



2540/16

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Ipoteca.  
Terzo  
datore.  
Fallimento  
del.  
Ammissione  
al passivo,  
Del  
creditore.  
Esclusione.  
Fondamento.

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. ANIELLO NAPPI - Presidente -
- Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO - Consigliere -
- Dott. MAGDA CRISTIANO - Consigliere - R.G.N. 3886/2010
- Dott. FRANCESCO ANTONIO GENOVESE - Rel. Consigliere - Cron. 2540
- Dott. MASSIMO FERRO - Consigliere - Rep. C.I.

ha pronunciato la seguente

Ud. 15/01/2016

**SENTENZA**

PU

sul ricorso 3886-2010 proposto da:

MPS GESTIONE CREDITI BANCA S.P.A. (c.f. 92034880523),  
 non in proprio ma esclusivamente in nome e per conto  
 della BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A.  
 (incorporante la BANCA ANTONIANA POPOLARE VENETA  
 S.P.A.), in persona del legale rappresentante pro  
 tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA  
 BAGLIVI 5-D, presso l'avvocato FEDERICA FELICI,  
 rappresentata e difesa dall'avvocato VILLEADO CRAIA,  
 giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

2016  
80

**contro**

FALLIMENTO A.Z. S.R.L., A.Z. S.R.L.;

**- intimati -**

Nonché da:

FALLIMENTO A.Z. S.R.L. (p.i. 01170750432), in persona del Curatore dott. ANTONELLO BRIGHINDI, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA TACITO 41, presso l'avvocato ADOLFO ZINI, rappresentato e difeso dall'avvocato ARTURO DEL GIUDICE, giusta procura a margine del controricorso e ricorso incidentale condizionato;

**- controricorrente e ricorrente incidentale -**

**contro**

MPS GESTIONE CREDITI BANCA S.P.A., A.Z. S.R.L.;

**- intimata -**

avverso il decreto del TRIBUNALE di FROSINONE, depositato il 24/11/2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 15/01/2016 dal Consigliere Dott. FRANCESCO ANTONIO GENOVESE;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato CRAIA VILLEADO che si riporta;

udito, per il controricorrente e ricorrente incidentale, l'Avvocato DEL GIUDICE ARTURO che si riporta;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. IMMACOLATA ZENO che ha concluso per

l'inammissibilità, in subordine rigetto. Assorbito esame  
incidentale.

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Il Tribunale di Frosinone, con decreto del 24 novembre 2009, ha parzialmente accolto l'opposizione allo stato passivo del **Fallimento A.Z. srl**, proposto dalla **Banca Antoniana Popolare Veneta SpA**, quale società incorporante la **BNA SpA** (e, per essa, ora la **MPS Gestione Crediti Banca SpA**), la quale aveva chiesto - senza successo - al GD della procedura concorsuale di essere ammessa in via ipotecaria, per una somma, e in via chirografaria, per un'altra, in forza della dazione di una ipoteca sui propri immobili, a garanzia di un finanziamento concesso dalla Banca in favore della società **ON srl**, e di una fideiussione prestata da essa in favore di tale ultima società, debitrice della stessa banca e dichiarata, essa pure, fallita.

1.1. La Banca, infatti, all'esito dell'opposizione, è stata ammessa al passivo del fallimento della società garante ma solo per una somma di danaro, in via chirografaria, con esclusione dell'ammissione del credito richiesto in via ipotecaria.

2. Secondo il Tribunale, infatti, l'opposizione relativa al credito privilegiato non era fondata in quanto, la società fallita non era debitrice dell'opponente ma mero suo datore

di ipoteca (le cui pretese avrebbero dovuto essere fatte valere, ai sensi dell'art. 108 LF, in sede di liquidazione dei beni e delle attività fallimentari), restando estraneo al rapporto obbligatorio, anche se responsabile per l'obbligazione altrui.

2.1. Per tale ragione, il credito vantato dalla Banca era escluso dal concorso formale, trovando collocazione solo in via posticipata nella fase di liquidazione del bene gravato, ai sensi dell'art. 26 LF.

