



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
**PRIMA SEZIONE CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

Dott. Francesco Antonio Genovese    Presidente  
Dott. Andrea Zuliani                    Consigliere  
Dott. Luigi Abete                        Consigliere  
Dott. Cosmo Crolla                      Consigliere  
Dott. Roberto Amatore                Consigliere - Rel.

diritto ritenzione  
spedizioniere;  
privilegio ex artt.  
2761 e 2756 c.c.;  
accertamento credito  
del terzo;

Ud. 10/5/2022 CC

Cron.

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

sul ricorso n. 10453-2016 r.g. proposto da:

FALLIMENTO della MERCANTILE ACCIAI s.p.a. (cod. fisc. 05893911213), in persona dei curatori fallimentari dott. Ugo Mangia, Dott.ssa Stefania Esposito e Avv. Livio Persico, rappresentato e difeso, giusta procura speciale apposta in calce al ricorso, dall'Avvocato Aurelio Marino, con cui elettivamente domicilia in Roma, Piazza della Libertà n. 10, presso lo studio dell'Avvocato Francesca Colombaroni.

- **ricorrente** -

**contro**

SEAWAY s.r.l. (cod. fisc. p. Iva 07645000154), in persona del legale rappresentante *pro tempore* Gian Pietro Alberti, rappresentata e difesa, giusta procura speciale apposta in calce al controricorso, dagli Avvocati Pietro Rocchi e Alessandro Nobiloni, con i quali elettivamente domicilia in Roma, alla Via G. Nicotera n. 29, presso lo studio dell'Avvocato Nobiloni.

- **controricorrente** -



avverso il decreto del Tribunale di Napoli, depositato in data 21.3.2016;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 10/5/2022 dal Consigliere dott. Roberto Amatore;

### **RILEVATO CHE**

1.La SEAWAY s.r.l. depositò istanza ex art. 101 l. fall., chiedendo l'ammissione al passivo, in via chirografaria, per l'importo di euro 30.958,16, sulla base di un atto di ricognizione di debito della MERCANTILE ACCIAI s.p.a., per l'importo di euro 94.827,98, in via privilegiata ex art. 2761 cod. civ., quale credito originariamente sorto nei confronti della società PM PROFILE METAL S.A., quale depositante dei confronti della SEAWAY s.r.l. di una partita di merce, divenuta di proprietà della MERCANTILE ACCIAI s.p.a. e sulla quale la SEAWAY s.r.l. aveva esercitato diritto di ritenzione, e per l'importo di euro 59.985,88, in via prededuttiva ex art. 111 bis l. fall., in relazione alle spese e competenze maturate per il mantenimento, nel magazzino coperto, della "banda stagnata" inventariata dalla curatela ed acquisita all'attivo fallimentare.

2. Il G.d. rigettò parzialmente la domanda, ammettendo al passivo solo l'importo di euro 30.958,16 in chirografo.

Proposta opposizione ex art. 98 e 99 l. fall. da parte della SEAWAY s.r.l. nei confronti del FALLIMENTO della MERCANTILE ACCIAI s.p.a. avverso il predetto provvedimento del g.d., con il decreto qui di nuovo impugnato il Tribunale di Napoli ha parzialmente accolto l'impugnazione così presentata, ammettendo l'istante "a partecipare al riparto del ricavato della vendita delle merci inventariate dalla curatela fallimentare in data 1.2.2013, fino alla concorrenza del credito privilegiato ai sensi dell'art. 2761 cod. civ. di euro 94.827,98".

Il Tribunale – per quanto qui ancora rileva – ha osservato che il credito richiesto con il privilegio mobiliare speciale di cui all'art. 2761 cod. civ. risultava sorto nei confronti della PM PROFILE METAL S.A., quale mandante e depositante della partita di merce sulla quale era stata successivamente esercitata la ritenzione, sulla base della ingiunzione di pagamento per le prestazioni rese in esecuzione del contratto di mandato, essendo così



