



## TRIBUNALE ORDINARIO DI VICENZA

*Sezione Prima Civile*

CIRCOLARE FALL. 1/2017 - Stati Passivi

### **FONDI COMPLEMENTARI, AMMISSIONE E PRIVILEGIO**

Contribuzione a carico del datore di lavoro. Si discute in ordine all'ammissibilità al passivo del credito, spesso azionato dal lavoratore, per gli omessi contributi del datore di lavoro ai fondi integrativi, essendo in particolare controverso chi sia legittimato ad insinuarsi (il fondo, il lavoratore, l'Inps) e se e quale privilegio possa eventualmente accordarsi al credito ammesso.

Utili indicazioni per una risposta al quesito possono trarsi da un recente arresto della suprema Corte (Cass. SS.UU. 4949/2015), ove, discutendosi (anche se al diverso fine del calcolo del tfr) intorno alla natura retributiva o previdenziale di detti contributi, gli Ermellini hanno avuto modo di affermare la natura previdenziale, e non retributiva, del contributo a carico del datore di lavoro, tenuto conto che il concetto di retribuzione implica un effettivo passaggio di ricchezza dal datore di lavoro al lavoratore ed esige altresì che tale passaggio di ricchezza sia in rapporto di corrispettività con la prestazione lavorativa. Solo in presenza di tali condizioni si può parlare di retribuzione differita.

Condizioni che mancherebbero con riguardo al contributo dovuto dal datore di lavoro, al quale pertanto non può che riconoscersi natura previdenziale.

Può anzi evidenziarsi, con la Cassazione, che l'obbligo del datore di lavoro di effettuare i versamenti non nasce neppure dal rapporto di lavoro, bensì nasce da un ulteriore rapporto contrattuale, distinto da quello, finalizzato a conseguire, in presenza delle condizioni prescritte, una pensione integrativa, in aggiunta a quella obbligatoria (cfr punto 24-25 motivazione "...L'obbligo del datore di lavoro di effettuare tali versamenti nasce a ben vedere da un ulteriore rapporto contrattuale, diverso dal rapporto di lavoro subordinato, finalizzato a garantire, in presenza delle condizioni prescritte, il conseguimento di una pensione integrativa, rispetto a quella obbligatoria...se è vero che il rapporto di previdenza integrativa ha come necessario presupposto l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, è anche vero che l'obbligo del versamento del contributo a carico del datore di lavoro non si pone nei confronti del lavoratore, bensì nei confronti del fondo complementare, che è poi onerato dell'erogazione della relativa prestazione...").

Ne conseguirebbe il difetto di legittimazione del lavoratore ad insinuarsi al passivo per un credito del quale egli non è titolare, essendo titolare del credito per omessa contribuzione direttamente il fondo complementare.

Tale pronuncia supera l'obiezione che viene spesso mossa alla tesi della mancanza di legittimazione dei Fondi, ossia che l'art. 1 co. 2 lett. e) punto 8) della legge delega

243/2004, che prevedeva che ai fondi complementari fosse attribuita la contitolarità con i propri iscritti del diritto alla contribuzione e la legittimazione a rappresentare i propri iscritti nelle controversie aventi ad oggetto i contributi omessi e gli eventuali danni, non sia stata trasposta nel d.lgs. 252/2005.

D'altro canto è noto che i detti fondi non provvedono mai all'insinuazione al passivo, mentre l'omessa contribuzione viene normalmente appianata dall'Inps, presso la quale è istituito un apposito fondo, contro il rischio derivante dall'omesso o insufficiente versamento da parte di datori di lavoro sottoposti a procedure concorsuali (istituito con d.lgs. 80/1992, di attuazione della direttiva 80/987/CEE, che ha implementato le funzioni del fondo già previsto dalla l. 297/1982).

Inoltre una circolare dell'Inps n. 23 del 22 febbraio 2008 disciplina le modalità di intervento del fondo e va analizzata ai fini della ricostruzione del sistema. A mente della stessa non è il fondo complementare a poter richiedere le prestazioni del fondo di garanzia, bensì il lavoratore, alle condizioni indicate all'art. 5 d.lgs. 80/1992, in presenza delle quali il fondo di garanzia dell'Inps eroga al fondo complementare i contributi omessi.

