipoteca, possono chiedere l'assegnazione diretta del ricavato dal bene vincolato, in deduzione di quanto loro dovuto<sup>48</sup>.

Da ultimo, riconoscendo una simile prelazione, otterremo un risultato pregevole, ovvero quello di assicurare una certa omogeneità di soluzioni al problema del concorso della pretesa del creditore (che si avvale del regresso del coobbligato) con le pretese di altri eventuali creditori di costui. Infatti, per le ipotesi di pagamento parziale intervenuto durante il fallimento, l'art. 61 sottrae il creditore solidale al concorso con gli altri creditori del *solvens*, consentendo la partecipazione per l'intero credito e facendo l'obbligazione solidale insensibile alle riduzioni successive alla sentenza dichiarativa di fallimento. Pure nell'ipotesi di cui all'art. 62 co. 3 abbiamo accordato al creditore una preferenza, in considerazione del fatto che se il coobbligato solvente "che ha diritto di regresso verso il fallito" non può pretendere di percepire al cospetto del creditore solidale l'importo derivante dalla collocazione sul ricavato del regresso, neppure i suoi creditori comuni possono nutrire analoga aspirazione. Sarebbe allora contraddittorio consentire un tale concorso sul ricavato di un bene a garanzia di un regresso solo eventuale<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Quasi letteralmente BONFATTI, *op. cit.*, p. 301.

<sup>49</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 302 nota 141.

## Sezione II

### Il regresso non assistito da garanzie reali

#### 5. La posizione del coobbligato solidale del fallito senza garanzia per il proprio regresso e non ancora escusso dal creditore

La legge non disciplina la sorte del coobbligato solidale del fallito *non* ancora escusso dal creditore dell'obbligazione solidale, *senza* diritto di pegno o d'ipoteca per il proprio regresso. Una simile eventualità merita comunque di essere analizzata.

La condizione del coobbligato che non ha ancora pagato, ma al quale può essere richiesto di farlo in ogni momento, è molto delicata: a seconda del comportamento del creditore dell'obbligazione solidale, il coobbligato può essere sostanzialmente indifferente al ritardo, ovvero esserne fortemente pregiudicato. Escusso tardivamente, costui potrebbe vedere già ripartito tutto l'attivo fallimentare del suo condebitore tra i creditori concorrenti o, addirittura trovare il fallimento chiuso. Pertanto, il credito di regresso non potrebbe essere utilmente esercitato.

Ogni considerazione che verrà svolta, pur nel silenzio legislativo, dovrà tener conto di una triplice esigenza: garantire effettività e significato economico concreto al credito di regresso del coobbligato; tutelare la massa dal vedere la partecipazione al passivo di un credito per un pagamento non ancora effettuato (incerto quindi nell'*an* e nel *quantum*); non pregiudicare il creditore dell'obbligazione solidale con la partecipazione del debitore coobbligato (*favor creditoris*)<sup>50</sup>.

La discussione su questi punti porta la dottrina a dividersi tra coloro che ritengono inammissibile una tutela all'interno del fallimento del coobbligato che non abbia ancora effettuato alcun pagamento al creditore solidale – esclusa beninteso l'ipotesi che ci ha già impegnati, ovvero quella del coobbligato o fideiussore con diritto di garanzia – e coloro che, all'opposto, ammettono la partecipazione al concorso del coobbligato non escusso,

---

<sup>50</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 503.

riconoscendogli generalmente l'insinuazione con riserva. Ad un tale approdo si giunge per il tramite di diverse ricostruzioni che qui vale la pena di annoverare.

Alcuni fanno rientrare il credito di regresso ipotizzato dal coobbligato o dal fideiussore tra i crediti condizionali in senso tecnico, ed in tale qualità viene loro concesso di partecipare al concorso a norma degli artt. 96, 113 e 113 *bis* l.fall., come testualmente disposto dall'art. 55 terzo comma, al fine di ottenere l'accantonamento di somme per l'eventualità dell'adempimento dell'obbligazione solidale<sup>51</sup>. Altri, invece, ritengono che il legislatore fallimentare, nel ricondurre alla categoria dei crediti condizionali pure quei crediti che "non possono farsi valere contro il fallito, se non previa escussione di un obbligato principale" (art. 55 co. 3 ultimo inciso l.fall.), abbia accolto una concezione di credito condizionale più lata di quella civilistica, in virtù della quale comunque riconoscere al coobbligato non escusso una partecipazione con riserva al concorso fallimentare<sup>52</sup>. Da ultimo, e quanto alle obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo, alcuni considerano corretto l'ingresso nel fallimento dell'azione di rilievo del fideiussore (*ex art. 1953 c.c.*) per il tramite appunto della insinuazione con riserva.

La giurisprudenza di legittimità, e così pure una parte minoritaria di quella di merito, ritengono che il credito potenziale di regresso del coobbligato solidale del fallito non ancora escusso abbia carattere condizionale, e debba pertanto essere ammesso al passivo con riserva<sup>53</sup>. Tuttavia, una parte della giurisprudenza di legittimità, e soprattutto un vasto settore di quella di merito, giudicano l'ammissione al passivo (sebbene con

---

<sup>51</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 368 riporta quest'opinione, per discostarsene immediatamente.

<sup>52</sup> In questo senso LO CASCIO, *op. cit.*, pp. 503 e ss.; VACCARELLA, *op. cit.*, p. 60. *Contra* INZITARI, *op. cit.*, p. 249; BONFATTI, *op. cit.*, pp. 229 e ss.; BONFATTI e CENSONI, *op. cit.*, p. 138. Con esclusivo riguardo al fideiussore non escusso PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 400.

<sup>53</sup> Con esclusivo riguardo al caso del fideiussore non escusso si veda Cass., 4 aprile 1962 n. 703 in *Dir. fall.*, 1962, II, 557; Cass., 19 giugno 1974 n. 1806 in *Dir. fall.*, 1975, 226; Cass., 10 luglio 1978 n. 3439 in *Dir. fall.*, 1978, 469; Cass., 5 luglio 1988 n. 4419 in *Foro it.*, 1988, I, 2873; Cass., 12 luglio 1990 n. 7222 in *Il fallimento*, 1991, 55; Cass., 27 giugno 1998 n. 6355 in *Fallimento*, 1999, 525; Cass., 21 luglio 2004 n. 13508 in *Fallimento*, 2005, 399. *Ex multis* Trib. Napoli 29 maggio 1980 in *Dir. e Giur.*, 1982, 178; Trib. Roma 4 marzo 1985 in *Fallimento*, 1985, 1085; App. Roma 13 ottobre 1987 in *Foro it.*, 1988, I, 603; Trib. Torino 12 novembre 1991 in *Fallimento*, 1992, 417; Trib. Torino 2 ottobre 1992 in *Fallimento*, 1993, 1047; Trib. Milano 9 maggio 2008 in *Il caso.it*.

riserva) del credito di regresso potenziale del fideiussore (e del coobbligato ad interesse comune) incompatibile con la disciplina fallimentare, e ciò con posizioni diversificate<sup>54</sup>.

A nostro avviso, prima di stabilire se al regresso eventuale del coobbligato non ancora escusso debba essere o meno concessa la partecipazione al fallimento del condebitore, per il tramite di una insinuazione senza immediata collocazione, ovvero di una collocazione sul ricavato con o senza riserva, occorre anzitutto distinguere a seconda che il creditore dell'obbligazione solidale sia o no insinuato al passivo e collocabile sul ricavato<sup>55</sup>. Le due situazioni vanno pertanto indagate separatamente.

## **6. L'ipotesi d'insinuazione del credito principale dell'obbligazione solidale. La tesi dell'insinuazione con riserva del coobbligato non escusso**

La prima situazione che va considerata è quella in cui il creditore principale partecipi al concorso e si trovi quindi insinuato al passivo, con conseguente attitudine ad essere collocato sul ricavato fallimentare in ipotesi capiente. Ci pare che il coobbligato solidale del fallito non ancora escusso non subisca alcun pregiudizio: il diritto del creditore di percepire sulla base dello "intero credito in capitale e accessori" (art. 61 co. 1 l.fall.) basta a soddisfare l'interesse del coobbligato *in bonis*<sup>56</sup>. Il patrimonio del fallito

---

<sup>54</sup> Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 in *Foro it.*, 2008, 4, I, 1125; Cass., 11 settembre 2007 n. 19097 in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 9; Cass., 8 agosto 2003 n. 11953 in *Fallimento*, 2004, 1091. *Ex multis* App. Firenze, sez. II, 25 maggio 2010 in *Guida al diritto*, 2010, 42, 83; Trib. Taranto 9 giugno 2006 in *Il fallimento*, 2006, 1414; Trib. Padova 6 maggio 2003 in *Giur. merito*, 2004, 72; Trib. Napoli 4 dicembre 2002 in *Dir. fall.*, 2003, II, 517; Trib. Roma 6 dicembre 1999 in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 11, 88; Trib. Genova 4 marzo 1992 in *Fallimento*, 1992, 955; Trib. Bologna 25 giugno 1991 in *Fallimento*, 1992, 77; Trib. Udine 30 aprile 1988 in *Foro it.*, 1988, I, 2874; Trib. Venezia 7 settembre 1987 in *Fallimento*, 1988, 265; Trib. Verona 4 aprile 1987 in *Giur. merito*, 1988, 1028; Trib. Verona 2 luglio 1986 in *Giust. civ.*, 1987, I, 966; Trib. Roma 29 ottobre 1981 in *Dir. fall.*, 1982, II, 181.

<sup>55</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 229.

<sup>56</sup> Una precisazione è importante: all'insinuazione al passivo del creditore occorre si accompagni l'attitudine a percepire sul ricavato fallimentare. In altri termini, il creditore non deve aver rinunciato all'insinuazione, e non deve aver ricevuto *medio tempore* un pagamento integrale. Infatti, perchè non si realizzi pregiudizio per il coobbligato non escusso, e anzi il suo interesse possa dirsi soddisfatto, il creditore deve poter percepire qualche somma dalla partecipazione ai riparti fallimentari.

risponderà più che adeguatamente dell'obbligazione solidale e il coobbligato vedrà corrispondentemente diminuire il suo debito, man mano che il creditore venga soddisfatto<sup>57</sup>.