qualificato il contratto di spedizione dall'art. 1737 cod. civ. ed essendo a tale categoria contrattuale riconducibile l'incarico conferito alla SEAWAY s.r.l. di curare "tutti i servizi necessari al perfezionamento dell'importazione di merci in Italia, dallo scarico delle stesse merci dalle navi fino alla riconsegna ai destinatari finali"; ha evidenziato che tale conclusione era ricavabile dall'esame del complesso della documentazione prodotta dalla società opponente ed in particolare dal ricorso monitorio presentato nei confronti della PM PROFILE METAL S.A. (nel quale aveva dedotto di aver svolto attività di spedizioniere), dalla sentenza n. 115/14 del Tribunale di Vicenza (resa in sede di accoglimento dell'opposizione presentata dalla SEAWAY s.r.l. al D.I. di consegna ottenuto nei confronti da altra e diversa società, la Comesa S.A., avente ad oggetto la medesima partita di merce sulla quale l'istante aveva esercitato il diritto di ritenzione); ha dunque evidenziato che dall'esame della predetta documentazione era emersa la fondatezza dell'eccezione sollevata dalla curatela secondo la quale il credito di cui la società istante aveva chiesto l'ammissione al passivo riguardava in realtà altro soggetto come debitore della relativa prestazione pecuniaria, e cioè la società PM PROFILE METAL S.A., e che anche il diritto di ritenzione esercitato dalla società opponente SEAWAY s.r.l. riguardava in realtà le merci poi trasferite alla MERCANTILE ACCIAI s.p.a., allorquando era ancora *in bonis*; ha inoltre osservato – quanto "alla problematica della necessità o meno per il soggetto titolare di crediti verso terzi, garantiti su beni di proprietà o nel possesso dell'imprenditore fallito, di insinuarsi al passivo del fallimento del terzo titolare del bene oggetto di prelazione" – che, nel caso più frequente della casistica giudiziaria riguardante il soggetto titolare di un credito garantito da ipoteca concessa dall'imprenditore fallito, quale terzo datore (nel quale non si individua una posizione propriamente di debito del fallito da ammettere al passivo in quanto la ragione di credito riguarda un soggetto estraneo al fallimento sebbene garantito da beni acquisiti all'attivo fallimentare) – la soluzione propugnata dalla giurisprudenza maggioritaria esclude la possibilità del ricorso al procedimento di verifica in quanto la legge fallimentare, nell'art. 52, sottopone ogni credito a concorso solo se il fallito si identifichi con il debitore (mentre nel caso di specie il fallito risultava estraneo al rapporto



obbligatorio), concludendosi nel senso che i predetti crediti, anche se esclusi dal concorso formale, risultano tuttavia assoggettabili a verifica, ai sensi dell'art. 108, ultimo comma, l. fall., nella fase posticipata della liquidazione del bene gravato, rappresentando il titolo che costituisce la prelazione una passività di cui il patrimonio del fallito deve essere depurato prima della ripartizione del ricavato ai creditori concorsuali, sempre che la sua validità ed attualità, oltre che l'opponibilità alla massa, non siano state contestate dal curatore con apposite azioni; ha dunque evidenziato che funzionale a tale meccanismo procedurale era la previa notifica da parte del curatore dell'ordinanza di vendita ai creditori privilegiati, prevista dall'art. 107, 3 comma, l. fall.; ha osservato che la medesima soluzione non era praticabile per la diversa fattispecie dei beni mobili gravati da prelazione a tutela di debiti di terzi posto che l'assenza di un regime di pubblicità di tali beni preclude la possibilità di estendere la previsione della necessità della previa notifica del provvedimento che dispone la vendita ai titolari dei crediti aventi prelazione sugli stessi, invece predicabile nelle ipotesi di immobili ovvero mobili registrati, con la conseguenza che non risulta applicabile la soluzione secondo la quale, anche in tal caso, il diritto debba essere fatto valere esclusivamente in sede di riparto del ricavato della vendita, secondo lo schema delineato dall'art. 108, ult. comma, l. fall. e sopra descritto, se tale diritto non sia stato previamente accertato invece nella sede della verifica del passivo; ha dunque concluso nel senso che, sulla scorta del principio dell'unicità del procedimento di accertamento del passivo fallimentare, quale si ricava dall'art. 92 l. fall., può sostenersi che anche i titolari di privilegi su beni mobili compresi nel fallimento, vincolati a garanzia di crediti vantati verso terzi diversi dal fallito, debbano soggiacere all'accertamento del passivo per partecipare al concorso posto che i loro crediti debbono essere soddisfatti prima del riparto fallimentare; ha rilevato che anche i titolari di diritti reali e personali, distinti da diritti di credito, aventi ad oggetto beni mobili ovvero immobili compresi nel fallimento, devono presentare domanda di "accertamento" - in sede di progetto di stato passivo - del loro diritto, dovendo ricevere l'avviso di cui all'art. 92 l. fall., in modo tale che, seppur non ammessi a partecipare al concorso formale dei creditori (in quanto non titolari di diritti di credito nei



