

**SENTENZA**

sul ricorso 9248-2019 proposto da:

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A. e SIENA NPL 2018 s.r.l., rappresentate e difese dagli Avvocati FRANCESCO FERRORNI e ALFREDO CRACA per procura in calce al ricorso;

**- ricorrenti -**

**contro**

COOPSETTE SOC. COOP. IN LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA, rappresentata e difesa dagli Avvocati DOMENICO SPAGNUOLO e SIDO BONFATTI per procura in calce al controricorso;

**- controricorrente -**

avverso il DECRETO N. 748/2019 del TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA, depositato il 29/1/2019;

udita la relazione della causa svolta dal Consigliere GIUSEPPE DONGIACOMO nella udienza pubblica del 14/1/2025;

sentito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale, STANISLAO DE MATTEIS;

sentita, per la ricorrente, l'Avvocata DANIELA MILANESI;

sentito, per la controricorrente, l'Avvocato DOMENICO

SPAGNUOLO.

### **FATTI DI CAUSA**

**1.1.** La Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. ha proposto opposizione allo stato passivo della Coopsette soc. coop. in liquidazione coatta amministrativa nella parte in cui, per quanto ancora rileva, il commissario liquidatore non ha ammesso, in via condizionale, *"i crediti di firma"* non ancora escussi e dalla stessa così vantati quale garante.

**1.2.** La procedura di liquidazione coatta amministrativa della Coopsette soc. coop., aperta con decreto del 30/10/2015, ha resistito all'opposizione deducendo l'impossibilità di ammettere con riserva tali crediti proprio in quanto non oggetto di avvenuta escussione.

**1.3.** Il tribunale, con il decreto in epigrafe, ha respinto l'opposizione sul rilievo che, da un lato, le garanzie prestate dalla stessa non sono state ancora escusse mentre, dall'altro, le ipotesi di ammissione dei crediti con riserva sono tipiche.

**1.4.** Prima dell'escussione, del resto, ha aggiunto il tribunale, *"non esiste il credito del fideiussore nei confronti del debitore principale"* per il cui *"il fideiussore non può essere ... ammesso al passivo neppure con riserva"*.

**1.5.** La Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., unitamente a Siena NPL 2018 s.r.l., con ricorso notificato il 13/3/2019, hanno chiesto, per cinque motivi, la cassazione del decreto, comunicato, come da avviso in atti, in data 11/2/2019.

**1.6.** La procedura ha resistito con controricorso.

**1.7.** La Corte, con ordinanza interlocutoria n. 22847/2023, dopo aver dato atto che: - la Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., in virtù del mandato conferito, ha dichiarato, con memoria in data 5/6/2023, di rinunciare ai primi tre motivi di ricorso; - la procedura controricorrente, con atto

sottoscritto dai propri difensori, a tanto abilitati in virtù di procura speciale, ha aderito a tale rinuncia parziale; - il presidente della sezione, con decreto in data 28/2/2023, ha, quindi, dichiarato l'estinzione parziale del giudizio limitatamente alla parte che coinvolgeva Siena NPL 2018 s.r.l. e Coopsette soc. coop. in liquidazione coatta amministrativa, a seguito della rinuncia al ricorso della prima e dell'accettazione della seconda; ha ritenuto che *"il quarto motivo di ricorso prospettava una questione di valenza nomofilattica, della quale"* era *"opportuna la trattazione in pubblica udienza"*.

**1.8.** Fissata, dunque, l'udienza pubblica, il pubblico ministero ha depositato memoria nella quale ha chiesto il rigetto del quarto motivo di ricorso nella parte riguardante l'ammissione al passivo in via condizionata dei crediti di regresso per garanzie prestate dalla banca in favore della Coopsette e non ancora escusse.

**1.9.** Le parti costituite hanno a loro volta depositato memorie.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

**2.1.** Con il quarto motivo, la ricorrente, lamentando la violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e dell'art. 112 c.p.c. nonché la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 55, 95, 96, 113 e 113-bis l.fall., in relazione all'art. 360 n. 3 e n. 4 c.p.c., ha censurato il decreto impugnato: - innanzitutto, nella parte in cui il tribunale ha respinto (ovvero, in violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, non ha esaminato) la domanda con la quale la banca opponente aveva chiesto l'ammissione al passivo del credito derivante dall'escussione della fideiussione prestata dalla Coopsette il 31/10/2007 in favore della banca nell'interesse di Palaponticelli s.r.l. a garanzia delle obbligazioni derivanti in

capo a quest'ultima per effetto dell'anticipazione concessa alla stessa dalla banca con atto in pari data; - in secondo luogo, nella parte in cui il tribunale ha respinto la domanda con la quale la banca opponente aveva chiesto l'ammissione al passivo in via condizionale dei crediti di regresso vantati dalla stessa nei confronti della Coopsette in ragione delle garanzie prestate dalla banca in suo favore e non ancora escusse, senza, tuttavia, considerare che si configura come un *"credito condizionale"* ai fini previsti dagli artt. 55, 95, 96, 113 e 113-bis l.fall., *"anche il credito eventuale che possa conseguire, in corso di procedura e senza attività del fallito, al completamento di una fattispecie complessa che abbia già dato luogo a un vincolo sul patrimonio del fallito"*, dovendosi, quindi, ritenere come tali *"anche quei crediti derivanti da una causa già realizzata ma che vede proiettati nel futuro gli elementi di certezza e di liquidazione"*.

