

n. 20/2017

Roma, novembre 2017

LA SORTE DEL CREDITO VERSO GLI OBBLIGATI SOLIDALI IN IPOTESI DI MANCATA AMMISSIONE AL PASSIVO DELL'OBBLIGATO PRINCIPALE

Sull'operatività dell'art. 1955 c.c. che prevede l'estinzione della fideiussione ove, per fatto del creditore, sia preclusa al garante adempiente l'azione di surroga nei diritti del creditore.

1. Premessa - inquadramento normativo.

La disciplina della solidarietà passiva del fallimento è contenuta negli artt. 61 - 63 L.F.¹ che, secondo la dottrina maggioritaria, assicurano una tutela rafforzata agli interessi creditori, introducendo misure idonee a mitigare il

¹ Art. 61 L.F.: "Il creditore di più coobbligati in solido [1292 ss. c.c.] 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".

Art. 62 L.F.: "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. Il coobbligato che ha diritto di regresso verso il fallito ha diritto di concorrere nel fallimento di questo per la somma pagata. Tuttavia il creditore ha diritto di farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato fino a concorrenza di quanto ancora dovutogli. Resta impregiudicato il diritto verso il coobbligato se il creditore rimane parzialmente insoddisfatto".

Art. 63 L.F.: "Il coobbligato o fideiussore del fallito, che ha un diritto di pegno o d'ipoteca sui beni di lui a garanzia della sua azione di regresso, concorre nel fallimento per la somma per la quale ha ipoteca o pegno. Il ricavato della vendita dei beni ipotecati o delle cose date in pegno spetta al creditore in deduzione della somma dovuta".

pregiudizio conseguente al sopraggiunto fallimento di uno o più coobbligati².

Il dissesto economico di un condebitore non produce effetti sul vincolo solidale, né la divisione del debito nei confronti del creditore, né ancora libera gli altri coobbligati e il fallito dalla fideiussione anteriormente prestata³.

A tal fine, gli artt. 61 - 63 L.F. dettano una disciplina speciale volta a coniugare i principi generali della solidarietà con le esigenze proprie della procedura concorsuale, talora anche con rilevanti deroghe (cfr. artt. 61, c. 1, ult. parte, e 63 L.F.).

Si pensi, ad esempio, al diritto del creditore di non ridurre l'importo del credito insinuato al fallimento, nonostante gli adempimenti parziali *medio tempore* ricevuti (art. 61 L.F.). Tale previsione costituisce una palese deroga all'opponibilità al creditore dell'eccezione

² *Bonsignori*, in Tr. Galgano, IX, 1986, 407 ss.; *Ferro/Di Corrado*, 680; *AA.VV.*, Diritto fallimentare. Manuale breve, 2008, 295; *Maffei Alberti/Ferrari*, 297; *Nigro-Sandulli-Santoro/Coppola*, 868; *Rosapepe*, in Tr. Buonocore-Bassi, II, 2010, 322 ss.

³ *Fasoli A.*, Obbligazioni Solidali e Fall. Profili applicativi del diritto di regresso, 2011, p. 24.

di adempimento parziale di cui all'art. 1292 c.c., la quale non consente al creditore di percepire da un coobbligato (fallito) un importo pari all'ammontare originario del credito.

La disciplina appena descritta è indubbiamente volta a riconoscere al creditore un'utilità dalla partecipazione alla procedura⁴, ma ciò non deve far ritenere che il legislatore abbia voluto creare nel fallimento un assetto eccezionale, in quanto il principio cardine di tutela del creditore non può certo dirsi derogato⁵.

Se, invero, al creditore - in via ordinaria - è data la possibilità di scegliere il debitore da escutere, nell'ambito del fallimento, il creditore riceve invece una tutela maggiore, essendo già svantaggiato dalla falcidia fallimentare.

In altri termini, il sistema fallimentare enuclea una forma rafforzata di tutela alle ragioni creditorie senza perdere la sua singolarità.

*

⁴ Fasoli A., op. cit., p. 25

⁵ Bonfatti, Il coobbligato del fallito nel fallimento. Quaderni di giurisprudenza commerciale n. 104, Milano, 1989, p. 4 e pp. 213 e ss.; *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, cioè quella di riconoscere una protezione speciale al coobbligato solidale del fallito.