Ciononostante, la prevalente giurisprudenza di Cassazione, ed una parte minoritaria di quella di merito, occupandosi in modo quasi esclusivo della figura del fideiussore non escusso, ritengono che costui vada ammesso con riserva al fallimento del debitore principale. L'art. 95 l.fall. (vecchia formulazione) comprendeva tra i crediti ammessi con riserva due categorie tassative di crediti: i crediti indicati nell'ultimo comma dell'art. 55 l.fall. e quelli per i quali non sono stati ancora presentati i documenti giustificativi<sup>58</sup>. Il fideiussore che non ha ancora adempiuto andrebbe ricondotto alla prima delle suindicate tipologie, per quanto attiene all'esercizio delle eventuali azioni di regresso nei confronti del debitore fallito<sup>59</sup>. Il suo credito, cioè, verrebbe scritto nello stato passivo con riserva, da sciogliere all'integrale soddisfacimento delle ragioni del creditore nel corso della procedura e, quindi, prima della chiusura (*rectius* prima del riparto finale della procedura concorsuale)<sup>60</sup>. In altri termini, a condizionare la partecipazione del fideiussore sarebbe un fatto rilevante *ex parte creditoris* (e non *ex parte debitoris*), che

---

<sup>57</sup> Maggiore è l'importo insinuato e collocabile sul ricavato fallimentare, maggiore è il dividendo percepibile dalla partecipazione ai riparti fallimentari. Così, il diritto del creditore di percepire in base allo "intero credito" (art. 61 co. 1 l.fall.) soddisfa anche l'interesse del coobbligato non escusso. In virtù, poi, di quanto stabilito dall'art. 1292 c.c. ("l'adempimento da parte di uno libera gli altri"), il coobbligato *in bonis* vedrà diminuire il suo debito e potrà opporre al creditore la c.d. eccezione di adempimento parziale. BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 138; BONFATTI, *op. cit.*, p. 229 e pp. 231 e ss.; LO CASCIO, *op. cit.*, p. 505.

<sup>58</sup> Quanto contenuto nell'art. 95 l.fall. è oggi rifiuto nell'art. 96 l.fall., rubricato appunto "Formazione ed esecutività dello stato passivo", a decorrere dal d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5. Il terzo comma prevede che l'ammissione con riserva, oltre che nei casi stabiliti dalla legge, avvenga per: 1) i crediti condizionati e quelli indicati nell'ult. co. dell'art. 55; 2) i crediti per i quali la mancata produzione del titolo dipenda da fatto non riferibile al creditore; 3) i crediti accertati con sentenza pronunciata prima della dichiarazione di fallimento e non ancora passata in giudicato. Pertanto, attualizzando la giurisprudenza analizzata nel testo, il caso del fideiussione non escusso andrebbe ricondotto alla seconda ipotesi indicata all'art. 96 co. 3 n.1. Come preciseremo in seguito (*infra* in questo Capitolo § 7) è proprio tale attuale formulazione (unitamente ad altri elementi) a farci ritenere non convincente la tesi della nozione ampia di credito condizionato in sede fallimentare in cui ricomprendere anche il regresso del coobbligato non escusso dal creditore.

<sup>59</sup> Cass., 21 luglio 2004 n. 13508 cit.

<sup>60</sup> Cass., 4 aprile 1962 n. 703 cit.; Cass., 27 giugno 1998 n. 6355 cit.; Cass., 5 luglio 1988 n. 4419 cit.

sappia incidere totalmente sulla posizione del creditore solidale, il quale vede cristallizzata la sua posizione al momento della dichiarazione di fallimento (art. 61 co. 1 l.fall.)<sup>61</sup>.

Secondo questa giurisprudenza, poi, l'ammissione al passivo con riserva non contiene una delibazione favorevole circa l'esistenza del credito, definitiva con l'esecutività dello stato passivo, poiché in qualità di misura protettiva essa rimane *sub iudice* fino allo scioglimento della riserva<sup>62</sup>. Cosicché, in un'ottica di cognizione differita, deve ritenersi sempre aperta ogni questione riguardante il credito, senza possibilità di preclusioni. L'ammissione del credito condizionale non costituisce esercizio né di una cognizione sommaria, né parziale, bensì integra propriamente una riserva di provvedere in futuro. Il provvedimento di ammissione all'atto di scioglimento della riserva sarebbe sostituito da altro provvedimento, risultato quest'ultimo di cognizione endofallimentare del giudice. Nessun vincolo dalla precedente valutazione relativa all'ammissione con riserva<sup>63</sup>.

A fondare siffatta ammissione sarebbero l'applicazione congiunta ed estensiva degli artt. 55 co. 3 e 61 co. 2 l.fall. Dal coordinamento di tali norme emergerebbe in via d'interpretazione testuale come i crediti di regresso del fideiussore non escusso siano compresi nella categoria dei crediti condizionali, da ammettere con riserva. Il fideiussore non escusso sarebbe, cioè, creditore condizionale secondo una nozione lata di condizionalità accolta dalla l.fall., ma pure per rilevanti motivi autonomi<sup>64</sup>.

Posto che il credito ipotizzato del fideiussore (o del coobbligato) sicuramente non può rientrare tra i crediti condizionali in senso tecnico, la Cassazione già con sentenza n. 1806 del 19 giugno 1974, e così alcuna dottrina ritengono che il legislatore fallimentare abbia ricondotto nell'art. 55 co. 3 una nozione di condizionalità più ampia di quella civilistica<sup>65</sup>. Nell'accezione di credito condizionato sarebbero allora da ricomprendere pure quei crediti in cui l'evento futuro ed incerto influisce non tanto e non solo sull'efficacia, bensì sull'esistenza e sulla nascita del credito. L'estensione però non

---

<sup>61</sup> Cass., 4 aprile 1962 n. 703 cit.

<sup>62</sup> Cass., 21 luglio 2004 n. 13508 cit.

<sup>63</sup> CATALDO, *Effetti dell'ammissione con riserva di crediti condizionali*, nota a Cass., 21 luglio 2004, n. 13508, *Fall.*, 2005, 4, 399.

<sup>64</sup> Cass., 5 luglio 1988 n. 4419 cit.

<sup>65</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 504.

giungerebbe a ricomprendere i crediti il cui fatto giuridico sia posteriore al fallimento, ma sarebbe limitata ai crediti il cui fatto genetico sia posto in essere prima del fallimento, ovvero i crediti eventuali *ex art. 2852 c.c.*<sup>66</sup>. Il titolo, già esistente e noto, sarebbe solamente incerto nel suo sorgere. Al realizzarsi della condizione, il credito diverrebbe certo, liquido ed esigibile<sup>67</sup>. L'escussione, quale onere per la conservazione di un vantaggio giuridico (ammissione al concorso), farebbe del credito eventuale del coobbligato un credito attuale<sup>68</sup>. Una tale visione avrebbe il pregio di fare in modo che le aspettative creditorie del fideiussore non vengano pregiudicate e di realizzare una parità di trattamento tra i coobbligati<sup>69</sup>.

A detta della giurisprudenza in esame, a fondare l'ammissione con riserva sarebbe, poi, l'applicazione estensiva dell'art. 61 co. 2 l.fall. La norma cioè, ricalcando in materia fallimentare il principio proprio della disciplina della solidarietà di cui all'art. 1299 c.c., consentirebbe al debitore in solido di esercitare l'azione di regresso dopo aver pagato l'intero debito. La condizione cui è subordinato il concorso del fideiussore è comune sia all'ipotesi in cui il pagamento provenga da un coobbligato fallito, sia a quella in cui provenga da un coobbligato non fallito<sup>70</sup>. Non vale ad escludere tale applicazione il fatto che l'art. 61 co. 2 consideri il regresso "tra" i coobbligati falliti, posto che la *ratio* della norma è perfettamente identica in entrambe le ipotesi.

Si nega che il coobbligato che ha pagato integralmente il creditore dopo il fallimento del condebitore possa insinuarsi in via tardiva al passivo *ex art. 101 l.fall.*, poiché il fallimento apre il concorso sul patrimonio del fallito ai soli creditori anteriori al fallimento<sup>71</sup>. Il fideiussore sarebbe creditore condizionale perché diversamente rimarrebbe escluso dal passivo fallimentare. Come detto, l'ammissione del coobbligato non escusso assumerebbe funzione equitativa, nel timore che il fideiussore rimanga esposto a ingiusto sacrificio dall'esclusione dal concorso sul patrimonio del fallito. Allora, condizione necessaria per esercitare il regresso è quella per cui il futuro regresso sia stato ammesso al passivo con riserva. Posto che con ciò non si realizzerebbe alcun

---

<sup>66</sup> LO CASCIO, *op. loc. cit.*; Cass., 21 luglio 2004 n. 13508 cit.

<sup>67</sup> Cass., 5 luglio 1988 n. 4419 cit.

<sup>68</sup> LO CASCIO, *op. loc. cit.*.

<sup>69</sup> Cass., 12 luglio 1990 n. 7222 cit.

<sup>70</sup> Cass., 19 giugno 1974 n. 1806 cit.

<sup>71</sup> Cass., 5 luglio 1988 n. 4419 cit.; Cass., 12 luglio 1990 n. 7222 cit.

pregiudizio per gli altri creditori, l'ammissione con riserva del fideiussore – nell'ipotesi che si considera – realizzerebbe una sorta di “prenotazione”. Al verificarsi dell'evento condizionante, il regresso verrà reso operativo e al fideiussore sarà dato di sostituirsi all'originario creditore, per far valere le proprie ragioni in sede di ripartizione dell'attivo, senza che ciò comporti alcuna duplicazione.

Per la dottrina in esame, una tale interpretazione appare altresì coerente con la posizione del fideiussore al di fuori del fallimento, laddove costui può agire contro il debitore prima di aver pagato, perché gli procuri la liberazione, o in mancanza presti le garanzie per assicurare il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso<sup>72</sup>. E ciò sulla premessa che il rapporto debitore – fideiussore preesiste al pagamento effettuato da quest'ultimo, in quanto la fideiussione garantisce il debitore anche prima del pagamento. Sebbene una tale tutela sia testualmente disposta al di fuori del fallimento, costoro ritengono vada estesa anche all'ipotesi in cui sia stata pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento del debitore principale. Così, il fideiussore tutelerà le sue eventuali ragioni di regresso partecipando con riserva al concorso dei creditori, fermo restando che il regresso potrà essere esercitato solo dopo che il creditore sia stato integralmente soddisfatto.