Tra dette condizioni si richiama l'accertamento dell'insolvenza del datore di lavoro e l'accertamento di uno specifico credito relativo alle omissioni contributive.

In pratica l'Inps richiede al lavoratore l'insinuazione al passivo fallimentare, che però mal si concilia con il fatto che il rapporto di contribuzione complementare intercorre – quanto alla quota a carico del datore di lavoro -, come sopra visto, alla luce di Cass. SS.UU. 4949/2015, direttamente tra datore di lavoro e Fondo (seppur sul presupposto dell'esistenza del rapporto di lavoro e in forza dell'accordo collettivo istitutivo del Fondo e dell'adesione del lavoratore).

Deve peraltro osservarsi che la detta circolare mal si concilia con la natura del contributo a carico del datore di lavoro come dianzi vista e descritta, sulla scorta della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, sicchè deve ritenersi che la circolare disciplini unicamente la quota di contribuzione al fondo a carico del lavoratore (tramite cessione del relativo credito al fondo o delegazione di pagamento al datore di lavoro), non a carico del ~~fondo datore~~.

Per questa pertanto non resta che rigettare la domanda del lavoratore, per difetto di legittimazione, non potendosi neppure ipotizzare l'esercizio da parte del lavoratore dell'azione surrogatoria ex art. 2900 c.p.c., atteso che questa richiede il litisconsorzio necessario e la struttura del giudizio semplificato di insinuazione al passivo non consente di instaurarlo.

Quanto alla natura del credito del fondo, privilegiata o meno, deve dirsi che la natura non retributiva affermata dalla Suprema Corte con riferimento ai contributi dovuti dal datore di lavoro pare escludere il riconoscimento del privilegio ex art. 2751 bis n. 1) c.c. (è vero che la giurisprudenza ha allargato le maglie di tale privilegio, riconosciuto ad es. anche per il danno da omesso o ritardato versamento dei contributi, ma nella specie tale allargamento pare doversi escludere sulla scorta del fatto che il rapporto intercorre direttamente tra datore di lavoro e fondo complementare, il lavoratore essendone beneficiario ex art. 1411 c.c.). Per conseguenza al detto credito dovrebbe riconoscersi o natura chirografaria, oppure il privilegio dell'art. 2754 c.c.

Pare da preferire l'inquadramento nell'art. 2754 c.c., cui non pare essere di ostacolo la circostanza che si tratti di previdenza non obbligatoria, atteso che tale limitazione è specificamente contemplata dall'art. 2753 c.c., ma non dal successivo.

Contribuzione a carico del lavoratore. Per quanto invece riguarda l'ammissione al passivo richiesta dal lavoratore per le quote di contribuzione ai fondi complementari a proprio carico (quota tfr, quota retribuzione, ecc.), questione meno problematica, una utile disamina è stata condotta da Tribunale di Napoli Nord, 15.07.2015 (<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/13606.pdf>).

Vi si legge che, al fine di comprendere a chi spetti la legittimazione a proporre l'insinuazione al passivo, se al dipendente o al fondo, occorre esaminare l'atto costitutivo del fondo, e verificare se i contributi a carico del lavoratore siano stati fatti oggetto di delegazione di pagamento (il lavoratore delega il datore di lavoro al versamento della quota parte di retribuzione e tfr al fondo) o di vera e propria cessione di credito (credito futuro).

Nel primo caso, operando il datore di lavoro quale mandatario del lavoratore, il mandato si scioglie ex art. 78 l.f. e il lavoratore è legittimato ad insinuarsi al passivo; nel secondo caso, essendo la cessione del credito contratto soggetto al principio consensualistico (art. 1376 c.c.), che si perfeziona con consenso, il relativo credito deve ritenersi ormai ceduto e di competenza del fondo, che è l'unico legittimato a reclamarne il pagamento. In entrambi i casi spetterà comunque il privilegio dell'art. 2751 bis n. 1) c.c.