**2.2.** Una diversa interpretazione dell'art. 55, comma 3°, l.fall., del resto, ha aggiunto la ricorrente, contrasterebbe con gli artt. 3, 24 e 111 Cost.: - intanto, perché esclude irragionevolmente l'ammissione condizionale del credito a una fattispecie, come il credito di regresso del fideiussore, che dipende dal mancato pagamento del debitore principale; - inoltre, perché lede, in maniera irragionevole e discriminatoria, la *par condicio creditorum*, dal momento che, ove non fosse assicurata l'ammissione con riserva e il relativo accantonamento, l'escussione della banca quale fideiussore della società può, in ipotesi, verificarsi anche in epoca successiva alla chiusura della procedura, per cui, ove ciò accadesse, la stessa, pur avendo maturato il proprio credito di regresso, sarebbe priva di tutela in quanto gli importi cui avrebbe diritto sarebbero già stati destinati al pagamento di altri creditori.

**2.3.** Con il quinto motivo, proposto in via subordinata, la ricorrente, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., ha censurato il decreto impugnato nella parte in cui il tribunale ha respinto la descritta domanda di ammissione in via condizionale dei crediti di regresso senza aver previamente rimesso gli atti alla Corte costituzionale sull'eccezione d'illegittimità costituzionale degli artt. 55, 95, 96, 113 e 113 *bis* l.fall. in relazione agli artt. 3, 24, 42, 47 e 117, comma 1°, Cost..

**3.1.** I motivi, da esaminarsi congiuntamente in ragione della loro parziale sovrapposibilità, risultano l'uno (il quarto) parzialmente fondato, l'altro, invece, infondato.

**3.2.** Il decreto impugnato, in effetti, dopo aver registrato (a p. 3, punto 14) che la domanda di insinuazione al passivo riguardava, fra l'altro, la "*fideiussione a favore di Banca MPS per Palaponticelli 5.250.000,00*", ha esaminato la richiesta di ammissione con riserva "*per cd. crediti di firma*".

**3.3.** Si tratta di una statuizione che, facendo espresso riferimento alle "*garanzie ... prestate dall'Istituto*", non può essere, evidentemente, considerata come comprensiva anche della domanda proposta dalla banca sul fondamento della fideiussione prestata non dalla stessa ma in suo favore dalla società insolvente.

**3.4.** La domanda di insinuazione, dunque, è rimasta, sotto questo profilo, del tutto priva di una decisione.

**3.5.** Il decreto impugnato, in mancanza di qualsivoglia statuizione, esplicita o implicita, sulla richiesta di ammissione del credito in questione, ha, di conseguenza, violato il principio, previsto dall'art. 112 c.p.c., di necessaria corrispondenza fra "*tutta la domanda*" presentata e il contenuto del provvedimento pronunciato ed è, per l'effetto, *in parte qua* nullo; non rilevando, per contro, il fatto che, come dedotto dalla procedura

controricorrente, si sia verificata, rispetto all'obbligazione fideiussoria asseritamente assunta dalla Coopsette, una causa di decadenza, che è, come tale, rimesso al previo accertamento del giudice di merito.

**3.6.** La statuizione con la quale il tribunale ha deciso di non ammettere al passivo in via condizionale le pretese vantate dalla banca opponente in forza delle garanzie prestate dalla stessa ma non ancora escusse è, invece, giuridicamente corretta.

**3.7.** La questione residuata in giudizio è se il fideiussore (o altro coobbligato in solido con il fallito) possa insinuare con riserva il proprio credito di rivalsa nel passivo del fallimento del debitore principale prima ancora d'aver adempiuto il proprio debito nei confronti del creditore.

**3.8.** Le soluzioni interpretative offerte sul punto dalla giurisprudenza di questa Corte sono state nel corso del tempo molto diverse.