confronti del fallito), possano partecipare al concorso sostanziale, nel ricavato della vendita del bene oggetto del proprio diritto reale e personale; ha rilevato che, stante il carattere generale del procedimento di accertamento del passivo e l'efficacia endofallimentare delle relative decisioni, occorresse procedere già in sede di accertamento del passivo al più limitato accertamento del "diritto dell'opponente, titolare del privilegio speciale, di partecipare al riparto sul ricavato della vendita del bene oggetto del suo diritto di prelazione", dovendosi ritenere che la necessità di accertare il diritto di prelazione comporta il controllo, in sede di verifica e di opposizione allo stato passivo, sull'esistenza della prelazione, in relazione a tutti gli aspetti che rilevano nella procedura concorsuale, ossia sulla sua validità ed attualità, e cioè sulla regolarità formale del suo titolo fondante; ha da ultimo evidenziato che tale soluzione sarebbe anche in linea con il consolidato principio secondo cui le osservazioni al progetto di riparto (ex art. 110, 3 comma, l. fall.) devono essere limitate alle graduazioni dei vari crediti e all'ammontare della somma distribuita, con esclusione di qualsiasi questione relativa all'esistenza, qualità e quantità dei crediti e dei privilegi che devono invece essere discusse in sede di procedimento di verifica dello stato passivo; ha dunque esaminato il merito della pretesa, osservando che: i) il privilegio speciale di cui all'art. 2761 cod. civ. opera per le cose che, per effetto del trasporto, si trovano ancora presso il vettore in quanto direttamente o indirettamente dallo stesso detenute; ii) la SEAWAY s.r.l., pur avendo esercitato il diritto di ritenzione sulla banda stagnata in virtù del contratto di spedizione intercorso con PM PROFILE METAL S.A., ha consentito, sopravvenuto il fallimento della MERCANTILE ACCIAI s.p.a. (alla quale la società mandante aveva nelle more trasferito la merce), di inventariare i beni, mettendoli dunque a disposizione della curatela; iii) dalla lettura del verbale di inventario si evince che in tale sede il Penati, intervenuto per conto della Seaway, aveva dichiarato espressamente che, in relazione alla partita di merce, quest'ultima società aveva esercitato e continuava ad esercitare il diritto di ritenzione in forza del credito privilegiato di cui all'art. 2761 cod. civ.; iv) in base al principio della cristallizzazione dei crediti nonché dei diritti reali e personali vantati nei confronti del fallito, ciò che rilevava, ai fini del riconoscimento del privilegio previsto dal predetto art.



2671, era la circostanza che ne sussistessero i presupposti all'atto del fallimento, a prescindere dalla successiva acquisizione dei beni con l'inventariazione da parte della curatela che non poteva certo valere a escludere un privilegio speciale del quale, alla data del fallimento, si era già verificata la causa; v) tale conclusione era avvalorata, oltre che dal medesimo meccanismo procedurale dettato dall'art. 53 l. fall., anche dalla circostanza che, nel caso di specie, la detenzione dei beni oggetto di prelazione era stata mantenuta dalla stessa curatela fallimentare che aveva affidato tali beni in custodia alla società SEAWAY s.r.l.

2. Il decreto, pubblicato il 21.3.2016, è stata impugnata dal FALLIMENTO della MERCANTILE ACCIAI s.p.a. con ricorso per cassazione, affidato a tre motivi, cui la SEAWAY s.r.l. ha resistito con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