Anche nel caso di legittimazione esclusiva del fondo peraltro non può escludersi una legittimazione in via surrogatoria (art. 2900 c.c.) del lavoratore, alle stesse condizioni viste in precedenza, a tutela del litisconsorzio necessario previsto dalla norma.

Spetta al lavoratore dimostrare la propria legittimazione, producendo l'atto costitutivo del fondo o altra documentazione idonea, dalla quale risulti che il versamento della quota parte a proprio carico dei contributi avveniva in forza di delegazione di pagamento e non di cessione di credito. In difetto la domanda non potrà che rigettarsi.

## CONTI CORRENTI BANCARI

**Produzione integrale degli estratti conto.** Si richiama il costante e condivisibile orientamento giurisprudenziale sul c.d. "saldo zero", quale diretta distribuzione dell'onere della prova.

L'orientamento tradizionale, c.d. processuale, ripartisce infatti l'onere della prova a seconda di chi abbia assunto l'iniziativa giudiziaria: se trattasi della banca, che agisce per il recupero del saldo negativo di conto corrente (o che si insinua al passivo per il medesimo titolo), si ritiene ch'ella debba depositare tutti gli estratti conto dall'inizio del rapporto.

Infatti già nel 2010 i giudici di legittimità avevano avuto modo di rilevare (pronunciandosi probabilmente in ordine ai documenti da produrre per l'emissione di un'ingiunzione di pagamento e, in particolare, della sufficienza o meno a tal fine del c.d. estratto di saldaconto, previsto dall'art. 50 T.U.B.) che *"la banca...ha l'onere di produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto, né la banca può sottrarsi all'assolvimento di tale onere invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre 10 anni, perché non si può confondere l'onere di*

*conservazione della documentazione contabile, con quello della prova del proprio credito” (cfr Cass. 23974/2010), concetto ribadito anche in pronunce successive, ove si legge che, in forza della maggior diligenza professionale ad essa richiesta ex art. 1176 co. 2 c.c., “nei rapporti bancari in conto corrente, la banca non può sottrarsi all’onere di provare il proprio credito invocando l’insussistenza dell’obbligo di conservare le scritture contabili oltre 10 anni dalla data della registrazione, in quanto tale obbligo, volto ad assicurare una più penetrante tutela dei terzi estranei all’attività imprenditoriale, non può sollevarla dalla prova piena del credito vantato, anche per il periodo ulteriore” (Cass. 1842/2011).*

Solo una tale produzione infatti consente una reale e attendibile ricostruzione dei rapporti dare avere, nonché la verifica dell’applicazione ed eventuale ricalcolo degli interessi (cfr Cass. 9768/2012).

Ne consegue che, laddove con l’insinuazione al passivo o con le successive osservazioni non siano prodotti tutti gli estratti conto, ma vi siano dei salti nella produzione, il calcolo del credito della banca va compiuto partendo dal primo estratto conto per il quale vi sia continuità e considerando lo stesso pari a zero.

**Data certa.** E’ noto che qualsiasi documento, per essere opponibile alla procedura, deve essere munito di data certa, ex art. 1704 c.c.

Nel caso dei rapporti di conto corrente tale necessità si coniuga anche con il disposto dell’art. 117 T.U.B., il quale impone la forma scritta *ad substantiam* per il riconoscimento dell’esistenza stessa del contratto, così che, in mancanza di tale forma, ci si trova di fronte ad un rapporto di conto corrente di mero fatto.

In relazione a quanto sopra, l’imprescindibilità della data certa sui contratti è stata ribadita in giurisprudenza, anche di recente, essendosi osservato, seppur con riferimento ad una procedura di amministrazione straordinaria (ma le regole della formazione del passivo non mutano), che *“l’insinuazione al passivo di un credito fondato su di un contratto di conto corrente bancario, per la validità del quale è prevista la forma scritta ad substantiam, postula l’accertamento dell’anteriorità della data di quest’ultimo rispetto alla sentenza dichiarativa dell’insolvenza, in ragione della terzietà dell’organo di gestione della procedura...senza che la banca possa avvalersi, ai fini probatori del credito invocato, degli estratti del conto stesso. Né la proposizione, in via subordinata, di domande riconvenzionali di nullità di specifiche clausole contrattuali e di ripetizione dell’indebitto, da parte del Commissario, è idonea a superare la questione della data certa e, dunque, dell’opponibilità del contratto alla procedura...”* (cfr Cass. 17080/2016).