**3.9.** In un primo momento si è, in effetti, ritenuto che: il fideiussore che non ha ancora adempiuto l'obbligazione garantita prima del fallimento del debitore principale, è considerato, in forza del comb.disp. degli artt. 61, comma 2°, e 55, comma 3°, l.fall., per quel che riguarda l'esercizio dell'azione di "regresso" nei confronti di quest'ultimo, un creditore condizionale; - il suo credito di rivalsa dev'essere, di conseguenza, iscritto nello stato passivo del fallimento del debitore principale con riserva, la quale può essere sciolta soltanto se e quando si sia verificato, nel corso della procedura fallimentare, l'evento condizionante, e cioè l'integrale soddisfacimento delle ragioni del creditore garantito (v. Cass. n. 3439 del 1978; Cass. n. 4419 del 1988; Cass. n. 7222 del 1990;

Cass. n. 6355 del 1998; Cass. n. 5519 del 2000; Cass. n. 13508 del 2004).

**3.10.** L'ammissibilità con riserva di tale diritto è stata motivata sul rilievo che, nel caso del "*regresso*" del fideiussore che non è stato ancora escusso e non ha pagato il creditore prima del fallimento del debitore principale, l'insorgenza del credito è sottoposta a una condizione non verificatasi al momento della formazione dello stato passivo, rinviandosene il riscontro solo se e quando il fideiussore sia escusso dal creditore e provveda ad estinguere il debito con il pagamento.

**3.11.** Il fideiussore, una volta che l'evento condizionante (ossia l'integrale soddisfacimento del creditore garantito) si sia verificato, può, dunque, far valere, con lo scioglimento della riserva, le proprie ragioni di "*regresso*" in sede di ripartizione dell'attivo.

**3.12.** In tale prospettiva, anzi, si è ritenuto che, in forza del principio della cristallizzazione della massa passiva di cui all'art. 52 l.fall., l'ammissione del credito di "*regresso*" facente capo al fideiussore che ha pagato è possibile soltanto nel caso in cui lo stesso, prima del pagamento, abbia "*prenotato*" tale futuro credito (e, tramite gli accantonamenti riservatigli, la quota corrispondente nel riparto parziale e finale dell'attivo: artt. 113, n. 3, l.fall., nel testo originario, e dall'art. 113, comma 1°, n. 1, l.fall., nel testo in vigore, anche in relazione a quanto previsto dall'art. 117, commi 2° e 3°, l.fall.), ottenendone, a norma dell'art. 55, comma 3°, l.fall., la previa ammissione al passivo con la riserva dell'integrale pagamento al creditore garantito.

**3.13.** L'insinuazione con riserva finisce, in tal modo, per assolvere, nel fallimento, alla medesima funzione cautelare che, negli ordinari rapporti tra fideiussore e debitore, esplica l'azione di rilievo prevista dall'art. 1953 c.c.

**3.14.** Questo indirizzo è stato, in seguito, sia pur progressivamente, superato.

**3.15.** Si è, difatti, affermato (Cass. n. 903 del 2008, in motiv.), innanzitutto, che il credito di "regresso" del fideiussore del fallito (che abbia pagato il creditore originario dopo il fallimento del debitore principale) non dipende dalla preventiva presentazione di una domanda di ammissione al passivo condizionata al fine di costituire un effetto prenotativo, ma deriva esclusivamente dalla completa soddisfazione del creditore per effetto del pagamento del coobbligato.

**3.16.** In tal senso, in effetti, depongono gli artt. 61 e 62 l.fall. i quali regolano, rispettivamente, le ipotesi: - del creditore di più coobbligati solidali integralmente soddisfatto, durante il corso della procedura fallimentare, ed il relativo regresso tra coobbligati falliti di colui che ha pagato (art. 61 l.fall.); - del creditore di più coobbligati solidali parzialmente soddisfatto da un coobbligato in solido col fallito o da un fideiussore, prima della dichiarazione di fallimento, e il relativo regresso del coobbligato verso il fallito (art. 62, commi 1° e 2°, l.fall.).

**3.17.** *"Nella prima ipotesi, da una parte, il creditore concorre nel fallimento per l'intero credito che vanta al momento della dichiarazione di fallimento e mantiene fermo tale concorso fino al totale suo pagamento (con la conseguente irrilevanza dei pagamenti parziali eventualmente ricevuti) e, dall'altra, correlativamente, il coobbligato non può esercitare il suo diritto di regresso se non quando il creditore sia stato soddisfatto per intero".*

**3.18.** *"Nella seconda ipotesi, il creditore, che abbia ricevuto da un coobbligato in solido col fallito o da un fideiussore una parte del proprio credito, concorre nel fallimento per la*

*porzione non corrisposta e, correlativamente, il coobbligato che ha diritto di regresso verso il fallito concorre nel fallimento per la somma pagata”.*

**3.19.** *Risulta, dunque, che “... a norma degli artt. 61 e 62, commi 1° e 2°, ... per i pagamenti effettuati prima della dichiarazione di fallimento il coobbligato o il fideiussore può esercitare il regresso verso l’altro coobbligato fallito sempre e in ogni caso (mediante concorso nel fallimento della somma pagata), prescindendosi dal risultato dei pagamenti medesimi sulla sorte del credito principale (riduzione o estinzione)”.*