### **CONSIDERATO CHE**

1. Con il primo motivo il ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., violazione e falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ. sul rilievo che il Tribunale avrebbe pronunciato oltre i limiti della domanda. Evidenzia il fallimento che la situazione giuridica soggettiva che il creditore non del fallito ha interesse a far accertare nei confronti della massa non è rappresentato dal diritto di credito – che egli vanta nei confronti di un terzo – ma solo il diritto di sottrarre al concorso degli altri creditori il ricavato dei beni assoggettati alla sua garanzia nei limiti del credito per cui esiste la garanzia reale o il privilegio speciale. Osserva ancora il ricorrente che, stante l'apprensione all'attivo fallimentare dei beni mobili oggetto del dedotto privilegio, la pretesa del creditore SEAWAY s.r.l. avrebbe dovuto essere fatta valere con le forme dell'insinuazione, similmente tuttavia a quanto previsto dall'art. 103 l. fall. Evidenzia ancora il ricorrente che il novellato art. 52 l. fall. pone la regola del concorso formale e quella dell'esclusività della verifica endofallimentare anche per le pretese di natura sostanziale (diritti reali e personali) sottese alle domande di rivendicazione e di restituzione nelle quali sono da comprendersi anche quelle di separazioni relative a beni mobili ed immobili. Osserva ancora il fallimento che la SEAWAY s.r.l. errò tuttavia nel



formulare la domanda chiedendo "di essere ammessa al passivo del fallimento menzionato ai sensi dell'art. 101 l.f.: ... in via privilegiata ex art. 2761 cod. civ. per l'importo di euro 94.827,98 oltre interessi maturati ex artt. 5 e 6 Decreto legislativo n. 231/2002 ..." ed altresì rappresentando che si trattava di "credito ... originariamente sorto nei confronti della PM Profile Metal S.A.". Rileva pertanto il ricorrente che, stante il sopra riferito contenuto della domanda, il Tribunale avrebbe dovuto accertare l'esistenza ovvero l'inesistenza verso la MERCANTILE ACCIAI s.p.a. del credito "originariamente" sorto nei confronti della PM PROFILE METAL S.A. e poi ingiustamente rivolto verso l'impresa fallita con la domanda di insinuazione al passivo. Evidenzia ancora il fallimento che, una volta accertato dal Tribunale che la SEAWAY s.r.l. non vantava alcuna ragione di credito nei confronti della MERCANTILE ACCIAI s.p.a., ma unicamente nei confronti della società di diritto elvetico PM PROFILE METAL S.A., lo stesso Tribunale avrebbe dovuto arrestare a ciò la disamina dell'opposizione non essendovi altro su cui decidere con riferimento al credito privilegiato. Contrariamente – aggiunge il fallimento ricorrente – il decreto impugnato ha avuto un contenuto più ampio, posto che il Tribunale ha sì rifiutato la prospettiva dell'opponente ma ciò nonostante, dopo aver respinto l'insinuazione del credito, si sarebbe spinto oltre ammettendo la SEAWAY s.r.l. "a partecipare al riparto del ricavato della vendita delle merci inventariate dalla curatela fallimentare in data 1.2.2013, fino alla concorrenza del credito privilegiato ai sensi dell'art. 2761 cod. civ. di euro 94.827,98". Evidenzia tuttavia il fallimento che la domanda ex art. 101 l. fall. era caratterizzata da una diversa *causa petendi* (diritto di credito verso la fallita) e da un diverso *petitum* (iscrizione del credito pecuniario al passivo privilegiato), con ciò determinandosi la lamentata violazione dell'art. 112 cod. proc. civ.

1.1 Il motivo è fondato, con le precisazioni che seguono.

Risulta fondata l'eccezione di ultrapetizione sollevata dal fallimento ricorrente posto che risultano circostanze documentate (e neanche contestate) quelle secondo cui, per un verso, il creditore istante SEAWAY s.r.l. aveva richiesto nella sua domanda di ammissione al passivo avanzata ex art. 101 l. fall. l'accertamento dell'esistenza di un credito privilegiato ex art. 2761 cod. civ.





nei confronti della società fallita in concorso con gli altri creditori e, per altro verso, il Tribunale, pur accertando l'inesistenza del predetto diritto di credito nascente dall'esecuzione del contratto di spedizione nei confronti di MERCANTILE ACCIAI s.p.a. (perché credito sorto nei confronti della società terza PM PROFILE METAL S.A.), ha tuttavia accertato, come già sopra rilevato, il diritto della società istante "a partecipare al riparto del ricavato della vendita delle merci inventariate dalla curatela fallimentare in data 1.2.2013, fino alla concorrenza del credito privilegiato ai sensi dell'art. 2761 cod. civ. di euro 94.827,98".