2. Applicabilità degli artt. 1955 e 1957 c.c. al fallimento.

Una questione particolarmente dibattuta concerne l'applicabilità degli artt. 1955 e 1957 c.c.⁶ in campo fallimentare, per il caso in cui il creditore garantito abbia ommesso d'insinuarsi al passivo, o comunque abbia rinunciato a veder collocata la sua pretesa sul ricavato della liquidazione dell'attivo.

Nello specifico, occorre chiedersi se il fatto del rilevante creditore ai sensi e per gli effetti degli artt. 1955 e 1957 c.c. possa essere costituito dalla mancata partecipazione al concorso del debitore principale fallito.

Secondo la giurisprudenza dominante, il fatto del creditore - rilevante ai fini della liberazione del fideiussore - deve consistere in una violazione di un dovere giuridico imposto dalla legge o nascente dal contratto ed integrare un fatto quanto meno colposo, dal quale derivi per il debitore un pregiudizio giuridico, e non solo economico.

Il comportamento del creditore, dunque, deve concretarsi nella perdita del diritto (di surrogazione *ex art. 1949 c.c.*, o di regresso *ex art. 1950 c.c.*), e non già nella mera difficoltà di attuarlo (così Cass. Civ., sez.

⁶ L'art. 1955 c.c. 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, mentre l'art. 1957 c.c. 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.

1, 5 dicembre 2008, n. 28838; Cass. Civ., sez. 3, 3 maggio 2011, n. 9695 e 21 settembre 2011, n. 19736).

Alla luce di queste considerazioni, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria concludono per l'impossibilità di applicare l'art. 1955 c.c. in campo fallimentare, in quanto l'omessa insinuazione al passivo o la rinuncia a veder collocata la propria pretesa sul ricavato dalla liquidazione dell'attivo sono comportamenti dipendenti unicamente dalla volontà del creditore - di cui quindi quest'ultimo non può dirsi nemmeno onerato - ma non integrano "fatti colposi a lui imputabili" di cui alla norma in esame⁷.

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 si discuta di mere facoltà in capo al creditore comune: nessun dovere giuridico impone al creditore di azionare giudizialmente la propria pretesa nelle forme dell'esecuzione concorsuale fallimentare.

Ai fini dell'esclusione dell'applicabilità dell'art. 1955 c.c. la giurisprudenza ritiene, altresì, che non integri pregiudizio giuridico il venir meno di uno dei due strumenti che la legge riserva a tutela del fideiussore.

Se la mancata partecipazione al concorso del debitore principale fallito impedisce al fideiussore di surrogarglisi, costui conserva intatta la possibilità di esercitare

⁷ Cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, 4.01.2010.

il regresso, ovvero uno strumento munito della medesima funzione recuperatoria della surrogazione⁸. L'atteggiamento del creditore gli causerà pertanto un pregiudizio solo economico e non già giuridico.

*

3. ...segue.

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 dalla scadenza dell'obbligazione principale, il creditore non proponga domanda di ammissione al passivo del debitore principale⁹.

L'applicabilità dell'articolo in parola è dubbia alla luce dell'orientamento giurisprudenziale per il quale la decadenza dal diritto a far valere la garanzia è esclusa dalla semplice escussione del fideiussore, entro i termini stabiliti¹⁰ (ad esempio, con una intimazione di pagamento).

Si deve, quindi, concludere che la omessa partecipazione del creditore al concorso

⁸ Fasoli A., op. cit., p. 81.

⁹ Cass., 17 luglio 2009 n. 16807 in Rep. Foro it., 2009, voce fideiussione e mandato di credito [3070], n. 33:

¹⁰ 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".

sul patrimonio del debitore principale fallito non produca alcuna liberazione del fideiussore, relativamente alle somme già pagate, le quali dunque non possono essere ripetute dal creditore.

Sebbene la giurisprudenza (soprattutto di legittimità) sia compatta sotto questo profilo, appare in ogni caso opportuno, a tutela delle ragioni creditorie, depositare istanza di ammissione al passivo del fallimento del debitore principale, principalmente per porsi al riparo da possibili azioni strumentali da parte dei fideiussori.

Avv. Beatrice Grano
Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Sede di Roma

Il presente documento non costituisce un parere ed è stato redatto ai soli fini informativi dei clienti di M&F. È proprietà di M&F e non può essere divulgato a soggetti differenti dal destinatario, senza una preventiva autorizzazione scritta.