Quanto sopra è importante in quanto, come noto, l’art. 2704 c.c. non pone un’elencazione tassativa dei fatti dai quali può desumersi la certezza della data, che può essere data con ogni mezzo, la cui idoneità rimane rimessa al prudente apprezzamento del giudice.

E tuttavia, come sopra accennato, tale assunto in ambito fallimentare, quando sia in discussione un rapporto di conto corrente bancario (o altro contratto bancario, esclusi quei rapporti accessori per i quali delibere CICR o della Banca d’Italia ammettono la deroga alla forma scritta), non può prescindere dalla circostanza che tale tipologia contrattuale richiede la forma scritta *ad substantiam*, così che i fatti dai quali le parti pretendano di ricavare la data certa del contratto dovranno essere idonei non solo a

dimostrare l'esistenza del rapporto, ma anche i suoi contenuti, con particolare riferimento alle pattuizioni contrattuali.

Ne consegue che la stipulazione di una fideiussione o di un fido o di un ricorso per ingiunzione di pagamento o di qualsiasi altro contratto accessorio al conto corrente, se sono idonei a dimostrare l'anteriorità del rapporto alla dichiarazione di fallimento, saranno però idonei a soddisfare il requisito della certezza della data con riferimento anche alle condizioni contrattuali solo laddove in tali documenti esse siano riportate e con riferimento da tale momento, in particolare gli interessi e le commissioni e gli altri compensi richiesti dalla banca per le prestazioni effettuate.

Inidonei a tal fine sono invece fatti quali le fusioni o incorporazioni delle banche o mutamenti di denominazione, ecc., che possono semmai provare solo l'anteriorità del rapporto, ma non delle condizioni.

Quanto al **timbro postale**, l'autocertificazione in tale forma è (*rectius*, era, essendo stata soppressa) bensì ammessa, in forza dell'art. 8 d.lgs 261/1999, ma le condizioni per la sua concreta operatività erano espresse nella circolare n. 93/2007 delle Poste Italiane, che – malgrado atto amministrativo - riprende alcuni degli spunti giurisprudenziali emersi negli anni, risultando quindi del tutto condivisibile.

In particolare si richiede che, nel primo foglio, sia riportata la dicitura "*documento unico composto da n. \_\_\_\_ pagine*"; che, sempre sulla prima pagina, sia riportata la dicitura "*si richiede l'apposizione del timbro postale per la data certa*"; che il documento sia affrancato con bolli sulla prima pagina e i bolli siano annullati col timbro postale (pare irrilevante il fatto che tutte le formalità anzidette siano soddisfatte, ma sull'ultima pagina, anziché la prima).

Si tratta di condizioni minime, del tutto condivisibili, perchè possa riconoscersi che un documento, munito di timbro postale, abbia data certa.

Quanto alle **datacertazioni elettroniche** oggi in uso, che hanno sostituito il servizio di autocertificazione postale, trattasi ovviamente di servizio idoneo, ma il curatore e il giudice delegato dovrebbero essere messi in condizioni di verificare e leggere il relativo file. Si rimette al prudente apprezzamento del Curatore la valutazione in ordine all'idoneità alla prova della stampa della ricevuta cartacea emessa dall'organismo di datacertazione elettronica.

Nell'ipotesi in cui sia provata l'anteriorità del rapporto rispetto al fallimento, ma risultino sformite di data certa le condizioni contrattuali, nessun interesse, commissione, compenso risulta dovuto e i rapporti dare avere tra le parti e l'eventuale credito della banca da ammettere al passivo va ricostruito tenendo conto solamente dei versamenti e dei prelievi dal conto, calcolando su ciascuno di essi i soli interessi legali, tempo per tempo vigenti, ritenendosi comunque ammissibile da parte del Curatore una decurtazione forfettaria, in particolare laddove vi sia l'accordo con la banca in tal senso.