Sulla scorta di tali considerazioni, è da ritenere che l'impostazione in esame individui necessariamente il titolo dell'ammissione del fideiussore nella condizione di soggezione del fallito al regresso del debitore solidalmente obbligato, non già nel pagamento effettuato al creditore<sup>73</sup>. All'avveramento della condizione, tale *status* di soggezione sarà sostituito dal diritto di regresso, divenuto attuale.

Occorre precisare, poi, che l'attenzione degli interpreti che hanno formulato o aderito a quest'impostazione, nonché della giurisprudenza citata, è nel senso di realizzare – per il tramite dell'ammissione con riserva – una “prenotazione” valevole sia per il regresso in senso stretto, che per la rivalsa con surrogazione. Quest'ultima, infatti, opera

---

<sup>72</sup> L'art. 1953 c.c., rubricato “Rilievo del fideiussore” dispone che “il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore perché questi gli procuri la liberazione, o in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso, nei casi seguenti [...] 2) quando il debitore è divenuto insolvente”. A tal proposito si veda Cass., 5 luglio 1988 n. 4419 cit.

<sup>73</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 236.

automaticamente, ma decorre dal momento del pagamento. Il fideiussore diviene creditore del fallito con l'adempimento al creditore principale<sup>74</sup>.

Chi scrive ritiene di non poter condividere questa tesi, pur molto diffusa nella giurisprudenza e favorevolmente accolta da una dottrina autorevole. Ci pare maggiormente condivisibile l'opinione di chi concluda per la partecipazione al concorso del coobbligato (o del fideiussore) che abbia effettuato un pagamento. In altri termini, il fideiussore può far valere il suo credito di regresso verso il fallito una volta onorata la fideiussione prestata<sup>75</sup>.

In quanto posizione sostanzialmente antitetica alla precedente esposta, ragioni di chiarezza espositiva ci impongono di analizzare separatamente e confutare gli argomenti usati a sostegno dell'opposto indirizzo.

## **7. (Segue). Critiche. L'inammissibilità dell'insinuazione al passivo del regresso del coobbligato nella forma dell'ammissione con riserva**

Nella tesi qui non condivisa, la collocabilità sul ricavato del credito di regresso per pagamenti successivi alla sentenza dichiarativa di fallimento viene condizionata alla preventiva insinuazione al passivo dell'interessato nella forma dell'insinuazione con riserva. Tale concetto, però, viene erroneamente fatto coincidere con una domanda di insinuazione tempestiva, per un titolo antecedente a quello originato dal pagamento del creditore. Pare irragionevole e fuorviante, però, la pretesa che i crediti previsti dall'art.55 l.fall. possano essere fatti valere solamente entro i termini previsti per la proposizione di

---

<sup>74</sup> Cass., 5 luglio 1988 n. 4419 cit. *Contra* Cass., 11 settembre 2007 n. 19097 cit.: l'insinuazione con riserva è una possibilità e non un prerequisite per la surroga. Orbene, la surrogazione, realizzando una semplice modificazione soggettiva del credito, e non una novazione dello stesso, gode di indiscusso carattere di concorsualità. Il suo riconoscimento non urta con il principio di cristallizzazione della massa passiva, né pregiudica i creditori concorrenti. Il credito sorge in capo al fideiussore solo per effetto del pagamento al creditore, ma non si è in presenza di un credito nuovo. Infatti, se il credito era già ammesso allo stato passivo per opera del creditore, all'operare della surrogazione, la procedura è chiamata ad attribuire una certa quota di riparto ad un soggetto (fideiussore) subentrato nella titolarità di un credito insinuato da un altro creditore (creditore principale). L'ammontare del credito non si estende a spese ed interessi. Sul punto cfr. LO CASCIO, *op. cit.*, pp. 497- 498.

<sup>75</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 229 e ss.; CATALDO, *op. loc. cit.*

domande tempestive di crediti. Al fideiussore, al pari di ogni altro creditore che aspiri al concorso nel fallimento del debitore, deve essere riconosciuta la facoltà di scegliere il momento in cui procedere in tale senso<sup>76</sup>.

In modo altrettanto criticabile si è sostenuto che l'insinuazione al passivo del regresso del coobbligato del fallito, successiva al pagamento effettuato al creditore solidale, sarebbe disposta necessariamente nella forma dell'insinuazione in via tardiva *ex art. 101 l.fall.*, ma andrebbe esclusa in quanto inammissibile. A difettare sarebbe il carattere di concorsualità del credito. Una siffatta affermazione appare censurabile per almeno due ragioni.

La prima, per l'arbitraria coincidenza tra l'insinuazione al passivo del coobbligato dopo che egli abbia pagato il creditore con l'insinuazione in via tardiva. Per converso, un'analisi più precisa dovrebbe considerare il momento in cui il coobbligato proceda all'adempimento nei confronti del creditore, e concludere per un'ammissione in via tardiva solo qualora la domanda venga depositata in cancelleria oltre il termine previsto dall'*art. 101 l.fall.*<sup>77</sup>.

In secondo luogo, riteniamo errato e contraddittorio proporre di ovviare all'asserita inopponibilità alla massa del regresso per pagamenti effettuati durante il fallimento con l'insinuazione con riserva del medesimo.

Sia nella prospettiva della surrogazione, che in quella del regresso in senso stretto, abbiamo già argomentato a favore della loro natura concorsuale<sup>78</sup>. Allo scopo, qui basti ricordare quanto autorevolmente sostenuto, ovvero che i rapporti interni tra i condebitori non sono altro dalla solidarietà, bensì la rifrazione dell'*idem debitum* nei rapporti interni tra consorti, cosicché il fondamento del regresso consiste nel fondamento stesso dell'obbligazione solidale, riguardata *post factum*<sup>79</sup>. Il diritto di regresso è congenito all'obbligazione solidale, e quindi anteriore alla dichiarazione di fallimento, anche se i presupposti si verificano dopo<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 236 e 238 n. 27.

<sup>77</sup> L'*art. 101 l.fall.* dispone la tardività in ordine alle domande depositate in cancelleria oltre il termine di 30 giorni prima dell'udienza fissata per la verifica del passivo, e non oltre quello di 12 mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo.

<sup>78</sup> Si veda *supra* Capitolo 2 §§ 6 e 7.

<sup>79</sup> DI MAJO, *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, cit., p. 319.

<sup>80</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 367.

Si ritenga o meno di condividere un tale assunto, basti a deporre nel senso della concorsualità l'espressa previsione dell'esercizio del regresso di cui all'art. 61 co. 2 l.fall., sintomo dell'inesistenza di qualsivoglia ostacolo logico al suo ingresso nel fallimento, ancorché sorto per pagamenti successivi alla dichiarazione di fallimento. Detta norma è quindi destinata a prevalere sul divieto generale posto dall'art. 52<sup>81</sup>. Il secondo comma dell'art. 61, sia esso coerente al sistema fallimentare (per avere il credito di regresso natura concorsuale), sia che si ponga come un'eccezione al sistema, contiene la norma che regola espressamente l'ipotesi del regresso tra coobbligati. Perciò, la stessa ipotesi non può essere ricondotta sotto la disciplina generale dell'art. 52<sup>82</sup>.

Diviene, allora, palesemente contraddittorio negare l'ammissione anche in via tardiva di un credito ritenuto ammissibile in via tempestiva: un credito o è concorsuale, e allora può essere insinuato anche in via tardiva e la sua preventiva ammissione con riserva non è necessaria; o non è concorsuale, e allora non può insinuato nemmeno in via tempestiva, neppure con riserva. Lo scioglimento di una riserva non può determinare la concorsualità sopravvenuta<sup>83</sup>. In altri termini, se il credito è futuro non solo non può essere insinuato tardivamente e senza riserva, ma neppure può essere insinuato in via tempestiva e con riserva, in previsione che nasca in corso di procedura. Viceversa, se si ritiene che sia insinuabile tempestivamente al passivo, per fruire immediatamente degli effetti prodotti dall'ammissione (sia pure con riserva), si deve ugualmente consentire che il soggetto s'insinui in via tardiva. Infatti, non vi è motivo di sanzionare con l'inammissibilità la condotta di chi ha preferito attendere l'esigibilità della propria pretesa per insinuarsi, secondo un atteggiamento prudentiale.

---

<sup>81</sup> Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.: tra l'art. 55 co. 3 e l'art. 61 co. 2 l.fall. sussiste 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.

<sup>82</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, pp. 497 e 502.

<sup>83</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 238 nn. 26- 27 e pp. 239-240 n.30; FICI, *Sull'ammissibilità al passivo del credito di regresso del fideiussore adempiente dopo il fallimento del debitore garantito*, nota a Cass., 12 ottobre 2007 n. 21430 e Cass., 17 gennaio 2008 n. 903, in *Fallimento*, 2008, 8, 920; DI CORRADO, *Limiti all'ammissione del credito di regresso del coobbligato. Un'occasione mancata per fare chiarezza in tema di insinuazione del coobbligato non escusso*, nota a Cass., 8 agosto 2003, n. 11953, *Fall.*, 2004, 10, 1098. Sul punto, Cass. 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

È stato puntualmente osservato come la prenotazione sia istituto sconosciuto nel nostro ordinamento, pertanto inidoneo a fondare *ex se* un'ammissione al passivo del coobbligato non escusso<sup>84</sup>. L'opponibilità del credito alla massa e la sua anteriorità al fallimento costituiscono il presupposto di *ogni* tipo di ammissione, sia nella prospettiva dell'immediata collocazione della pretesa sul ricavato (capiente), sia nella prospettiva di beneficiare dell'accantonamento della quota di riparto<sup>85</sup>.