**3.20.** *Invece, “per i pagamenti effettuati dopo la dichiarazione di fallimento il regresso è sottoposto unicamente alla condizione che il creditore, per effetto del pagamento del coobbligato, resti completamente soddisfatto, così da non poter più concorrere nel passivo per alcuna entità residua”.*

**3.21.** *“Ove detta condizione non si verifichi, per qualsiasi causa, il regresso non è ammesso ed è del tutto indifferente che il coobbligato, con il pagamento, abbia totalmente assolto la sua obbligazione (per esempio di fideiussione parziale) esigendosi per il sistema della legge l’adempimento per intero ex parte creditoris (e non debitoria)”.*

**3.22.** *L’art. 61 l.fall. (che trova applicazione non solo all’azione di regresso, specificamente contemplata dalla norma, ma anche, in deroga all’art. 1205 c.c., a quella di surrogazione, posto che, ai fini dell’ammissibilità tanto della surrogazione, quanto del regresso, ciò che rileva non è la circostanza che, attraverso il pagamento, il coobbligato abbia totalmente assolto la propria obbligazione ma che l’adempimento risulti integrale ex parte creditoris, ossia idoneo ad estinguere la pretesa che il creditore comune abbia insinuato o possa insinuare al passivo del fallimento: Cass. n. 3216 del 2012) costituisce, quindi, una*

norma speciale; la sua *ratio* poggia invero sull'esigenza che non si creino, per effetto dei pagamenti da parte dei coobbligati e dell'esercizio di regresso contro i falliti, duplicazioni di concorso dello stesso credito nel passivo, con conseguenti duplicazioni di accantonamenti in sede fallimentare a favore di una stessa pretesa creditoria, diminuendo la massa ripartibile fra gli altri creditori: di qui la necessità che la situazione sia stabilizzata al momento della dichiarazione di fallimento e sia mantenuta ferma sino a che il credito principale non scompaia per intero dal passivo.

**3.23.** Non sussiste, d'altra parte, alcuna disposizione che impedisca al fideiussore di far valere il suo credito di "*regresso*" verso il debitore fallito, una volta che abbia onorato la fideiussione prestata, come a chiunque divenga creditore del fallito successivamente al fallimento ma in virtù di un atto o fatto giuridico che trovi una causa genetica prima dell'apertura del concorso.

**3.24.** Il credito del fideiussore, pur se riveniente da pagamento effettuato dopo la dichiarazione di fallimento del coobbligato e materialmente nascente in siffatto momento, è, d'altra parte, senz'altro concorsuale poiché, oltre a trarre origine da un atto giuridico anteriore all'apertura della procedura fallimentare, e cioè la fideiussione (come si desume dalla normativa dettata per la regolamentazione della solidarietà, giacché l'art. 61, comma 2°, l.fall. "*consente inequivocamente e senza condizioni l'esercizio del regresso del coobbligato quando il creditore sia stato integralmente soddisfatto dopo la dichiarazione di fallimento di altro coobbligato*"), esclude dal concorso, con effetto surrogatorio, la pretesa del creditore soddisfatto, che si estingue (Cass. n. 903 del 2008, p. 39 s. e p. 45, dove aggiunge che "*è indifferente ... che il creditore risulti*

*insinuato, o meno, al passivo fallimentare” poiché “il fideiussore può ... surrogarsi, nella prima ipotesi nella posizione creditoria già insinuata nel fallimento e, nella seconda, nel diritto di insinuazione spettante al creditore”;* così già Cass. n. 19097 del 2007, in motiv.).

**3.25.** Il credito di “*regresso*” del fideiussore che ha pagato dev’essere, dunque, ammesso al passivo del fallimento del debitore negli stessi limiti in cui era stato ammesso (o sarebbe potuto essere ammesso) quello del creditore (che fuoriesce dal concorso o non può più accedervi) e può essere, quindi, esercitato dal *solvens*, nelle forme e nei limiti imposti dalle regole inderogabili del concorso, a prescindere dal fatto che lo stesso abbia in precedenza chiesto e ottenuto l’insinuazione al passivo della propria pretesa di rivalsa con la riserva prevista dall’art. 55, comma 3°, l.fall.

**3.26.** La giurisprudenza successiva ha, in seguito, confermato tale assunto (riconoscendo, cioè, la natura concorsuale al credito del *solvens*, sul rilievo che lo stesso trae origine da un atto o fatto giuridico anteriore alla procedura o che tale credito si sostituisce, con effetti surrogatori, escludendola dal concorso, alla pretesa del creditore comune, che è dunque relativa ad un credito sorto in epoca anteriore all’apertura del concorso: Cass. n. 26003 del 2018; Cass. n. 19609 del 2017, Cass. n. 17413 del 2017; Cass. n. 613 del 2013; Cass. n. 11144 del 2012), portandolo, tuttavia, a più estreme conseguenze, con l’affermazione dell’insussistenza di un credito di regresso prima del pagamento in favore del creditore principale e della conseguente esclusione di qualsivoglia possibilità per il fideiussore che non abbia integralmente soddisfatto il creditore di essere ammesso al passivo con la riserva del futuro pagamento (Cass. n. 613 del 2013; così già Cass. n.