3. In ordine alla seconda ragione posta a base dell'opposizione, invece, il Tribunale ha rilevato la fondatezza della stessa con riguardo alla richiesta di ammissione del credito della Banca, in base alla fideiussione con la quale la fallita aveva garantito «*tutti i debiti dell'ON srl*».

3.1. Secondo il Tribunale, non vi era la prova - diversamente da quanto sostenuto dalla Curatela - circa l'avvenuta novazione della garanzia fideiussoria con quella reale, ben potendosi offrire in concorso sia l'una che l'altra.

3.2. In linea quantitativa, il credito chirografario, esclusa l'ammissione *per relationem* allo stato passivo del fallimento del debitore principale (ON srl), andava ammesso solo nella parte comprovata dal contratto di mutuo (e



dall'atto di erogazione e di quietanza), mentre andava escluso in rapporto al mero documento costituito dal saldo passivo del conto corrente bancario, senza che fosse stata data la dimostrazione dei movimenti conducenti a quel risultato finale.

5. Avverso tale decreto ha proposto ricorso principale per cassazione **MPS Gestione Crediti Banca SpA**, con quattro motivi, illustrati anche con memoria.

6. La Curatela resiste con controricorso e propone ricorso per cassazione condizionato affidato ad un unico mezzo.

#### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. Con il **primo** mezzo di impugnazione principale (violazione e falsa applicazione degli artt. 24, 52, 107, 111 e 111-bis LF), la ricorrente ha posto a questa Corte il seguente quesito di diritto:

*-« se le norme indicate dispongano che l'accertamento del titolo di prelazione, ancorché in ipotesi riferito a ipoteca concessa dal fallito quale terzo datore, sia soggetto o meno alle disposizioni di cui al capo V della LF».*

1.1. Anzitutto il Tribunale avrebbe errato a non tener conto che il precedente di legittimità ad esso conforme (Cass. n. 2429 del 2009) avrebbe definito una controversia insorta prima della riforma della legge fallimentare.



1.2. Secondo la ricorrente, infatti, nel mutato quadro normativo, costituito dagli artt. 24, 52, 111 e 111-bis LF, e del tenore formale dell'art. 52, in particolare, in base al principio di esclusività, ogni pretesa di carattere patrimoniale deve essere accertata con le forme previste per la formazione dello stato passivo (e deve essere inclusa in quest'ultimo), ivi incluse le azioni di accertamento o costitutive. Con il conseguente obbligo di verifica delle garanzie vantate dai terzi sui beni del fallito per debiti altrui.

2. Con il **secondo** motivo (violazione e falsa applicazione degli artt. 24, 52, 193, 96, 111 e 111-bis LF e del principio di accessorietà delle garanzie rispetto al credito), la ha posto a questa Corte il seguente quesito di diritto:

*-« se le norme indicate dispongano che l'accertamento del titolo di prelazione, sul bene acquisito alla massa attiva ed accessoria ad un credito ammesso, debba essere accertato nel contesto della verifica unitamente al credito garantito e in subordine se tale accertamento si renda necessario anche in caso di credito ammesso al passivo per la fideiussione prestata dal fallito, ed in relazione ad ipoteca dallo stesso concessa nella veste di terzo datore».*

2.1. Secondo la Banca ricorrente, in base al principio di accessorietà delle garanzie rispetto al credito,

l'accertamento della posizione di vantaggio del creditore non potrebbe trovare una collocazione diversa sotto il profilo delle garanzie da cui esso è assistito, specie quando il bene immobile - come nella specie - sia gravato da ipoteca ed acquisito alla massa attiva fallimentare.

3. Con il **terzo** mezzo di impugnazione principale (omessa e/o contraddittoria motivazione su un aspetto decisivo per la definizione della controversia, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c.), la ricorrente ha contestato contraddittorietà della motivazione in quanto qualifica come «debito altrui» quello garantito dall'ipoteca concessa dalla fallita a garanzia del debito della ON srl e, poi, riconosce quello stesso debito come garantito in via personale dalla stessa società insolvente.