Sotto un profilo sostanziale, ed in termini generali, la tesi dell'ammissione con riserva del coobbligato non può essere condivisa: l'ambito d'applicazione dell'istituto, la natura, nonché la disciplina positiva che esso riceve, e gli effetti ad esso ricollegati paiono travisati, allo scopo di evitare incoerenze altrimenti evidenti.

Va premesso che i fautori della tesi qui discussa spesso non hanno distinto secondo che l'ammissione al passivo con riserva del credito di regresso eventuale debba essere disposta in funzione di un'immediata collocazione sul ricavato (sia pure limitatamente all'ottenimento dell'accantonamento di una quota), oppure in preparazione di una collocazione futura, possibile al realizzarsi di presupposti ulteriori. Dobbiamo ritenere, però, che laddove affermano che nessun pregiudizio ricevono i creditori concorrenti dall'ammissione con riserva del fideiussore non escusso, con ciò intendano implicitamente escludere il diritto all'accantonamento, fintantoché il creditore solidale si mantenga all'interno del concorso<sup>86</sup>. È evidente che, altrimenti, i creditori concorrenti subirebbero un certo pregiudizio: la riduzione della massa attiva in corrispondenza delle quote accantonate. Quindi, per evitare che il fideiussore partecipi ai riparti finché il creditore non sia integralmente soddisfatto, all'ammissione con riserva si è attribuita impropria natura di postergazione (*rectius* si è qualificata l'ammissione con riserva quale attività meramente prodromica alla partecipazione ai riparti, ma postergata all'integrale adempimento dell'obbligazione solidale)<sup>87</sup>.

Ad aggravare le perplessità concorre la limitazione temporale all'avveramento della condizione: la soddisfazione integrale del creditore deve giungere in costanza di procedura, e quindi prima del riparto finale. Una simile limitazione non può che reputarsi

---

<sup>84</sup> DI CORRADO in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* a cura di FERRO, cit., *sub* art. 61, p. 419; DI CORRADO, *Limiti all'ammissione cit.*, p. 1097.

<sup>85</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 240; DI CORRADO in *Commentario FERRO cit.*, p. 420.

<sup>86</sup> Cass., 5 luglio 1988 n. 4419 cit.

<sup>87</sup> Trib. Milano 9 maggio 2008 n. 5974 cit.

arbitraria alla luce dell'art. 117 l.fall. La norma impone che l'accantonamento a favore dei creditori ammessi con riserva sia mantenuto anche dopo l'approvazione del riparto finale, perché al naturale verificarsi dell'evento condizionante la somma possa essere versata ai creditori cui spetta. Nell'impostazione criticata, la limitazione temporale s'impone alla luce di altri censurabili aspetti. Infatti, questa giurisprudenza differisce la cognizione al momento dello scioglimento della riserva. Allora, ritenendo irragionevole la situazione in cui la cognizione del giudice possa esercitarsi in modo differito, ma *sine die*, ha convenuto di limitare temporalmente – *contra legem* – la condizione. In spregio al regime proprio dei creditori condizionati, il soggetto non conserverebbe la possibilità di azionare il suo regresso dopo il riparto finale<sup>88</sup>.

Tutte queste osservazioni cedono di fronte ad una obiezione di carattere assorbente: l'inattitudine dell'istituto dell'ammissione con riserva a consentire il concorso di un credito futuro, non attuale, né condizionato, che sorgerà se e quando il coobbligato vorrà pagare, in tutto o in parte, il debito comune<sup>89</sup>. Un'affermazione questa da ricondurre al principio di cristallizzazione dei crediti in sede fallimentare e che si discosta da quanto avviene in sede ordinaria, allorché il soddisfacimento del credito non deve necessariamente sussistere al momento della domanda giudiziale<sup>90</sup>. Non appare convincente la tesi della nozione ampia di credito condizionato che sarebbe contenuta nell'art. 55 co. 3 l.fall., formulato in modo troppo generico perché da esso possa trarsi un argomento decisivo<sup>91</sup>. L'art. 55 co. 3 nella formulazione letterale assimila per espressa volontà legislativa fattispecie eterogenee. Allora, nel silenzio legislativo, ogni interpretazione estensiva risulterebbe arbitraria<sup>92</sup>. Una tale impostazione pare tanto più convincente alla luce del nuovo art. 96 co. 2 n. 1 l.fall., laddove la congiunzione “e”, posta tra i crediti condizionati e i crediti indicati nell'ultimo comma dell'art. 55, significa la loro assimilabilità solo in virtù di espressa previsione normativa<sup>93</sup>. Così, la Cassazione nella sentenza 8 agosto 2003 n. 11953 ha ritenuto che la norma di cui all'art. 55 co. 3

---

<sup>88</sup> CATALDO, *op. loc. cit.*; CATALDO, *L'ammissione allo stato passivo del credito di regresso del fideiussore verso il fallito*, nota a Cass., 11 settembre 2007 n. 19097 in *Fall.*, 2008, 5, 539.

<sup>89</sup> AA. VV., *Il fallimento cit.*, p. 558.

<sup>90</sup> Trib. Udine 18 aprile 2007 in *www.unijuris.it*.

<sup>91</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 368.

<sup>92</sup> Trib. Udine 30 aprile 1988 cit.

<sup>93</sup> *Contra* LO CASCIO, *op. cit.*, p. 504.

l.fall., in quanto derogatoria al principio di cristallizzazione della massa passiva, non sia suscettibile di interpretazione analogica. La prima parte di detto comma riguarda il credito sottoposto a condizione che è già sorto nell'ambito di un rapporto negoziale bilaterale tra il creditore ed il debitore (poi fallito) e la cui esigibilità deve essere ancora definita al momento della dichiarazione di fallimento. La seconda parte dello stesso comma prevede un rapporto nel quale il fallito gode del beneficio di preventiva escussione dell'obbligato principale, per cui l'esigibilità del diritto del creditore (già esistente verso il fallito) è subordinata al vano tentativo di escussione del debitore principale. Nel caso del fideiussore non escusso non si tratta di mera inesigibilità della pretesa, ma di un credito non sorto ed eventuale, i cui elementi costitutivi non sono integralmente realizzati. In difetto di una norma espressa che ammetta condizionatamente al passivo, deve rimanere estraneo al concorso<sup>94</sup>.

Ai sensi dell'art. 2935 c.c., la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Secondo costante giurisprudenza di legittimità (alla quale Cass. 11953/2003 cit. ritiene di aderire) il termine iniziale di prescrizione dell'azione di regresso *ex art.1299 c.c.* decorre dal giorno in cui il debitore solidale adempie all'obbligazione con integrale soddisfacimento del creditore. Ciò allora corrisponderebbe pienamente all'assunto per cui il pagamento al creditore comune rappresenta elemento costitutivo, e non semplice condizione di esigibilità, del credito di regresso<sup>95</sup>.

Sotto il profilo di diritto sostanziale, è stato poi opportunamente rilevato che la preventiva ammissione con riserva del regresso del fideiussore non escusso non pare meritare la particolare tutela accordata dalla l.fall. ai crediti realmente condizionati sospensivamente (ammissione con riserva, accantonamento dell'attivo in corso di procedura ecc.). Non si ravvisa alcuna ragione che renda estensibile la medesima tutela in favore di un soggetto rispetto al quale l'insorgenza del credito è rimessa esclusivamente alla sua iniziativa. Il soddisfacimento integrale delle ragioni del creditore è determinato da un comportamento volontario del fideiussore: è esclusivamente alle valutazioni del fideiussore che è rimesso di determinare il sorgere o meno del credito di regresso,

---

<sup>94</sup> Cass., 8 agosto 2003 n. 11953 cit.

<sup>95</sup> Sul punto *ex multis* Cass., 28 marzo 2001 n. 4507 in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 612; DI CORRADO, in *Commentario FERRO cit.*, p. 419; DI CORRADO, *Limiti all'ammissione*, cit., p. 1096.

provvedendo al pagamento a favore del creditore del fallito, o ritardandolo<sup>96</sup>. Non c'è ragione allora per consentirgli di chiedere nel frattempo l'ammissione al passivo del proprio eventuale credito di regresso. L'ammissione al passivo del fideiussore, prima che abbia soddisfatto il creditore, determinerebbe una duplicazione di accertamenti e la contemporanea insinuazione di uno stesso credito a favore di due soggetti diversi. Peraltro, il fideiussore non avrebbe alcun interesse: al momento del pagamento potrebbe pacificamente surrogarsi nella posizione del creditore che abbia provveduto all'insinuazione del proprio credito al passivo<sup>97</sup>.

In effetti, l'ammissibilità con riserva del credito di regresso del coobbligato *in bonis* non escusso comporta conseguenze inaccettabili, inconvenienti procedurali rilevanti, ovvero realizza ciò che per il suo tramite si vorrebbe evitare. Si distribuirebbe (*rectius* accantonerebbe) un dividendo anche per un secondo eventuale titolare (almeno in parte), dopo che si è già distribuito per un primo titolare, e senza che l'importo complessivo dell'unico credito sia aumentato<sup>98</sup>. Il regresso, poi, sarebbe di difficile accertamento prognostico, risultando anzi addirittura impossibile quantificare a priori il *quantum* che effettivamente il fideiussore dovrà pagare al creditore<sup>99</sup>. Ovvie ragioni di certezza e di *par condicio creditorum* si oppongono all'ammissione di un credito per un importo indeterminato o superiore a quello reale<sup>100</sup>. Ancora una volta, la tesi dell'ammissione con riserva non può essere condivisa.

Numerose sono le problematiche sul piano pratico che l'interprete si troverebbe a dover risolvere, in mancanza di una disposizione normativa che regoli il rapporto tra i crediti concorrenti del creditore solidale e del fideiussore (se ammesso con riserva).

---

<sup>96</sup> DI CORRADO, in *Commentario cit.*, p. 420; CATALDO, *op. loc. cit.*

<sup>97</sup> Trib. Udine 30 aprile 1988 cit.; INZITARI, *op. cit.*, pp. 249-250; CATALDO, *op. loc. cit.*, contempla l'eventualità in cui il fideiussore non abbia ancora onorato la fideiussione prestata perché non ancora tenuto, riferendosi al caso (frequente nella pratica) di fideiussioni prestate con riguardo ad obbligazioni di garanzia del venditore o dell'appaltatore, in cui l'obbligo di pagamento da parte del fideiussore sussiste unicamente per il caso di difetti della cosa venduta o nell'opera realizzata. Prima dell'adempimento, non solo il credito non è sorto, ma non è neppure certo se e per quale ammontare il fideiussore potrà essere chiamato ad onorare la fideiussione.