903 del 2008, in motiv.: “*non appare ammissibile che il diritto di regresso possa in qualche modo trovare ingresso in sede di verifica dei crediti prima del pagamento del creditore principale*”).

**3.27.** Il coobbligato, infatti, come non è tenuto ad insinuare al passivo il proprio credito di “*regresso*”, nemmeno con riserva, potendolo far valere in sede fallimentare con l’istanza di ammissione, tempestiva o tardiva, così matura il diritto ad esercitare la correlata azione di rivalsa soltanto a condizione dell’avvenuta effettuazione del pagamento (Cass. n. 613 del 2013, in motiv.; Cass. n. 11144 del 2012, con riguardo al credito di “*regresso*” del fideiussore *solvens*).

**3.28.** Il pagamento da parte del fideiussore si configura, in tale prospettiva, non come una mera condizione (esterna alla fattispecie costitutiva) per l’esercizio di un diritto che spetta fin dal sorgere dell’obbligazione ma come il fatto direttamente costitutivo (insieme alla fideiussione) del diritto al “*regresso*” (cfr. Cass. n. 613 del 2013, in motiv.).

**3.29.** L’art. 55, comma 3°, l.fall., per contro, nella parte in cui prevede l’ammissione al passivo con riserva dei crediti soggetti a condizione, esprime, nel suo complesso, una disposizione eccezionale che, deviando dal principio della cristallizzazione operata dalla sentenza dichiarativa di fallimento, non è, pertanto, suscettibile di applicarsi in via analogica a diritti (come, appunto, il “*regresso*” del fideiussore che non ha pagato) i cui elementi costitutivi non si siano integralmente realizzati in data anteriore all’apertura del concorso: dovendosi piuttosto parlare, in siffatti casi, non di mera inesigibilità di una pretesa giuridicamente esistente, bensì di un credito soltanto futuro ed eventuale, che sorge esclusivamente in ragione dell’integrale soddisfacimento del

creditore (come si evince dall'art. 61, comma 2°, l.fall., secondo cui *"il regresso fra coobbligati falliti può essere esercitato solo dopo che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito"*: il che vuol dire, appunto, che, prima dell'integrale soddisfacimento del creditore comune, nessuno dei condebitori solidali può partecipare al concorso, neppure con riserva).

**3.30.** D'altra parte, se si tiene conto dello *"statuto speciale del credito ammesso con riserva"* (che, come visto, ha diritto agli accantonamenti nei riparti nonché il diritto di voto nel concordato fallimentare: artt. 113, comma 1°, n. 1, 117, comma 2°, e 127, comma 1°, l.fall.), *"la conseguente significativa alterazione di posizione giuridica può ... giustificarsi esclusivamente in una lettura che, restrittivamente, riconduca la prerogativa processuale alla situazione soggettiva non dispiegabile con pienezza soltanto per difetto di elementi accidentali esterni, diversi dal pagamento futuro al creditore comune, dovendo perciò ammettersi, più in generale, che l'insinuazione al passivo può aver luogo (di regola) solo a patto e nella misura in cui sia avvenuto un pagamento da parte del predetto coobbligato, esso costituendo il fatto costitutivo del diritto al regresso"* (Cass. n. 613 del 2013, in motiv.).

**3.31.** La fattispecie costitutiva del diritto di *"regresso"* del fideiussore, così come previsto dall'art. 61, comma 2°, l.fall., è, dunque, più complessa di come e di quanto in precedenza opinato, essendo, in realtà, formata non semplicemente dalla fideiussione stipulata anteriormente alla dichiarazione di fallimento del debitore, ma anche dal pagamento successivo (e integrale) da parte del garante in favore del creditore, con la conseguenza che, ai fini del suo perfezionamento giuridico, con l'attribuzione del relativo diritto, non basta la fideiussione ma

occorre anche il pagamento integrale da parte del garante in favore del creditore comune.

**3.32.** Tale pagamento, pertanto, non si configura come una mera condizione d'efficacia che, all'esterno della fattispecie costitutiva, influisce unicamente sull'*an* ed il *quando* dei relativi effetti, ma ne è elemento costitutivo, la cui mancanza, in definitiva, non condiziona solo l'esigibilità di un diritto che, per tutti gli altri profili, è giuridicamente esistente, ma, a ben vedere, l'esistenza stessa del diritto, nel senso che, in difetto, tale diritto non esiste e non può essere, come tale, ammesso al passivo: *"il pagamento del debito garantito non è condizione di esigibilità, ma presupposto per la stessa esistenza del credito di regresso del fideiussore"* (Cass. n. 22382 del 2019, in motiv.).