3.1. Secondo la Banca, invece, gli effetti della riconosciuta fideiussione e del debito conseguente comporterebbero che, per lo stesso debito, del quale la società garante sarebbe divenuta debitrice, si sovrapporrebbe a quello della garanzia reale per funzione ed effetti, rispondendo al soddisfacimento di un interesse unitario e complessivo dei contraenti, come in una sorta di procedura a catena.

4. Con il **quarto** mezzo (omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione su un aspetto decisivo per la definizione della controversia, in relazione all'art. 360,

primo comma, n. 5, c.p.c.), la ricorrente ha contestato il mancato esame di alcuni documenti richiamati nell'atto pubblico di mutuo e di concessione dell'ipoteca, dai quali emergerebbe che la detta concessione (della garanzia reale) costituirebbe l'espressione e l'attuazione della fideiussione, secondo una vicenda negoziale caratterizzata dal collegamento funzionale delle due garanzie.

4.1. Il Tribunale avrebbe errato dandò una lettura formale e frazionata degli atti, non ravvisando - come avrebbe dovuto - la concessione della garanzia reale come esecuzione di quella personale.

\*

5. Con l'unico mezzo del ricorso incidentale condizionato (violazione degli artt. 95, comma 2°, LF e 112 c.p.c.) la Curatela fallimentare lamenta il mancato accoglimento della propria eccezione, costituita dall'inammissibilità dell'opposizione per non avere la Banca presentato osservazioni al progetto di stato passivo predisposto dal curatore, anche in riferimento all'esistenza della reclamata fideiussione, in violazione della disposizione riportata in rubrica.

\*



6. Il ricorso è infondato e deve essere respinto, per le ragioni che si riportano di seguito.

7. Con riferimento al primo mezzo, al relativo quesito di diritto occorre rispondere negativamente, sia pure con le precisazioni che seguono.

6.1. Infatti, come ben sa il ricorrente, alla questione sottoposta all'esame della Corte, era stata già data risposta negativa sotto il vigore della previgente legge fallimentare (Cass. Sez. 1, Sentenze nn. 11545 e 2429 del 2009), con l'affermazione del principio di diritto secondo cui «I titolari di diritti di prelazione (nella specie, d'ipoteca) su beni immobili compresi nel fallimento, e già costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, non possono avvalersi del procedimento di verifica di cui all'art. 52 legge fall., il quale non sottopone a concorso la posizione soggettiva del terzo, che non è creditore diretto del fallito; né è configurabile un'ammissione atipica al passivo, che sia circoscritta ai soli beni oggetto della predetta garanzia, valendo per la loro realizzazione in sede esecutiva, in virtù del richiamo di cui all'art. 105 legge fall., le modalità di cui agli artt. 602-604 cod. proc. civ. in tema di espropriazione contro il terzo proprietario.».

6.2. A tale principio, tuttavia, deve darsi continuità anche nel quadro della modificata disposizione di legge richiamata, atteso che 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 ipoteca, si dovrebbe introdurre un anomalo contraddittorio con una ulteriore parte, quella corrispondente al debitore garantito proprio dall'ipoteca data dal terzo.

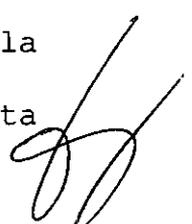
6.3. Il mezzo deve essere, pertanto, respinto in base al seguente principio di diritto:



In tema di garanzie costituite dal terzo, imprenditore dichiarato fallito dopo la costituzione della garanzia a vantaggio del creditore non proprio, anche dopo la novella del II comma dell'art. 52 legge fall., introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2006, i creditori titolari di un diritto di ipoteca sui beni immobili compresi nel fallimento, costituiti in garanzia dei crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, non possono avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo, di cui al capo V della

legge fallimentare, in quanto il terzo non è creditore diretto del fallito e l'accertamento dei suoi diritti non può essere sottoposto alle regole del concorso, senza che sia instaurato il contraddittorio con la parte che si assume essere sua debitrice, dovendosi essi avvalere, per la realizzazione dei loro diritti in sede esecutiva, delle modalità di cui agli artt. 602-604 cod. proc. civ. in tema di espropriazione contro il terzo proprietario