1.2 Orbene, non vi è dubbio che si tratti (quella avanzata e quella poi effettivamente accolta dal Tribunale) di due domande diverse, aventi *petita* e *causae petendi* diverse, perché l'una diretta ad accertare l'esistenza e l'opponibilità di un credito privilegiato in concorso con gli altri creditori della fallita e l'altra invece volta ad accertare l'esistenza di un diritto di credito verso un soggetto terzo rispetto all'impresa fallita e del diritto di garanzia reale e personale sul bene mobile o immobile appreso all'attivo fallimentare, al solo scopo di consentire al creditore prelazionario di partecipare al ricavato della vendita del bene oggetto di garanzia prima degli altri creditori concorsuali, e cioè prima della depurazione del bene appreso dal fallimento dei diritti di garanzia vantati dall'istante sulla base del titolo prelazionario. Orbene, il Tribunale ha accolto questa seconda domanda che tuttavia non era stata avanzata dalla società controricorrente e che neanche può essere ritenuta implicitamente contenuta nella prima delle due domande sopra descritte, stante la sopra rilevata diversità del *petitum* e della *causa petendi* delle stesse.

Ne consegue la fondatezza della denunciata ultrapetizione.

1.3 La SEAWAY s.r.l. aveva infatti domandato l'ammissione al passivo di un credito pecuniario nei confronti del quale – per lo stesso accertamento eseguito dal Tribunale partenopeo – la società poi dichiarata fallita non era debitrice per essere lo stesso riferibile alla diversa società PM PROFILE METAL S.A., quale mandante del rapporto contrattuale di spedizione intercorso con la SEAWAY s.r.l., di talchè la predetta domanda avrebbe dovuto essere coerentemente respinta per inesistenza del credito nei confronti della fallita





posto che nei confronti di quest'ultima la società istante SEAWAY S.P.A. era titolare di uno "ius praelationis" e non già di un diritto di credito. Con la conseguenza che il Tribunale se, da un lato, ha correttamente, in conseguenza dell'esame dei titoli contrattuali esibiti dall'opponente, rigettato la domanda di ammissione al passivo del descritto credito pecuniario, dall'altro, non altrettanto correttamente, ha accolto una domanda mai proposta dalla società opponente, affermando il diritto dell'opponente a partecipare al riparto del ricavato delle merci inventariate fino alla concorrenza del credito privilegiato, ai sensi dell'art. 2761 cod. civ., di euro 94.827,98.

Ne consegue che il *decisum* risulta conforme a chi non è creditore dell'impresa fallita, ma vanta diversamente una garanzia reale o un privilegio su un bene compreso nel fallimento. Del resto, non è dubitabile che la prelazione richiesta dall'opponente era stata domandata in relazione ad un credito prospettato come esistente verso la fallita ed invece esistente (per come accertato dal Tribunale con statuizione non censurata dalla controricorrente e dunque definitivamente passata in giudicato) verso un terzo (la società PM PROFILE METAL S.A.)

Il motivo di censura, articolato come violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., è dunque fondato.

1.4 A ciò va aggiunto che, sulla scorta della giurisprudenza maggioritaria espressa da questa Corte, il Tribunale di Napoli neanche avrebbe potuto deliberare l'accertamento dell'esistenza del credito verso soggetto terzo rispetto al fallimento al solo scopo di affermare il diritto dell'opponente alla partecipazione al riparto.

Sul punto è utile ricordare che, secondo Cass. n. 18790/2019, i creditori titolari di un diritto di ipoteca o di pegno sui beni compresi nel fallimento costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito non possono, anche dopo la novella introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2006, avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo di cui al capo V della legge fallimentare, in quanto non sono creditori del fallito e non possono proporre domanda di separazione ex art. 103 l.fall., non risultando neanche tra i destinatari dell'avviso del curatore ex artt. 92 e 107, comma 3, l.fall.



Tale orientamento interpretativo si iscrive in un filone giurisprudenziale consolidatosi nel tempo.

