



12816/19

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SESTA SEZIONE CIVILE - 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott.ssa ROSA MARIA DI VIRGILIO - Presidente -

Dott. ANDREA SCALDAFERRI - Consigliere -

Dott.ssa MARIA ACIERNO - Consigliere -

Dott. GUIDO MERCOLINO - Consigliere -

Dott. EDUARDO CAMPESE - Rel. Consigliere -

Oggetto

FALLIMENTO

Ud. 19/02/2019 - CC

R.G.N. 29568/2017

Rom 12816

Rep.

C.O. + C.L.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 29568-2017 proposto da:

BANCA MONTE DEI PASCHI SIENA SPA, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, V. BOSIO 2, presso lo studio dell'avvocato MASSIMO LUCONI, rappresentata e difesa dall'avvocato SAVERIO GIGLIOTTI;

- ricorrente -

contro

FALLIMENTO OLIMPICA COSTRUZIONI SRL;

- intimato -

avverso il decreto n. R.G. 1268/2017 del TRIBUNALE di VICENZA, depositato il 13/11/2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 19/02/2019 dal Consigliere Relatore Dott. EDUARDO CAMPESE.

rel.

18/4

FATTI DI CAUSA

1. Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. (d'ora in avanti indicata, per brevità, semplicemente come Banca) ricorre per cassazione, affidandosi ad un motivo, avverso il decreto del Tribunale di Vicenza del 13 novembre 2017, reiettivo dell'opposizione, *ex art.* 98 l.fall., da essa proposta contro la mancata ammissione al passivo del fallimento Olimpica Costruzioni s.r.l. di € 510.309,96 per diritto di ipoteca concessa dalla fallita sui propri beni a garanzia di un debito altrui. Non ha spiegato difese, in questa sede, la curatela fallimentare.

1.1. In estrema sintesi, quel tribunale, posta la distinzione tra debito e prelazione - nel senso che la verifica dello stato passivo ha ad oggetto il primo, ha come *petitum* l'ammissione al concorso e non può, quindi, che vedere legittimati i creditori del debitore principale; al contrario, la prelazione ipotecaria attiene al riparto ed in quella sede va fatta valere - giustificò la propria decisione invocando la recente giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 2640 del 2016) che esclude che l'ipotecario possa fare domanda di insinuazione al passivo del fallimento del terzo garante non debitore.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il formulato motivo denuncia «Violazione e falsa applicazione delle norme di cui agli artt. 24, 52, 107, 111 e 111-*bis* l.fall.», ed argomenta nel senso che il convincimento giurisprudenziale fatto proprio dal tribunale vicentino, maturato sotto la vigenza della vecchia formulazione dell'art. 52 l.fall. (*ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo V, salvo diverse disposizioni di legge*) merita di essere rivisto alla luce della nuovo testo dell'art. 52, comma 2, l.fall. che precisa, con nettezza, che vanno accertati secondo le norme stabilite dal capo V, salvo diverse disposizioni di legge, ogni credito, anche se munito di diritto di

prelazione o trattato ai sensi dell'art. 111, primo comma, n. 1, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare.

1.1. La descritta doglianza è manifestamente infondata.

1.2. Invero, fin dagli anni sessanta del secolo scorso, ci si è interrogati, in dottrina ed in giurisprudenza, su come vada trattata la posizione di chi sia titolare di un'ipoteca prestata dal soggetto poi fallito a garanzia di un debito altrui. Il garantito gode, infatti, in questo caso, di una prelazione su beni immobili dell'attivo fallimentare, senza tuttavia essere creditore diretto del fallimento.

1.2.1. Si tratta della fattispecie della cd. responsabilità senza debito. Le due categorie sono sconnesse. Da una parte esiste il debito, cioè il dovere di adempimento cui corrisponde il credito (per il quale risponde l'intero patrimonio del debitore ai sensi dell'art. 2740 cod. civ.). Dall'altra, vi è la responsabilità, cioè lo "stato di assoggettamento" di beni determinati del responsabile non debitore che si concretizza a seguito dell'inadempimento dell'obligato e consente al creditore l'azione esecutiva su tali beni specifici, estranei al patrimonio dello stesso debitore inadempiente. Qualora il responsabile - non debitore (nella specie, terzo datore di ipoteca) fallisca, i suoi beni concessi in garanzia sono destinati a soddisfare il creditore garantito, ma quest'ultimo rimane estraneo al rapporto obbligatorio principale: il soggetto garantito non è, cioè, creditore diretto del fallito, dunque non è creditore concorsuale.

1.3. La Suprema Corte, con orientamento consolidatosi (*cf.* Cass. n. 13289 del 2012; Cass. n. 11545 del 2009; Cass. n. 2429 del 2009; Cass. n. 10072 del 2003; Cass. n. 15186 del 2000; Cass. n. 12549 del 2000; Cass. n. 1875 del 1994; Cass. n. 46 del 1970) vigente la legge fallimentare ante riforma di cui al d.lgs. n. 5 del 2006, ha ripetutamente statuito che il mero titolare di prelazione, non essendo creditore

concorsuale, non può divenire creditore concorrente mediante l'ammissione al passivo. La sua posizione non deve essere sottoposta alla verifica ordinaria di cui al Capo V della legge fallimentare ed egli ha, invece, facoltà di intervenire nella ripartizione dell'attivo, per trovare soddisfazione sul ricavato della liquidazione dello specifico bene sul quale insiste la prelazione.