<sup>98</sup> Quasi letteralmente PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 370.

<sup>99</sup> Trib. Napoli 14 gennaio 2009 in *Rep. Foro it.*, 2009, *Merito extra*, n. 2009.394.2

<sup>100</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. loc. cit.*

Si pensi all'ipotesi del creditore che ottenga un pagamento solo parziale dal coobbligato *in bonis* già ammesso al passivo per l'intero suo credito di regresso, o ai problemi di determinazione dei creditori aventi diritto al voto in caso di concordato fallimentare e della massa passiva sulla quale calcolare la percentuale per le maggioranze<sup>101</sup>. Senza trascurare che ammettere con riserva il coobbligato *in bonis* comporterebbe necessariamente il riconoscimento di uguale diritto di insinuazione pure alla curatela degli altri coobbligati falliti, prima che in queste procedure sia pagato il creditore. Inammissibile sarebbe l'intreccio di reciproci rapporti credito-debito tra le curatele, stante l'artificioso moltiplicarsi degli stati passivi<sup>102</sup>.

Fortemente criticabile è infine l'inclinazione a ritenere il tempo e il luogo dello scioglimento della riserva quale sede di cognizione piena, fino a quel momento differita. Secondo la tesi qui avversata, lo scioglimento della riserva relativa all'ammissione definitiva del credito di regresso del fideiussore si estenderebbe alla verifica di tutti i presupposti del sorgere del credito di regresso, e non soltanto al pagamento da parte del fideiussore a favore del creditore del fallito.

Ora, la nuova formulazione dell'art. 113 *bis* l.fall. a regolamentare lo scioglimento delle ammissioni con riserva configura un procedimento privo di carattere contenzioso, sostanzialmente automatico, che si conclude con un decreto *de plano* del giudice delegato. Con la modifica dello stato passivo il giudice dispone che la domanda deve intendersi accolta in via definitiva<sup>103</sup>. Allora, come autorevolmente affermato, la riserva deve essere valutata con molta attenzione ed esclusivamente al momento dell'ammissione del credito, per quanto attiene l'idoneità della condizione a comprovare ed integrare l'esistenza, la riconoscibilità del credito concorsuale e l'opponibilità alla massa<sup>104</sup>. In sede di scioglimento della riserva, unica discrezionalità che residua in capo al giudice delegato è quella di valutare se l'evento che si assume verificato integri realmente la condizione. Nessuna ulteriore disamina potrà essere condotta, nessuna ulteriore eccezione potrà essere

---

<sup>101</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 505; DI CORRADO, *op. cit.*, p. 1098; Trib. Udine 30 aprile 1988 cit.; Cass. 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

<sup>102</sup> DI CORRADO, in *Commentario cit.*, p. 420.

<sup>103</sup> DI CORRADO in *Commentario cit.*, p. 419; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 351 e pp. 643-644.

<sup>104</sup> Trib. Udine 30 aprile 1988 cit.

sollevata<sup>105</sup>. In altri termini, la domanda di insinuazione del coobbligato dà luogo ad un giudizio a cognizione piena, idoneo al giudicato endofallimentare.

## 8. (Segue). Critica della tesi che fa leva sull'art. 1953 Cod. civ.

Di ampio respiro è la critica che alcuna dottrina ha sollevato nei confronti della teoria che vorrebbe giungere a costituire una tutela preventiva del fideiussore per il tramite dell'azione di rilievo di cui all'art. 1953 c.c.<sup>106</sup>.

In via preliminare, occorre premettere che l'art. 1953 c.c. è dettato esclusivamente per la fideiussione. Non sono consentite applicazioni estensive alle obbligazioni solidali ad interesse comune<sup>107</sup>.

Detto ciò, è necessario risolvere un quesito pregiudiziale, ovvero se il fideiussore possa esercitare dopo il fallimento del debitore principale e nel fallimento di costui, l'azione di rilievo prevista dal c.c. Le opinioni negative sono nettamente prevalenti e gli argomenti a loro sostegno paiono decisivi<sup>108</sup>.

Innanzitutto, il confronto tra l'art. 1953 c.c. e l'analogo art. 1919 Cod. 1865<sup>109</sup>. Quest'ultimo prevedeva che il fideiussore, anche prima d'aver pagato, potesse agire

---

<sup>105</sup> PAJARDI, PALUCHOWSKI, *op. loc. cit.*.

<sup>106</sup> In particolare PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, pp. 370 e ss.. Per un breve accenno, cfr. AA. VV., *Il fallimento cit.*, p. 559.

<sup>107</sup> AA. VV., *Il fallimento loc. cit.*; PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 372-373 n. 59. Cass., 13 maggio 2002 n. 6808 in *Foro.it*, 2002, I, 2694; Trib. Genova 6 marzo 2008 *Massima redazionale*, 2008.

<sup>108</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, pp. 370 e ss.; AA. VV., *Il fallimento loc. cit.*; DI CORRADO, *Limiti all'ammissione cit.*, p. 1098. *Contra* BONFATTI, *op. cit.*, pp. 257 e ss.; NOCERA, *Azione di rilievo prima dell'accertamento dell'insolvenza. Interesse ad agire del fideiussore escusso contro il debitore principale*, nota a Cass., 16 giugno 2010 n. 14583 in *Il quotidiano Ipsosa*, 27 settembre 2010. Trib. Udine 18 aprile 2007 *cit.*; App. Palermo 12 maggio 1984 in *Dir. fall.*, 1984, II, 1033; App. Trieste 19 luglio 1980 in *Fallimento*, 1981, 309.

<sup>109</sup> Art. 1953 c.c. *Rilievo del fideiussore*. "Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore principale perché questi gli procuri la liberazione, o in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso, nei casi seguenti: [...] 2) quando il debitore è divenuto insolvente".

Art. 1919 Cod. 1865. "Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore per essere da lui rilevato ... 2° Quando il debitore sia fallito o si trovi in istato di insolvenza".

contro il debitore principale per essere da lui rilevato, quando il debitore fosse fallito o si trovasse in stato di insolvenza. Oggi, tra le ipotesi che consentono l'esercizio dell'azione di rilievo è scomparso il riferimento al fallimento del debitore principale. Si è mantenuta la sola locuzione "quando il debitore è divenuto insolvente" (art. 1953 n.2 c.c.). Stante la riconosciuta non equiparabilità delle due fattispecie, pare individuabile una precisa *voluntas legis* nella mancata riproduzione dell'ipotesi del fallimento<sup>110</sup>.

Secondariamente, l'azione di rilievo appare incompatibile con i principi e gli effetti di una procedura fallimentare in corso.

Infatti, va rilevato come all'azione in discorso sia attribuita natura intrinsecamente cautelare, inconciliabile con la procedura fallimentare<sup>111</sup>. In altri termini, non potrebbero mai essere assicurati effetti cautelari contro una massa fallimentare, poiché il fallimento stabilizza la situazione e nessun creditore può domandare ed ottenere cautele dopo la sua dichiarazione (art. 51 l.fall.). Il debitore principale non potrà soddisfare integralmente il creditore, né – in ossequio alla *par condicio* – offrire al fideiussore garanzie maggiori di quelle offerte agli altri creditori concorsuali, né ottenere la rinuncia del creditore alla fideiussione. L'escussione del fideiussore è l'unico mezzo che rimane al creditore per recuperare il suo intero credito<sup>112</sup>.

Va detto, poi, che con l'azione c.d. "in liberazione" (quale prima specificazione dell'azione di rilievo), il fideiussore mira generalmente ad ottenere l'adempimento anticipato del debitore principale. La dichiarazione di fallimento produce di per sé la scadenza anticipata dei debiti pecuniari (art. 55 co. 2 l.fall.): mancherebbe allora un autonomo obiettivo da perseguire per il tramite dell'art. 1953 c.c.<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 371; Trib. Udine 18 aprile 2007 cit.. *Contra* BONFATTI, *op. cit.*, pp. 259-260 n. 59.

<sup>111</sup> Cass., 16 giugno 2010 n. 14583 cit.; App. Palermo 12 maggio 1984 cit., App. Trieste 19 luglio 1980 cit.; BO, *Fideiussione*, in *Nuovo digesto italiano*, V, Torino, 1938, p. 1122.

<sup>112</sup> Nel testo si è fatto implicito riferimento alle due *species* in cui si articola l'azione di rilievo. La prima, il c.d. rilievo per liberazione, ovvero la pretesa del garante di vedersi sollevato dalla responsabilità fideiussoria. E ciò per il tramite dell'adempimento integrale dell'obbligazione garantita da parte del debitore principale o della rinuncia del creditore alla garanzia. La seconda, il c.d. rilievo per cauzione, ovvero la pretesa del fideiussore di ottenere garanzie in favore del proprio eventuale credito di regresso. Sul punto FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, cit., pp. 372 e ss..

<sup>113</sup> *Contra* BONFATTI, *op. cit.*, p. 259 ritiene ricorra l'ipotesi di cui all'art. 1953 n.4 c.c.

Se sulla base di questi argomenti, riteniamo di impedire l'ingresso dell'azione di rilievo nel fallimento del debitore principale, in ogni caso, va detto che essa non sarebbe fungibile con la domanda di insinuazione con riserva al passivo fallimentare del regresso. La natura giuridica delle due azioni è sostanzialmente differente: l'azione di rilievo tende ad ottenere dal debitore una prestazione di *facere*, l'ammissione mira ad una prestazione soddisfattiva di *dare*<sup>114</sup>. In altri termini, il rilievo non è un regresso anticipato<sup>115</sup>. Il regresso è il diritto di ripetere dal debitore fallito quanto pagato al creditore, il rilievo è la predisposizione di garanzie o l'adempimento anticipato dell'obbligazione principale<sup>116</sup>. Il loro rapporto si pone in termini di strumentalità.