**Verifiche sul conto corrente.** Si richiede sempre che il Curatore effettui la verifica dell'eventuale applicazione sui conti correnti di interessi anatocistici, o usurari o di cms illecite.

Quanto all'applicazione degli **interessi anatocistici**, essa andrà operata soprattutto con riferimento ai conti correnti anteriori al 1999 (data della pubblicazione delle sentenze della Cassazione che operarono il famoso *revirement*, ad es. Cass. 3096-

2374/1999), in quanto molti istituti si adeguarono poi alla delibera CICR 09.02.2000 mediante mera pubblicazione delle nuove condizioni contrattuali (principalmente la clausola di reciprocità) a mezzo pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, ma tale modalità non viene ritenuta legittima da una diffusa e condivisibile giurisprudenza di merito (cfr Tribunale di Treviso, Sez. Dist. Montebelluna, sent 110/2013, secondo cui l'adeguamento alle nuove disposizioni avrebbe dovuto avvenire tramite comunicazione individuale e non tramite pubblicazione in G.U. - consentita dall'art. 7 del D.M. 09.02.2000 solo in caso di nuove condizioni migliorative per il cliente -, in quanto, essendo la precedente pattuizione anatocistica nulla, per effetto dell'interpretazione dell'art. 1283 c.c. fornita da Cass. 3096-2374/1999, l'introduzione di una clausola anatocistica integrerebbe sempre e comunque una variazione del rapporto sfavorevole per il correntista).

Ne consegue che, quando la banca non si sia conformata correttamente alle indicazioni della delibera CICR sopra citata (in particolare quando lo abbia fatto con mera pubblicazione delle nuove condizioni in G.U.), la capitalizzazione è illegittima e i relativi interessi vanno pertanto esclusi.

Quanto alle c.m.s., anche in tal caso ne è pacifica l'illegittimità (Cass. 870/2006), fino al d.l. 185/2008, convertito con l. 2/2012, che ha ritenuto legittima solo la commissione onnicomprensiva di affidamento, cui ha fatto seguito l'introduzione dell'art. 117 bis T.U.B. e la delibera CICR 644/2012.

E' invece ormai pacifico che la c.m.s. non rileva ai fini del calcolo dell'usura (Cass. 12965/2012, alle cui motivazioni si rinvia).

Anche in questo caso il Curatore potrà decidere di condurre i necessari calcoli, oppure potrà praticare una decurtazione forfettaria al credito fatto valere dalla banca, tentando un accordo con la stessa.

**Usura.** Come noto si distingue tra usura contrattuale e sopravvenuta.

Ai fini dell'art. 1815 co. 2 c.c. rileva la sola usura contrattuale, o originaria, quella cioè che esisteva già al momento della pattuizione. In questo caso e solo in questo la norma prevede che non siano dovuti interessi o altri corrispettivi.

Nel caso invece di usura sopravvenuta, quella che si determini cioè nel corso del rapporto, per qualsiasi ragione (ad es. abbassamento dei tassi soglia), non risulta dovuto, per ragioni di equità contrattuale (art. 1374 c.c.), solo quanto preteso dalla banca in misura superiore al tasso soglia.

Deve però precisarsi il concetto di usura contrattuale.

Come noto nei rapporti bancari gli istituti di credito godono del c.d. ius variandi, ex art. 118 T.U.B., a mente del quale, a certe condizioni, differenti per i rapporti di durata e per gli altri tipi di rapporti, gli istituti di credito hanno facoltà di modificare le condizioni contrattuali e queste si intendono approvate, con un meccanismo di silenzio assenso, se il cliente non decide di recedere entro un certo termine.

Ebbene, deve allora rammentarsi che, ai sensi dell'art. 1321 c.c., costituisce contratto "*l'accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale*".

Rientra quindi nella nozione di contratto e rileva ai fini dell'usura originaria anche la modifica delle condizioni di un rapporto bancario intervenuta tramite l'esercizio, da parte della banca, dello ius variandi.