**3.33.** Il fideiussore, prima del pagamento integrale, non ha, dunque, un credito di *"regresso"* verso il debitore fallito e non può essere, pertanto, ammesso con riserva al passivo del fallimento del debitore principale quale creditore condizionale (Cass. n. 19609 del 2017; Cass. n. 32533 del 2022, in motiv.).

**3.34.** Il fideiussore, piuttosto, può insinuare al passivo il proprio credito di *"regresso"*: ma solo fornendo la prova dell'avvenuta verifica del presupposto a tal fine previsto dall'art. 61, comma 2°, l.fall., e cioè d'aver integralmente soddisfatto le ragioni creditorie, non essendo rilevante un pagamento parziale, pur se idoneo ad esaurire l'obbligazione del *solvens* (Cass. n. 26003 del 2018; Cass. n. 3216 del 2012).

**3.35.** Se, dunque, secondo la giurisprudenza più risalente, si riconosceva la configurabilità del credito di *"regresso"* del fideiussore anche prima del pagamento qualora i fatti genetici, come la stipulazione del relativo contratto, fossero antecedenti al fallimento, essendo subordinata al pagamento solo l'efficacia degli stessi, si è, di seguito, condivisibilmente giunti ad

escludere la sussistenza stessa del credito se e fino a quando difetti uno degli elementi costitutivi della fattispecie dalla quale lo stesso trae origine, ossia il pagamento integralmente soddisfattivo del creditore principale.

**3.36.** La giurisprudenza di legittimità più recente poggia, in definitiva, sui seguenti assunti di fondo, che la Corte condivide e ribadisce, e cioè che: a) il pagamento da parte del fideiussore costituisce il presupposto indispensabile del suo diritto di "regresso", il quale, pur avendo la propria causa diretta appunto nel pagamento eseguito dal garante nel corso del fallimento, comunque mutua o dal credito del creditore comune ovvero dalla fideiussione, anteriori alla sentenza dichiarativa, il connotato della concorsualità; b) il fideiussore, in mancanza di pagamento integrale, non è, dunque, titolare di alcun diritto di "regresso" e non può, dunque, proporre domanda per l'ammissione dello stesso al passivo del fallimento del debitore, neppure con riserva del futuro ed eventuale pagamento; c) il fideiussore può, invece, far valere il credito di "regresso", con l'istanza di ammissione (tempestiva o tardiva) allo stato passivo del fallimento del debitore principale, soltanto a seguito e per effetto del pagamento integrale delle ragioni del creditore.

**3.37.** Il fideiussore che non ha (ancora) integralmente soddisfatto il creditore non è, quindi, un creditore attuale, sia pur condizionale, verso il debitore principale, già dichiarato fallito, e non può, dunque, (né deve) essere ammesso al passivo con riserva del futuro pagamento al creditore.

**3.38.** Deve, in effetti, escludersi che possano rientrare tra i crediti "condizionati" i diritti (come il regresso del fideiussore) i cui elementi costitutivi (tra cui il pagamento integrale al creditore) non si siano integralmente realizzati anteriormente al fallimento del debitore, in tal caso versandosi in ipotesi non già

di mera inesigibilità della pretesa ma, a ben vedere, di credito non ancora sorto ed eventuale (cfr., in generale, Cass. n. 4336 del 2020, in motiv.; Cass. n. 8765 del 2011; Cass. n. 11953 del 2003; Cass. n. 17526 del 2003).

**3.39.** È vero (come anche di recente è stato ricordato da Cass. n. 21813 del 2023, in motiv., p. 7 e 9) che, in alcuni casi, possono essere insinuati allo stato passivo anche crediti sorti dopo il fallimento del debitore ove *“le condizioni di partecipazione al passivo”* maturino dopo la sentenza dichiarativa e che l’art. 55, comma 3°, l.fall. non può essere inteso come limitato *“ai soli crediti insorti in forza di un negozio stipulato antecedentemente alla dichiarazione di fallimento, la cui efficacia o risoluzione sia stata subordinata dalle parti, all’atto della stipulazione, al verificarsi di un avvenimento futuro ed incerto, avveratosi successivamente al fallimento”*, dovendo essere, per contro, interpretato come comprensivo *“di ogni credito, preesistente, la cui ammissione al concorso fallimentare dipenda da un evento futuro ed incerto realizzatosi in corso di procedura”*: è anche vero, però, che, almeno in linea di principio (e cioè con salvezza di una diversa previsione della legge, come nel caso dei crediti derivanti dalla gestione del patrimonio fallimentare da parte del curatore o dei crediti correlati alla scelta del curatore di scioglimento di un rapporto pendente al momento dell’apertura del concorso), è a tal fine pur sempre necessario che *“il fatto costitutivo del diritto di credito nei confronti del fallito, posto a fondamento dell’insinuazione”*, si collochi temporalmente *“in epoca antecedente alla dichiarazione di fallimento”*.