1.3.1. In particolare, si riteneva che l'ammissione al passivo del mero titolare di ipoteca non anche creditore diretto del fallito fosse preclusa dalle seguenti norme: *a)* art. 52 l.fall., sull'apertura del concorso dei "creditori", che prevedeva l'accertamento di "ogni credito, anche se munito di prelazione"; *b)* art. 103 l.fall., che regolava la verifica dei diritti reali sulle sole cose mobili e non anche su quelle immobili, con riferimento alle domande di rivendica, restituzione e separazione; *c)* art. 108, comma 4, l.fall., che imponeva al curatore la notificazione di un estratto dell'ordinanza che dispone la vendita dei beni immobili sia ai "creditori ammessi al passivo con diritto di prelazione" che ai "creditori ipotecari iscritti", categoria quest'ultima che doveva riferirsi proprio al caso di cui si tratta, a conferma della non ammissione al passivo.

1.3.2. Considerata, in ogni caso, la necessità che la posizione del mero garantito venisse in qualche modo "verificata, a tal fine si consentiva al terzo datore l'intervento nella ripartizione dell'attivo, sede nella quale il giudice delegato doveva verificare, non il credito sottostante la garanzia, vantato verso terzi, ma l'esistenza, la validità e l'opponibilità al fallimento del titolo di prelazione con riferimento all'insussistenza di condizioni che rendessero l'ipoteca revocabile o inefficace *ex artt. 64 e 67 l.fall. nonché 2901 cod. civ.*, a tutela della *par condicio creditorum*. In forza del richiamo generale contenuto nell'art. 105 l.fall. alle norme del codice di procedura civile relative al processo di

esecuzione (in quanto compatibili), si riteneva esperibile un intervento analogo a quello regolato dagli artt. 498 e ss. cod. proc. civ., con applicazione degli artt. 602-604 cod. proc. civ. sull'espropriazione contro il terzo proprietario.

1.4. Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2006 (e del decreto correttivo n. 169 del 2007), la giurisprudenza di legittimità (*cf.* Cass. n. 2540 del 2016) ha confermato il proprio già descritto orientamento, all'uopo sostenendo che: *i*) i "diritti reali immobiliari", di cui all'art. 52, comma 2, l.fall. *post* riforma, non possono riferirsi ai diritti reali di garanzia costituiti dal terzo non debitore, in considerazione dell'assenza di un credito diretto verso il fallito; *ii*) ove anche si volesse estendere la nozione di "diritti reali immobiliari", se in sede di ammissione si accertassero i diritti del mero garantito verso il terzo datore di ipoteca fallito, «si dovrebbe introdurre un anomalo contraddittorio con una ulteriore parte, quella corrispondente al debitore garantito proprio dall'ipoteca data dal terzo», il che è da escludere.

1.4.1. Affermazioni affatto analoghe, peraltro, si rinvencono nella più recente Cass. n. 18082 del 2018, anch'essa volta a dare continuità, nel quadro della modificata disposizione di legge richiamata, all'assunto secondo cui il riferimento ai diritti reali, contenuto nel secondo comma («nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V», della disciplina del concorso), che secondo alcuni autori non si riferisce, in generale, ai diritti reali di garanzia, di certo non può riferirsi ai diritti reali di garanzia costituiti dal terzo non debitore (o terzo datore della garanzia), atteso che questi si pongono al di fuori dello stato passivo fallimentare perché il terzo non è creditore diretto del fallito e perché, in ogni caso, ove anche si volesse estendere

la detta disposizione fino a comprendere anche quell'accertamento del diritto verso il terzo datore di garanzia, si dovrebbe introdurre un anomalo contraddittorio con una ulteriore parte, quella corrispondente al debitore garantito proprio dall'ipoteca data dal terzo.

1.4.2. In definitiva, quindi, il mero beneficiario di prelazione ipotecaria non è un creditore concorsuale e, pertanto, i suoi diritti non possono essere accertati nelle forme ordinarie di cui al capo V della legge fallimentare, sicchè la statuizione del tribunale vicentino oggi impugnata è scevra dal vizio ascrittore, né le argomentazioni di cui all'odierno ricorso si rivelano idonee a smentire una siffatta conclusione.

2. Il ricorso, va, dunque, respinto, senza necessità di pronuncia in ordine alle spese di questo giudizio di legittimità, essendo rimasta solo intimata la curatela fallimentare, altresì rilevandosi che sussistono i presupposti per l'applicazione dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dalla legge n. 228 del 2012, art. 1, comma 17.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte rigetta il ricorso.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, giusta il comma 1-*bis* dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sesta sezione civile della Corte Suprema di cassazione, il 19 febbraio 2019.

Il Presidente

Dott.ssa Rosa Maria Di Virgilio

Depositata in Cancelleria

Oggi.

14 MAG. 2019



Il Funzionario Giudiziario
Patrizia...