7. Il secondo, il terzo ed il quarto motivo, tra di loro strettamente connessi, vanno trattati congiuntamente poiché non si limitano a denunciare gli stessi errori indicati con il primo ma aggiungono al tema già esaminato, in linea generale ed astratta, una peculiarità del caso, costituito dal fatto che la società fallita, in concreto, avrebbe rafforzato la sua funzione di garante verso la società debitrice principale, aggiungendo alla fideiussione anche la garanzia ipotecaria, sicché la seconda sarebbe stata nient'altro che lo sviluppo della prima.



7.1. Con i detti mezzi di cassazione, peraltro, s'intende pervenire allo stesso risultato non raggiunto attraverso il primo, ma sulla base del seguente passaggio ulteriore logico-giuridico: se si è riconosciuto (ed ammesso al passivo, come ha fatto il giudice dell'opposizione) il credito della Banca nascente dalla garanzia fideiussoria, data dal terzo garante alla creditrice, si chiede che

l'obbligazione fideiussoria, propria del terzo garante, sia riconosciuta come la stessa garantita dall'ipoteca, in base al principio di accessorietà ed alle caratteristiche proprie del negozio sottostante al complessivo rapporto unitario di garanzia.

7.2. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, si assume che la garanzia ipotecaria sia stata data in continuità con la garanzia fideiussoria, per il debito principale, ma il giudice di merito avrebbe, attraverso una non corretta la lettura dei documenti costitutivi del rapporto, escluso l'unicità della garanzia.

8. I mezzi, esaminati nel loro complesso, sono infondati, atteso che essi non fanno rispettosa applicazione del principio di diritto, elaborato da questa Corte, ed espresso nella massima a tenore della quale: « *La disciplina vigente in tema di garanzie del credito non esclude l'ammissibilità del concorso di una garanzia personale con una garanzia reale rispetto al medesimo credito; pertanto, l'eventuale costituzione di pegno, in linea astratta, non fa venire meno la garanzia fideiussoria eventualmente già assunta a favore dello stesso creditore e per il medesimo credito.*» (Sez. 3, Sentenza n. 15406 del 2004 e, negli stessi termini, con riferimento alla garanzia ipotecaria, la Sent. n. 4033 del 1999).



8.1. Il giudice di merito ha fatto applicazione di tale principio, riconoscendo la duplicità del rapporto di garanzia (quello personale e quello reale) e la loro autonoma coesistenza, senza che la seconda possa avere assorbito la prima sol perché il credito garantito era uno solo.

8.2. A tale valutazione, frutto di un apprezzamento di merito, peraltro in linea con il principio menzionato, il giudice è pervenuto attraverso l'esame condotto sulla base negoziale del rapporto di garanzia, oggetto di un'adeguata, anche se sintetica, motivazione (immune, oltre che da vizi giuridici, come si è detto, anche da quelli logici) che, pertanto, in questa sede, non può formare oggetto di riesame.

\*

9. Il ricorso incidentale condizionato, espressamente subordinato all'accoglimento del principale, resta assorbito.

\*

10. In conclusione, il ricorso principale, è infondato e deve essere respinto, con assorbimento dell'incidentale condizionato; le spese, liquidate come in dispositivo, vanno poste a carico del ricorrente soccombente.

PQM



Respinge il ricorso principale, assorbito l'incidentale condizionato, e condanna il ricorrente principale al pagamento delle spese che liquida in complessivi € 9.200,00, di cui € 200,00 per esborsi, oltre alle spese generali forfettarie e agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della 1ª sezione civile della Corte di cassazione, il 15 gennaio 2016, dai magistrati sopra indicati.

Il Consigliere Estensore

Francesco Antonio Genovese



Il Presidente

Aniello Nappi