**3.40.** L’art. 55, comma 3°, l.fall. costituisce, del resto, una disposizione eccezionale che, deviando dal prima menzionato principio della cristallizzazione operata dalla dichiarazione di

fallimento sulla esposizione debitoria dell'insolvente, non è, come tale, applicabile analogicamente ad ipotesi in cui il diritto del creditore non sia sorto, con l'integrale perfezionamento della relativa fattispecie costitutiva, prima della dichiarazione di fallimento, *"in tal caso versandosi in ipotesi, non già di mera inesigibilità della pretesa, ma di credito non ancora sorto ed eventuale"* (Cass. n. 11953 del 2003, la quale, in forza di tale principio, ha ritenuto che *"in presenza di un patto, qualificabile di garanzia impropria, con il quale l'originario proprietario del terreno da lottizzare a scopo edilizio, successivamente fallito, assuma su di sé l'onere di tutte le spese di urbanizzazione, in tal senso obbligandosi verso l'acquirente del singolo lotto, deve escludersi l'ammissione con riserva dell'acquirente al passivo fallimentare subordinatamente all'avvenuto pagamento, da parte sua, degli oneri in questione, giacché detto pagamento costituisce elemento costitutivo della fattispecie, e non condizione di efficacia del patto di garanzia impropria, di tal che prima di esso non è ipotizzabile un diritto dell'acquirente in attesa di divenire operativo"*; conf., Cass. n. 8765 del 2011; più di recente, Cass. n. 2990 del 2020, in motiv., p. 12 ss.).

**3.41.** Né una differente interpretazione del combinato disposto degli artt. 96 e 55 l.fall. può essere conseguita sul rilievo dell'affermata difformità della stessa al principio costituzionale di uguaglianza formale, emergendo, per contro, la palese diversità delle situazioni poste in comparazione, e cioè i crediti sottoposti a condizione (e quelli che non possono essere fatti valere contro il fallito se non previa escussione di un obbligato principale), i quali, a fronte di un fatto costitutivo già verificatosi, sono crediti giuridicamente esistenti, laddove, al contrario, prima dell'escussione da parte del creditore, il credito di *"regresso"* vantato dal garante nei confronti del debitore

principale non può ritenersi, in mancanza del corrispondente fatto costitutivo (e cioè, appunto, l'integrale pagamento in favore del creditore), come giuridicamente esistente (Cass. n. 16347 del 2018, in motiv.; Cass. n. 22382 del 2019, secondo cui *"il fideiussore ... prima del pagamento ... non ha un credito di regresso nei confronti del debitore ..."*; Cass. n. 15876 del 2022, in motiv.).

**3.42.** E neppure, infine, può giungersi a diversa conclusione sulla base del cd. *"rilievo del fideiussore"*, disciplinato dall'art. 1953 c.c., in forza del quale 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 azioni di regresso: *"è al riguardo agevole osservare che l'azione di rilievo mira ad ottenere dal debitore un facere (procurare la liberazione del fideiussore o, in mancanza, prestare le garanzie necessarie ad assicurare le ragioni di regresso) e non anche un dare e non può quindi avere per contenuto la pretesa che il debitore paghi direttamente il fideiussore, o gli fornisca la provvista necessaria all'adempimento"*, per cui *"neppure l'azione di rilievo ... è idonea a fondare la qualificazione del fideiussore come creditore del fallito"* (Cass. n. 22382 del 2019 in motiv.; Cass. n. 25317 del 2020, secondo cui *"il fideiussore che, escusso dal creditore garantito, non abbia provveduto al pagamento del debito, non è legittimato a proporre istanza di fallimento contro il debitore principale per il solo fatto di averlo convenuto in giudizio con l'azione di rilievo ex art. 1953 c.c., atteso che tale azione non lo munisce di un titolo astrattamente idoneo ad attribuirgli la qualità di creditore concorsuale in caso di apertura del fallimento"*; Cass. n. 11144 del 2012, ove si è detto che

*“l’oggetto dell’azione di rilievo, volta a tutelare il fideiussore dal rischio di dover pagare senza potersi poi rivalere nei confronti del debitore principale, ne esclude... l’assimilabilità a quella di regresso, rispetto al cui esercizio essa assume anzi una funzione cautelare”.*