Nel caso in cui, quindi, a seguito dell'esercizio dello ius variandi, il rapporto divenga usurario, tale usura deve riguardarsi come originaria e non come sopravvenuta e determina, dal momento della variazione delle condizioni, gli effetti dell'art. 1815 co. 2 c.c.

Si rammenta infine che le eccezioni relative all'entità delle somme pretese dalla banca nei rapporti di conto corrente devono necessariamente essere sollevate in sede di verifica di stato passivo (o della successiva domanda tardiva della banca), in quanto, laddove non tempestivamente sollevate in questa sede, si consolida il giudicato sul rapporto ed esse non possono più essere sollevate in un successivo e separato giudizio, eventualmente avviato per la ripetizione dell'indebito nei confronti della banca (cfr Cass. SS.UU. 16508/2010, atteso che, ex art. 1852 c.c., la compensazione è elemento strutturale dei rapporti bancari regolati in conto corrente).

### **INSINUAZIONE AL PASSIVO DEL COOBBIGATO SOLIDALE (GARANTE) DEL FALLITO**

La disciplina della solidarietà nel fallimento è recata dagli artt. 61 e 62 l.f.:

l'art. 61 regola le ipotesi del creditore di più coobbligati solidali integralmente soddisfatto durante il corso della procedura fallimentare e il relativo regresso tra coobbligati di colui che ha pagato;

l'art. 62 regola le ipotesi 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.

La distinzione fra le due ipotesi si basa quindi sulla data in cui è avvenuto il pagamento del creditore da parte di un coobbligato, e cioè, se tale pagamento è posteriore alla data di dichiarazione di fallimento, si applica l'art. 61, se è anteriore, si applica l'art. 62.

Al riguardo, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 903/2008, ha avuto modo di precisare che:

*“Nella prima ipotesi – art. 61 –, da una parte, il creditore concorre nel fallimento per l'intero credito che vanta al momento della dichiarazione di fallimento e mantiene fermo tale concorso fino al totale suo pagamento e, dall'altra, correlativamente, il coobbligato non può esercitare il suo diritto di regresso se non quando il creditore sia stato soddisfatto per intero;*

*nella seconda ipotesi – art. 62 –, il creditore, che abbia ricevuto da un coobbligato in solido col fallito o da un fideiussore una parte del proprio credito, concorre nel fallimento per la porzione non corrisposta e, correlativamente, il coobbligato che ha diritto di regresso verso il fallito concorre nel fallimento per la somma pagata.*

*Pertanto, può concludersi che, a norma della L. Fall, art. 61 e art. 62, commi 1 e 2, mentre per i pagamenti effettuati prima della dichiarazione di fallimento il coobbligato o il fideiussore può esercitare il regresso verso l'altro coobbligato fallito*

*sempre e in ogni caso (mediante concorso nel fallimento della somma pagata), prescindendosi dal risultato dei pagamenti medesimi sulla sorte del credito principale (riduzione o estinzione), per i pagamenti effettuati dopo la dichiarazione di fallimento il regresso è sottoposto unicamente alla condizione che il creditore, per effetto del pagamento del coobbligato, resti completamente soddisfatto, così da non poter più concorrere nel passivo per alcuna entità residua. Ove detta condizione non si verifichi, per qualsiasi causa, il regresso non è ammesso ed è del tutto indifferente che il coobbligato, con il pagamento, abbia totalmente assolto la sua obbligazione (per esempio di fideiussione parziale) esigendosi per il sistema della legge l'adempimento per intero ex parte creditoris (e non debitoris). Specularmente, non appare ammissibile che il diritto di regresso possa in qualche modo trovare ingresso in sede di verifica dei crediti prima del pagamento del creditore principale.*

Con la sentenza in esame, la Suprema Corte ha quindi sconfessato il proprio precedente orientamento, che considerava il credito di regresso del fideiussore del fallito non ancora escusso dal creditore alla stregua di un credito condizionale, prevedendone quindi l'ammissione al passivo con riserva (cfr. ex multis Cass. n. 13508/2004).