Benché il fideiussore goda di una posizione di *favor* al di fuori del fallimento, lo stesso privilegio non può essergli riconosciuto quando il debitore principale sia stato dichiarato fallito, né per il tramite dell'esercizio diretto dell'azione *ex art.* 1953 c.c., né dando vita ad un diritto condizionato di regresso, in realtà inesistente.

## **9. Conclusioni: l'esercizio del regresso, quale domande giudiziale di ripetizione, è consentito dopo il pagamento**

Alla luce delle numerose considerazioni che precedono, la necessità di ricorrere all'insinuazione al passivo in via preventiva del coobbligato non escusso va esclusa.

Aderire all'indirizzo della concorsualità condizionata pare una forzatura dei concetti di ordine generale e segnatamente della procedura concorsuale. Riteniamo una tale equiparazione non possa essere prospettata per esigenze di carattere esclusivamente pratico ed equitativo<sup>117</sup>. Una ricostruzione finalisticamente orientata, dalle fundamenta

---

<sup>114</sup> DI CORRADO, *Limiti all'ammissione cit.*, p. 1098.

<sup>115</sup> Trib. Udine 18 aprile 2007 cit.

<sup>116</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 373.

<sup>117</sup> cfr. Cass., 5 luglio 1988 n. 4419 cit.: “non sussistendo nella legge fallimentare altra possibilità per i crediti i quali, pur derivando da fatti o atti giuridici posti in essere prima del fallimento, siano resi certi, liquidi ed esigibili in epoca successiva, che quella di essere ammessi con riserva [...]”

malferme, non può condurre a sacrificare altri interessi ugualmente meritevoli di tutela, quali quelli degli altri creditori concorrenti<sup>118</sup>.

L'ammissione al passivo fallimentare con riserva del coobbligato non escusso è inammissibile *tout court*.

Se il creditore partecipa al concorso – come qui si suppone – il coobbligato *in bonis* non subisce alcun pregiudizio per il ritardo con il quale può essere escusso. La partecipazione del creditore *ex art. 61 co. 1 l.fall.* crea le condizioni perché il patrimonio del fallito risponda in modo quanto più prossimo alla quota di debito a suo carico, secondo i rapporti interni<sup>119</sup>.

Per un verso, quindi, il condebitore non potrà essere ammesso a percepire nel fallimento del suo coobbligato, per evitare che quest'ultimo paghi due o più volte lo stesso debito, e con ciò il passivo fallimentare venga ingiustificatamente dilatato. All'insinuazione del creditore per l'intero non si dovrà sommare quella del coobbligato *in bonis*, o meglio tutti gli importi per i quali costui potrebbe essere in astratto tenuto. Infatti, nel caso in cui i coobbligati solidali del fallito siano più d'uno, la collocazione sul ricavato di ciascuno di essi porterebbe ad aumentare esponenzialmente la misura globale per la quale sarebbe chiesto l'adempimento del fallito. Per altro verso, il coobbligato *in bonis* non potrà insinuare la sua pretesa potenziale al passivo fallimentare, senza collocazione immediata sul ricavato, in preparazione soltanto di una futura collocazione del credito di regresso divenuto attuale. Una tale ammissione, infatti, priva di qualsiasi interesse per il condebitore e di obiettiva giustificazione, originerebbe anch'essa i medesimi delicati problemi di coordinamento con l'ammissione del creditore dell'obbligazione solidale, nonché con quelle degli altri coobbligati, qualora siano più d'uno.

Esclusa dunque la preventiva partecipazione al concorso del coobbligato non escusso, rimane ammissibile l'insinuazione dello stesso, nonché la collocazione sul ricavato – sussistendone i presupposti – dopo che sia avvenuto il pagamento totale o parziale del credito<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> ROSSI, *Compensazione ex art. 56 l.fall. del credito di regresso del fideiussore escusso dopo la dichiarazione di fallimento*, nota a Cass., 2 ottobre 1997 n. 9635 in *Corriere giur.*, 1998, 5, 551.

<sup>119</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 248-249.

<sup>120</sup> Cass., 17 gennaio 2008 n. 903 cit.

## 10. Regresso anticipato in caso di non insinuazione del creditore dell'obbligazione solidale

Se il creditore non partecipa al concorso fallimentare, il coobbligato (o il fideiussore) *in bonis* versa in una condizione rischiosa. Il ritardo nell'escussione potrebbe essergli causa di pregiudizi rilevanti, allorquando prima dell'estinzione dell'obbligazione solidale l'attivo fallimentare venga distribuito tra gli altri creditori concorrenti. Il condebitore non beneficerebbe né di tutela diretta, né indiretta (mediante la partecipazione del creditore per l'intero ammontare *ex art. 61 co. 1 l.fall.*). Pertanto, ci si deve domandare come il coobbligato non escusso possa tutelare le sue ragioni in questa situazione.

Ciò che appare immediatamente evidente è che una collocazione sul ricavato del coobbligato ammesso *tout court* sarebbe inammissibile. Ad ostare sono semplici ragioni di duplicazione del passivo, nonché ragioni di certezza non trascurabili. Non si saprebbe per quale ammontare di credito far partecipare il coobbligato non escusso, e il patrimonio del fallito potrebbe venir inciso per due o più volte, in ragione di uno stesso rapporto obbligatorio. Infatti, per l'ipotesi in cui i coobbligati siano più d'uno, la collocazione del regresso eventuale da parte di ciascuno di essi comporterebbe immediata distribuzione di percentuali eccedenti l'ammontare di obbligazione a carico del fallito, maggiori quanti più sono i coobbligati *in bonis* suscettibili di essere escussi dal creditore comune. Problemi di duplicazione si darebbero pure nel caso in cui il coobbligato *in bonis* sia uno solo, laddove successivamente alla sua insinuazione, fosse il creditore a chiedere di essere ammesso al passivo per l'intero importo originario (art. 61 co. 1 l.fall.). In quest'ultimo caso, all'inammissibilità della duplice partecipazione al concorso di creditore e coobbligato si aggiungerebbe l'inutilità della presenza di quest'ultimo nel concorso<sup>121</sup>.

Rilevanti difficoltà pratiche sussisterebbero con riguardo alla sorte dei pagamenti eventualmente ricevuti dal coobbligato sottoforma di partecipazione ai riparti. Da un lato, costui potrebbe non essere stato escusso – *medio tempore* – dal creditore e quindi non aver diritto al regresso, né diritto alcuno di essere soddisfatto prima che il creditore venga integralmente pagato. Dall'altro, l'art. 114 l.fall. osterebbe alla restituzione delle somme eventualmente riscosse. Infatti, la fattispecie non potrebbe agevolmente rientrare in una

---

<sup>121</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 505; BONFATTI, *op. cit.*, p. 250 n. 45.

delle ipotesi per cui è possibile esperire la revocazione *ex art. 98 l.fall.*, il cui accoglimento potrebbe giustificare la ripetizione della somma indebitamente percepita<sup>122</sup>.

Esclusa l'attitudine del regresso eventuale ad essere insinuato *tout court* al fallimento, soluzione alternativa potrebbe essere quella di consentire al coobbligato non escusso di insinuarsi con riserva al passivo fallimentare del suo condebitore.

Valgano ad escludere una tale possibilità – per il caso in cui il creditore non partecipi al concorso – tutte le considerazioni formulate sopra, relativamente all'impropria assimilabilità del coobbligato non escusso ad un creditore condizionale. Pure in questo caso sarebbero inaccettabili le incertezze di importo per il quale ammettere il coobbligato a partecipare (seppur solo nella forma dell'accantonamento) e intollerabili le duplicazioni di passivo, per il caso in cui i coobbligati *in bonis* fossero più d'uno<sup>123</sup>.

A ciò si aggiunga che i crediti sottoposti a condizione sono pretese destinate ad aggiungersi al passivo con effetto retroattivo<sup>124</sup>. Diversamente, il regresso eventuale rappresenta una pretesa da sostituire ad un'altra (ovvero quella del creditore, qui per ipotesi mancante). In altri termini, l'ammissione condizionata del coobbligato non escusso sarebbe contemporaneamente sottoposta a due condizioni: una risolutiva, cioè l'eventuale insinuazione del creditore solidale, una sospensiva, ovvero il pagamento eseguito al creditore (ammesso che tale ultimo possa essere realmente considerato "avvenimento futuro ed incerto" *ex art. 1353 c.c.*, stante la dipendenza dell'insorgenza del credito di regresso all'iniziativa del debitore)<sup>125</sup>. Evidenti sono le incongruenze sul piano operativo e le difficoltà di rapporto temporale tra i due eventi condizionanti.

Le quote accantonate, poi, non potrebbero essere attribuite al creditore, né essere riservate al rimborso del coobbligato *in bonis*. Infatti, non esistendo una norma analoga all'art. 62 co. 3 l.fall. per i pagamenti successivi alla dichiarazione di fallimento, il

---

<sup>122</sup> *Contra* LO CASCIO, *op. cit.*, p. 506. Seppure in relazione all'ammissione con riserva, l'Autore prevede la possibilità di revoca dell'ammissione *ex art. 98, co. 4 l.fall.* per il caso di successiva insinuazione del creditore.

<sup>123</sup> LO CASCIO, *op. cit.*, p. 505 diversamente sostiene che, essendo più coobbligati o fideiussori sullo stesso piano, al momento dell'accantonamento, non dovrebbe tenersi conto della somma dei regressi ipotizzabili da ciascuno, ma del limite massimo costituito dall'ammontare dell'obbligazione solidale. I più fideiussori rappresentano un unico centro d'interesse, da considerare unitariamente anche ai fini del concordato.

<sup>124</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 252.

<sup>125</sup> DI CORRADO in *Commentario cit.*, p. 420-421.

creditore non avrebbe titolo per farsi assegnare le somme. Il coobbligato non escusso, dal canto suo, non potrebbe sperare nell'attribuzione delle quote, perché potrebbero superare la percentuale a lui realmente spettante<sup>126</sup>.

Rinviare la collocazione a presupposti ulteriori del coobbligato comunque insinuato con riserva non varrebbe a risolvere la situazione.