**3.43.** Il pagamento integrale (e solo questo) attribuisce, dunque, al fideiussore il diritto di regresso nei confronti del debitore fallito e, dunque, lo legittima a proporre domanda di ammissione al passivo del credito di “regresso” così maturato, per cui, in difetto di una diversa situazione sostanziale che lo stesso possa già in precedenza far valere nei confronti del fallimento, il garante che non abbia pagato (ammesso che poi lo faccia) non può dolersi: - né del fatto che, prima di tale momento, il creditore principale abbia ritenuto di non insinuare al passivo il proprio credito (nel quale poi, se del caso, subentrare) al passivo; - né, soprattutto, del fatto che, in difetto di accantonamenti (come quelli cui avrebbe avuto diritto se fosse stato ammesso con riserva), subisca il rischio che, una volta eseguito il pagamento ed ammesso al passivo il suo diritto di regresso, i riparti *medio tempore* eseguiti abbiano esaurito l’attivo utilmente distribuibile in suo favore. Si tratta, in effetti, di un pregiudizio che, al pari di quello cui restano esposti i creditori non (ancora) insinuati, non si differenzia, sotto questo profilo, da quello che, in via di mero fatto, gli stessi (come emerge dall’art. 101, ult. comma, l. fall.) sono destinati a subire nell’ipotesi in cui si pervenga celermente alla liquidazione dell’attivo (e alla distribuzione del suo ricavato: limite oltre il quale le domande tardive, sia pur per causa non imputabile, non sono, invero, comunque ammissibili) e, quindi, alla chiusura del fallimento (cfr., sul punto, Cass. n. 31107 del 2023, in motiv., p. 9), tanto più se si considera che, come gli artt. 120, comma

3°, e 124, comma 4°, l.fall. espressamente prevedono, gli stessi possono far pur sempre affidamento sulla capacità del debitore di ricostruire in futuro un patrimonio aggredibile, salvi soltanto gli effetti della esdebitazione (che, peraltro, nemmeno è assoluta, essendo esclusa per le società e, comunque, restando condizionata, come disposto dall'art. 142, comma 1°, n. 1 l.fall., alla cooperazione del fallito con gli organi della procedura, mentre, rispetto ai crediti concorsuali anteriori "*che non hanno presentato la domanda di ammissione al passivo*", la stessa, a norma dell'art. 144 l.fall., è limitata alla sola eccedenza rispetto a quanto gli stessi avrebbero avuto diritto di percepire nel concorso).

**3.44.** Il che, naturalmente, non esclude che, una volta eseguito il pagamento e, in tal modo, conseguito il diritto di rivalsa verso il debitore fallito, il fideiussore è legittimato non solo a far valere tale diritto nei confronti del Fallimento di quest'ultimo, mediante surrogazione "*nella posizione creditoria già insinuata nel fallimento*" dal creditore, a norma dell'art. 115 l.fall., ovvero, in difetto, con un'autonoma domanda di ammissione allo stato passivo del credito maturato (se del caso in via tardiva: quanto meno nel caso in cui, non avendo tardato il pagamento in favore del creditore in forza di eccezioni meramente dilatorie, il ritardo della domanda è dipeso da causa a lui non imputabile), ma anche ad attivare, con l'ammissione provvisoria disposta in via cautelare in sede d'opposizione ovvero con l'ammissione definitiva a mezzo di decreto non definitivo, il diritto ai corrispondenti accantonamenti, come previsto, rispettivamente, dall'art. 113, comma 1°, n. 2, e dall'art. 113, comma 1°, n. 3, l.fall..

**3.45.** Dev'essere, in definitiva, ribadito il principio per cui: - "*in tema di concorso di creditori, ex art. 61, comma 2, l. fall.,*

*il fideiussore non ha un credito di regresso prima del pagamento e dunque non può essere ammesso con riserva per un credito condizionale”; - il fideiussore, “considerata la natura concorsuale del credito di regresso”, può “essere ammesso al passivo” “solo se e nella misura in cui sia già avvenuto il pagamento” in favore del creditore, “che configura il fatto costitutivo del diritto al regresso ...” (Cass. n. 19609 del 2017; Cass. n. 11521 del 2020, in motiv.; Cass. n. 25317 del 2020, in motiv., ai fini della legittimazione alla proposizione del ricorso di fallimento; Cass. n. 22382 del 2019, in motiv., ai fini della legittimazione al voto nel concordato preventivo).*

4. Il quarto motivo di ricorso dev’essere, quindi, accolto esclusivamente nei limiti in precedenza esposti: e il decreto impugnato, per l’effetto, cassato con rinvio, per un nuovo esame, al tribunale di Reggio Emilia, che, in differente composizione, provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

5. Le residue censure sono, invece, respinte.

#### **P.Q.M.**

La Corte accoglie il quarto motivo di ricorso nei limiti esposti in motivazione mentre, per il resto, lo rigetta, unitamente al quinto motivo; cassa, nei limiti esposti, il decreto impugnato con rinvio, per un nuovo esame, al tribunale di Reggio Emilia, che, in differente composizione, provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

Così deciso a Roma, nella Camera di consiglio della Prima