Tale mutamento di indirizzo si basa – come visto – sull'interpretazione letterale dell'art. 61, comma 2, l.f., che espressamente prevede la possibilità dell'esercizio del regresso solo dopo che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito, e sulla **ratio** dell'impianto normativo in esame, la quale “*poggia sull'esigenza che non si creino, per effetto dei pagamenti da parte dei coobbligati e dell'esercizio di regresso contro i falliti, duplicazioni di concorso dello stesso credito nel passivo, con conseguenti duplicazioni di accantonamenti in sede fallimentare a favore di una stessa pretesa creditoria, diminuendo la massa ripartibile fra gli altri creditori; donde la necessità che la situazione sia stabilizzata al momento della dichiarazione di fallimento e sia mantenuta ferma sino a che il credito principale non scompaia per intero dal passivo.*”

Con riguardo al proprio precedente orientamento, la Corte ha osservato che:

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

*Non sussiste, quindi, alcuna regola atta a impedire al fideiussore di far valere il suo credito di regresso verso il fallito, una volta che abbia onorato la fideiussione*

*prestata, e così ugualmente a chiunque divenga creditore del fallito successivamente al fallimento, in virtù di un atto o fatto giuridico che trovi una causa genetica prima dell'apertura del concorso ovvero che non sia compiuto o determinato proprio dal fallito. L'ammissione con riserva indicata dalla giurisprudenza che si contrasta non può mai essere considerata una iniziativa necessaria, perché al coobbligato in bonis rimane sempre aperta la via di una insinuazione, anche tardiva, al passivo a titolo diretto e definitivo (e con attitudine a trovare utile collocazione sul ricavato), dopo essere stato escusso dal creditore. ...*

*La concorsualità del credito di regresso del fideiussore in bonis, pur se riveniente da pagamento effettuato dopo la dichiarazione di fallimento del coobbligato e materialmente nascente in siffatto momento, è dunque implicita nella normativa dettata per la regolamentazione della solidarietà, giacché la L. Fall., art. 61, comma 2, come si è visto, consente inequivocamente e senza condizioni l'esercizio del regresso del coobbligato quando il creditore sia stato integralmente soddisfatto dopo la dichiarazione di fallimento di altro coobbligato.*

Quanto infine all'estensione del credito di regresso che può essere fatto valere dal garante del fallito, nella sentenza in commento si legge che:

***“Il fideiussore che ha pagato interamente il credito dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale viene surrogato ex lege (art. 1203 c.c., n. 3) nei diritti del creditore, azionati o no dallo stesso creditore in sede fallimentare;***

*se, quindi, si insinua al passivo fallimentare, tempestivamente o tardivamente, dichiarando che esercita il diritto di rivalsa, dovrà essere ammesso al passivo nei limiti in cui era stato ammesso, o poteva essere ammesso, il creditore. ...*

*Il pagamento ad opera del fideiussore, in definitiva, integra l'elemento che gli permette di insinuare il proprio credito di regresso nel fallimento del debitore e che opera, in pari tempo, come causa estintiva del credito vantato verso il medesimo debitore da parte del creditore in cui favore è stata prestata la fideiussione.*

*... il regresso è esercitabile nel fallimento limitatamente ai diritti che il creditore aveva preteso, o avrebbe potuto pretendere, in sede fallimentare e in cui il fideiussore resta surrogato, nonché alle spese sostenute da quest'ultimo ex art. 1950 c.c., comma 2, con esclusione degli interessi maturati sul capitale dopo la dichiarazione di fallimento (salvo si tratti di credito garantito da ipoteca, pegno o privilegio) e degli ulteriori diritti che il solvens acquista in proprio dopo il fallimento”.*

In conclusione, quindi, la domanda di insinuazione al passivo del coobbligato solidale del fallito non ancora escusso dal creditore non va accolta.

Viceversa, il garante del fallito va ammesso al passivo una volta che sia stato escusso dal creditore e abbia provveduto all'integrale pagamento, con possibilità di insinuazione anche tardiva in quanto la causa genetica del credito è comunque antecedente alla dichiarazione di fallimento.

Vicenza, 15.12.2016

Dott. G. Borella



Dott.ssa S. Pitinari



Dott.ssa S. Saltarelli