## **11. (Segue). Rilievo in liberazione e la tesi della collocazione del credito dell'obbligazione solidale su domanda del fideiussore**

Prima di concludere anche nell'ipotesi in esame (creditore non insinuato) per l'ammissione del coobbligato (o fideiussore) solo a seguito dell'adempimento, occorre aver riguardo al principio previsto dall'art. 1953 c.c.

Come è noto, la norma è applicabile ai soli casi di solidarietà fideiussoria e consente, in alcune fattispecie, al fideiussore che non ha ancora adempiuto, di proporre azione di rilievo nei confronti del debitore principale.

Abbiamo già visto come la tesi della proponibilità dell'azione di rilievo nel fallimento del debitore principale non trovi il favore né della dottrina, né della giurisprudenza<sup>127</sup>. Ritenuta inammissibile l'azione di rilievo in senso proprio all'interno del fallimento, alcuni hanno giudicato possibile assicurare effetti equivalenti per il tramite dell'insinuazione con riserva<sup>128</sup>.

Neppure questa visione ci sembra possa essere condivisa. Allo scopo, basti ribadire che il rilievo non equivale ad esercizio del regresso anticipato: proporre azione di rilievo nel fallimento non può voler dire esercitare il regresso, ovvero insinuarsi al passivo (con riserva)<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 253 n. 50.

<sup>127</sup> Cfr. *supra* in questo Capitolo § 8; PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, pp. 370 e ss; Cass., 16 giugno 2010 n.14583 cit.; Trib. Monza 31 maggio 1982 in *Foro it.*, 1983, I, 1110; Trib. Palermo 5 aprile 1983 in *Dir. fall.*, 1984, II, 331; App. Trieste 19 luglio 1980 in *Fallimento*, 1981, 309; App. Milano 3 febbraio 1982 in *Banca borsa tit. cred.*, 1983, II, 439.

<sup>128</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, p. 60. Sul punto cfr. in questo Capitolo § 8.

<sup>129</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 256.

Posta una tale irriducibilità, rimane da chiarire se il fideiussore non escusso possa godere, per altra via, di tutela equivalente a quella che l'art. 1953 c.c. gli assicura fuori dal fallimento.

Allo scopo, una certa dottrina si è espressa favorevolmente, consentendo al fideiussore non escusso di esercitare il c.d. rilievo "per liberazione", sostituendosi al creditore nell'insinuazione al fallimento del credito garantito. A questa conclusione si giunge sulla base di un'articolata serie di considerazioni che vale la pena analizzare in questa sede<sup>130</sup>.

In via preliminare, l'art. 52 l.fall. consentirebbe di far valere in sede di esecuzione fallimentare tutte le pretese di carattere patrimoniale che si sarebbero potute far valere nei confronti del debitore in sede ordinaria. Per questa via, pure l'art. 1953 c.c. dovrebbe trovare ingresso nel fallimento.

A detta della dottrina in esame, non osterebbe la formulazione di cui al n.2 dell'art. 1953 c.c. più sintetica dell'omologa contenuta nell'art. 1919 Cod. 1865 (che espressamente contemplava il rilievo per il caso di fallimento del debitore principale). Nel concetto di insolvenza potrebbe essere compresa l'insolvenza qualificata che ha determinato il fallimento. A ciò si dovrebbe aggiungere che il n. 4 dell'art. 1953 c.c. consente il rilievo contro il debitore principale anche quanto il debito è divenuto esigibile per scadenza del termine. E i debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti alla data di dichiarazione di fallimento (art. 55 co. 2 l.fall.).

Non potrebbero dirsi allora mancanti i presupposti per la proponibilità nel fallimento dell'azione di rilievo, e anzi nell'ipotesi di fallimento del debitore principale, le due fattispecie di cui al n. 2 e n. 4 art. 1953 c.c. parrebbero sovrapporsi, perché il fallimento è determinato dall'insolvenza e produce la scadenza del credito<sup>131</sup>.

Diversamente dall'ipotesi in cui il creditore solidale partecipi al concorso, il fideiussore avrebbe tutto l'interesse ad avvalersi del rilievo, posto il rischio che l'attivo disponibile sia ripartito tra gli altri creditori concorrenti, e che il creditore lo escuta quando il regresso non sarebbe più esercitabile.

---

<sup>130</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 257 e ss..

<sup>131</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 260 n. 59.

La dottrina in parola non si limita ad affermare la possibilità, nonché l'opportunità dell'azione di rilievo in sede fallimentare, ma riconosce che essa non può ricevere nel fallimento applicazione analoga a quella che riceverebbe al di fuori di esso.

Come noto, il rilievo si suddivide in due *species*: la prima, il c.d. rilievo "per cauzione", ovvero la pretesa del fideiussore di ottenere la costituzione di garanzie in favore del proprio eventuale regresso; la seconda, il c.d. rilievo "per liberazione", ovvero la pretesa del garante di essere sollevato dalla responsabilità fideiussoria. Quest'ultimo si atterrebbe in almeno due modi, nei quali il fideiussore potrebbe ottenere la liberazione: l'adempimento dell'obbligazione garantita da parte del debitore principale; la rinuncia del creditore alla garanzia<sup>132</sup>.

Ovviamente in sede di esecuzione fallimentare nessuno spazio ci sarebbe per il c.d. rilievo "per cauzione", in quanto contrastante con il principio di cui all'art. 44 co. 1 l.fall.<sup>133</sup>.

Non diversamente, per effetto della falcidia fallimentare cui si troverebbe sottoposto partecipando al concorso, il creditore non rinuncerebbe mai all'unico strumento utile per l'integrale soddisfacimento delle sue ragioni, ovvero l'escussione della fideiussione. La rinuncia alla garanzia sarebbe ipotesi contraria ad ogni logica economica.

Sembrano residuare margini di proponibilità nel fallimento per il rilievo "per liberazione", nella sola forma dell'ottenimento della condanna del debitore principale a pagare il creditore, determinando con ciò l'estinzione della fideiussione. Posto che l'adempimento spontaneo del debitore sarebbe ipotesi quanto mai improbabile e che l'unico modo per ottenere l'adempimento da parte di un debitore assoggettato a procedura concorsuale è insinuarsi al passivo di costui per ottenere collocazione sul ricavato, e posto che il creditore per ipotesi non ha preso parte al fallimento, il fideiussore agirebbe quale sostituto processuale del creditore garantito. Il fideiussore, cioè, farebbe valere nel

---

<sup>132</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 262- 263 n. 64; FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, cit., p. 372; Cass., 16 giugno 2010 n. 14583 cit.: esiste un rapporto di subordinazione tra i due tipi di rilievo. Si può ricorrere al rilievo per cauzione se si prova l'impossibilità di ottenere la liberazione.

<sup>133</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 263; BO, *Fideiussione*, in *Nuovo digesto italiano*, cit., p. 1122; Cass., 16 giugno 2010 n. 14583 cit.: "il fallito non può offrire al fideiussore garanzie maggiori di quelle offerte agli altri creditori concorsuali, in ossequio al principio della *par condicio*"; App. Palermo 12 maggio 1984 cit., App. Trieste 19 luglio 1980 cit.

processo in nome proprio un diritto altrui *ex art. 81 C.p.c.*, per realizzare in modo riflesso un proprio interesse, connesso alla pretesa azionata in via sostitutiva (credito garantito). Come richiesto dall'art. 81 C.p.c., l'art. 1953 c.c. sarebbe la norma che prevede espressamente una tale possibilità<sup>134</sup>. In altri termini, il garante ambisce che il debitore fallito risponda dell'obbligazione garantita, così riducendo il rischio di venire personalmente escusso dal creditore.

Il fideiussore non escusso procederebbe facendo domanda di ammissione allo stato passivo del credito garantito. Il giudice fallimentare, accertando fondatezza ed opponibilità di tale credito al passivo, ammetterebbe la sua collocazione sul ricavato (capiente)<sup>135</sup>.

A parità di condizioni, nemmeno per la dottrina in esame, una tale tutela potrebbe essere riconosciuta al coobbligato solidale non fideiussore, che rimarrebbe privo di difesa contro il rischio di mancata partecipazione al concorso del creditore. Di fronte all'insoddisfazione generata da una tale disparità di trattamento tra categorie di coobbligati, parrebbe non esservi rimedio.

## **12. (Segue). Critiche. Il coobbligato solidale deve attendere l'escussione per partecipare al concorso del suo condebitore**

Ad avviso dello scrivente, alcune considerazioni di carattere eminentemente teorico si oppongono alla soluzione della dottrina riportata nelle pagine che precedono.

Come detto, secondo l'opinione cui riteniamo di aderire, dal confronto tra l'art. 1953 c.c. e l'omologo art. 1919 Cod. 1865 e tra le locuzioni ivi utilizzate, emerge una precisa *voluntas legis* nel senso di limitare il rilievo ai soli casi di insolvenza non

---

<sup>134</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 269-270 n. 80.

<sup>135</sup> BONFATTI, *op. cit.*, pp. 274 e ss. si preoccupa di risolvere ulteriori problemi pratici connessi ad una tale eventualità. Esclusa l'assegnazione delle quote al fideiussore (perché non escusso), esse dovrebbero essere accantonate in favore del creditore (*ibidem* p. 276). Il fideiussore potrebbe opporre al creditore che intendesse assoggettarlo ad escussione l'eccezione di pagamento parziale (relativamente alle quote accantonate) e rispondere solo per il residuo (*ibidem* p. 278).

Nel caso in cui i fideiussori siano più d'uno, qualora l'iniziativa di uno abbia già conseguito l'insinuazione della pretesa, le successive iniziative degli altri sarebbero prive di interesse (*ibidem* p. 278 n. 94).

qualificata. I casi elencati dall'art. 1953 nn. 1-5 c.c. paiono tassativi ed insuscettibili di interpretazione analogica<sup>136</sup>.

Nemmeno l'art. 1953 n. 4 c.c. varrebbe a deporre favorevolmente ad una soluzione opposta. I debiti pecuniari si considerano scaduti alla data della sentenza dichiarativa, ai soli effetti del concorso. Il fideiussore conserva intatto il beneficio del termine pattuito: le scadenze restano quelle contrattualmente previste<sup>137</sup>. Allora, in capo al fideiussore agente, non può dirsi realizzato il presupposto applicativo di cui all'art. 1953 n. 4 c.c.

Ad ostare sarebbe poi la natura cautelare generalmente riconosciuta all'azione in parola, incompatibile con i principi generali della procedura fallimentare (artt. 44 e 51 l.fall.).

In aggiunta, come affermato dalla stessa dottrina qui criticata, l'azione di rilievo "per liberazione" mira ad assicurare l'estinzione dell'obbligazione di garanzia<sup>138</sup>. Allora, essa non può trovare applicazione nel caso di assoggettamento del debitore principale a procedura fallimentare, atteso che, in tale ipotesi, il medesimo debitore principale non può soddisfare integralmente il creditore, inevitabilmente sottoposto alla falcidia fallimentare<sup>139</sup>.

Da ultimo, forse con zelo eccessivamente formalistico, potremmo osservare che l'art. 1953 c.c. non possa essere inteso quale norma che prevede "espressamente" la possibilità di azionare in nome proprio un diritto altrui, come, invece, richiesto dall'art. 81 C.p.c. per le ipotesi di sostituzione processuale. E sul punto non è dato riscontrare precedenti specifici che depongano a favore.

Alla luce di tutto quanto affermato, pure in questo caso, riteniamo al coobbligato spetti il diritto di azionare in sede fallimentare il solo regresso attuale, una volta effettuato il pagamento al creditore. A determinare la tempestività o la tardività della domanda di

---

<sup>136</sup> Cfr. *supra* in questo Capitolo § 8; PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, pp. 371-372.

<sup>137</sup> Cfr. *supra* Capitolo 2 § 3. Sul punto si veda PAJARDI, PALUCHOWSKI, *op. cit.*, p. 350 e PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 372 per il quale, poiché la sentenza dichiarativa di fallimento produce *ex se* la scadenza anticipata dei debiti pecuniari, mancherebbe un autonomo obiettivo da perseguire per il tramite del rilievo "per liberazione". L'obbligo di pagamento del debitore principale è già attuale.

<sup>138</sup> BONFATTI, *op. cit.*, p. 264.

<sup>139</sup> Cass., 16 giugno 2010 n. 14583 cit. con nota di NOCERA, cit.; Cass., 13 giugno 1984 n. 3538 in *Fall.*, 1984, 1385; Cass., 21 aprile 1965 n. 699 in *Mass. Giur. it.*, 1965.

ammissione sarà il momento in cui il coobbligato (o il fideiussore) venga escusso dal creditore. Nel caso di domanda tardiva di credito, a ridurre il rischio connesso alla partecipazione ai soli riparti successivi all'ammissione, potrebbe valere quanto stabilito dagli artt. 101 co. 3 e 112 l.fall. Il coobbligato escusso ha il diritto di prelevare le quote che gli sarebbero spettate nelle precedenti ripartizioni, stante la tardività incolpevole della sua insinuazione. Infatti, è evidente che l'adempimento al creditore integri un comportamento volontario del coobbligato, ancorché non dipenda esclusivamente dalla sua volontà che l'obbligazione solidale rimanga inadempita.

## Indicazioni Bibliografiche

ABRIANI, CALVOSA, FERRI, GIANNELLI, GUERRERA, GUIZZI, MOTTI, NOTARI, PACIELLO, PISCITELLO, REGOLI, RESCIO, ROSAPEPE, ROSSI, STELLA RICHTER, TOFFOLETTO, *Diritto fallimentare [manuale breve]*, Milano, 2008.

AGOSTI, *Escussione del fideiussore e modalità di ammissione allo stato passivo del debitore fallito. Conseguenze alla luce di recenti interventi giurisprudenziali*, in *Dir. fall.*, 2010, n. 3-4, pp. 508 e ss.

ANDREANI, voce *Regresso (azione di)* in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, XXXIX, pp. 704 e ss.

BALENA, *Brevissime note sulla sostituzione di un creditore nella distribuzione del ricavato dell'espropriazione*, nota a Trib. Cassino 4 ottobre 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 2835.

BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948, II ed. aumentata.

BIANCA, *Diritto civile. Libro IV. L'obbligazione*, ristampa emendata, Milano, 1993.

BIANCA, *Diritto civile. Libro V. La responsabilità*, Milano, 1994.

BO, *Fideiussione*, in *Nuovo digesto italiano*, V, Torino, 1938.

BONELLI, *Del fallimento. Commento al codice del commercio* a cura di ANDRIOLI, II, Milano, 1938.

BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, III ed., Padova, 2009.

BONFATTI, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*. Quaderni di giurisprudenza commerciale n.104, Milano, 1989.

BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962.

BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974.

BUSNELLI, voce *Obbligazione. Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, 1990.

CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, 1974.

CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVI, 1991.

CASTORO, *Il processo d'esecuzione nel suo aspetto pratico*, VIII, Milano, 1998.

CATALDO, *Effetti dell'ammissione con riserva di crediti condizionali*, nota a Cass., 21 luglio 2004, n. 13508, *Fallimento*, 2005, 4, 399.

CATALDO, *Ipoteca iscritta sui beni del fallito a garanzia di crediti verso terzi*, nota a Cass., 30 gennaio 2009, n. 2429, *Fallimento*, 2009, 12, 1402.

CATALDO, *L'ammissione allo stato passivo del credito di regresso del fideiussore verso il fallito*, nota a Cass., 11 settembre 2007 n. 19097, *Fallimento*, 2008, 5, 539.

*Codice commentato del fallimento. Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria* diretto da LO CASCIO, Milano, 2008, I ed.

*Codice di procedura civile commentato*, diretto da CONSOLO, IV ed., Milano, 2010.

*Commentario breve alla legge fallimentare e alle leggi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, a cura di MAFFEI ALBERTI, Padova, 2009.

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II – *Profili generali*, VII ed., Torino, 2010.

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*. Tomo primo – *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, VI ed., Padova, 2008.

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*. Tomo secondo – *Profili Generali*, VI ed., Padova, 2008.

COPPOLA, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di NIGRO e SANDULLI, Torino, 2006.

COREA, *Note in tema di limiti soggettivi della cosa giudicata e regresso del fideiussore*, nota a Trib. S. Maria Capua Vetere 4 gennaio 2010 in *Judicium*.

COSTANZA, *Il fideiussore e i suoi diritti di surroga e regresso verso il debitore principale fallito*, nota a Trib. Taranto 9 giugno 2006, in *Fallimento*, 2006, 12, 1414.

COSTANZA, *Pagamento parziale di obbligazione solidale e azione di regresso*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1812.

DE SANCTIS RICCIARDONE, voce *Surrogatoria (azione)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXX, 1993.

DELLE DONNE, *La rinuncia dei creditori titolati ex art. 629 col C.p.c. non estingue il processo esecutivo senza il consenso del subcreditore ex art. 511: un'implausibile presa di posizione della giurisprudenza di merito*, nota Trib. Roma 4 agosto 2008, in *Esecuzione forzata*, 2010, 1-2.

DEMARCHI, *Fallimento e altre procedure concorsuali. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2009.

DI CORRADO, *Limiti all'ammissione del credito di regresso del coobbligato. Un'occasione mancata per fare chiarezza in tema di insinuazione del coobbligato non escusso*, nota a Cass., 8 agosto 2003, n. 11953, *Fallimento*, 2004, 10, 1091.

DI CORRADO, in *La legge fallimentare: commentario teorico-pratico*, a cura di FERRO, Padova, 2007.

DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 298 e ss.

FALZEA, voce *Condizione. Diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VII, 1988.

FERRARA, *Il fallimento*, III ed., Milano, 1974.

FICI, *Sull'ammissibilità al passivo del credito di regresso del fideiussore adempiente dopo il fallimento del debitore garantito*, nota a Cass., 12 ottobre 2007 n. 21430 e Cass., 17 gennaio 2008 n. 903, in *Fallimento*, 2008, 8, 920.

FRAGALI, voce *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968.

FRAGALI, *Fideiussore e mandato di credito*, in AA. VV., *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1968.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed. aggiornata, Napoli – Roma, 2007.

GIAMPICCOLO, voce *Azione surrogatoria*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 950 e ss.

GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, II ed. rivista ed ampliata, Napoli - Roma, 1987.

INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori. Art.51-63*, in *Commentario Scialoja – Branca, Legge fallimentare* a cura di BRICOLA, GALGANO, SANTINI, Bologna – Roma, 1988.

LUISO, *Diritto processuale civile*, III, III ed., Milano, 2000.

NOCERA, *Azione di rilievo prima dell'accertamento dell'insolvenza. Interesse ad agire del fideiussore escusso contro il debitore principale*, nota a Cass., 16 giugno 2010 n. 14583 in *Il quotidiano Ipsoa*, 27 settembre 2010.

NUNZIATA, *Credito di regresso del fideiussore e ammissione allo stato passivo del fallimento del debitore garantito*, nota a Trib. Napoli 29 maggio 1980, *Dir. e giur.*, 1982, p. 178.

PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Milano, 2008.

PETTI, *Surrogazione e regresso del fideiussore nel fallimento* nota a Cass., 12 ottobre 2007 n. 21430 in *Fallimento*, 2008, 6, 647.

PISANI MASSAMORMILE, *Il “regresso” del fideiussore nel fallimento del debitore principale* in *Diritto e giurisprudenza*, Napoli, 1984, vol. XL, 357.

RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957.

ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001.

ROSSI, *Compensazione ex art. 56 l.fall. del credito di regresso del fideiussore escusso dopo la dichiarazione di fallimento*, nota a Cass., 2 ottobre 1997 n. 9635 in *Corriere giur.*, 1998, 5, 547.

RUBINO, *Delle obbligazioni (obbligazioni alternative - obbligazioni in solido - obbligazioni divisibili e indivisibili)*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja- Branca, Libro IV, Delle obbligazioni*, Bologna - Roma, 1957.

RUISI, JORIO, MAFFEI ALBERTI, TEDESCHI, *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* diretta da BIGIAMI, vol. I, Torino, 1978, ed. II riveduta e aggiornata.

SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, 2000.

VACCARELLA, *La solidarietà passiva nel fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Milano, 1967, parte prima, volume XLII, 46.