Va ricordato, infatti, in termini ricostruttivi, che la Suprema Corte, con orientamento costante (cfr. 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. Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2006 (e del decreto correttivo n. 169 del 2007), la giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. n. 2540 del 2016) ha confermato il predetto orientamento, evidenziando 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. Affermazioni analoghe, peraltro, si rinvencono anche in Cass. n. 27504 del 2017 e, poi, in Cass. n. 18082 del 2018 (in cui la garanzia reale di cui si discuteva era un pegno), 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), 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.

Da tale orientamento si è invece discostata Cass. n. 2657 del 2019, secondo cui le considerazioni giustificative del primo orientamento giurisprudenziale «...hanno perso fondamento a seguito della riforma del 2006, che ha significativamente modificato il testo di tutte le disposizioni sopra richiamate. L'art. 52, secondo comma, non fa più esclusivo riferimento ai crediti, ma affianca ad essi "ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare" quale oggetto dell'accertamento secondo le forme stabilite dal capo V. Correlativamente, l'art. 103 non è più riferito ai soli beni mobili e l'art. 108 non prevede più l'avviso della vendita ai creditori iscritti, mentre l'art. 92 ora prevede, per converso, un avviso anticipato alla fase iniziale della procedura fallimentare rivolto non soltanto ai creditori, ma anche "ai titolari di diritti reali o personali su beni mobili o immobili di proprietà o in possesso del fallito", avviso avente ad oggetto la facoltà di "partecipare al concorso" presentando domanda ai sensi dell'art. 93, ossia domanda di "ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili".

Va tuttavia evidenziato che la recentissima Cass., Sez. VI-1, n. 12816 del 2019 ha nuovamente fatto proprio l'orientamento già espresso da Cass. n. 2540 del 2016, Cass. n. 27504 del 2017 e Cass. n. 18082 del 2018, così rendendo isolato il diverso approccio ermeneutico rappresentato dalla sopra ricordata Cass. 2657 del 2019.

Né a diverse conclusioni può giungersi nell'ipotesi in cui (come nel caso di specie) la garanzia riguardi un bene mobile (merce) appresa all'attivo patrimoniale sul quale insiste il diritto di prelazione (privilegio speciale ex art. 2671 cod. civ.) del creditore istante posto che - anche in assenza dell'avviso di cui all'art. 107, terzo comma, l. fall. (previsto invero per la vendita di "beni immobili e gli altri beni iscritti in pubblici registri") - il creditore prelazionario (nel caso di specie, avvertito dell'intervenuto fallimento tramite l'attività di inventario del curatore e financo detentore dei beni su cui insiste il titolo di



prelazione) ben potrà partecipare all'attività di riparto del ricavato della vendita proprio perché edotto dell'attività di liquidazione dei beni da parte della curatela tramite la comunicazione dell'inventario e l'apprensione materiale dei beni stessi.

1.5 Da ultimo va precisato che il richiamo da parte della società controricorrente al disposto normativo di cui all'art. 53 l. fall. deve ritenersi improprio e fuorviante posto che tale disciplina non riguarda certo la prelazione su un bene del fallito che si riferisca al debito di un terzo (così in motivazione anche Cass. n. 18790/2019, *cit. supra*).

1.6 Se pertanto l'orientamento maggioritario è quello rappresentato da ultimo anche da Cass. 12816/2019, sopra ricordata, e secondo il quale i creditori titolari di un diritto di ipoteca o di pegno sui beni compresi nel fallimento costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito non possono avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo (orientamento dal quale neanche questo Collegio ha ragione di discostarsi), deve allora ritenersi che la cassazione del decreto impugnato per la sopra rilevata ultrapetizione non può che portare, ai sensi dell'art. 384, 2 comma, cod. proc. civ. alla decisione nel merito della causa tramite il rigetto integrale della domanda di ammissione della società SEAWAY s.r.l. al passivo fallimentare della società per il credito di euro 94.827,98, in via privilegiata ex art. 2761 cod. civ., quale credito definitivamente accertato verso soggetto terzo PM PROFILE METAL S.A. e per il quale non è neanche possibile un accertamento in via endoconcorsuale ex art. 92 e seg. l. fall. finalizzato alla partecipazione al ricavato della vendita, al quale invece la società istante avrà diritto di accedere nella diversa e naturale sede del riparto e della distribuzione del ricavato della vendita.

Ne consegue che la società controricorrente avrà la facoltà di intervenire nella ripartizione dell'attivo per trovare soddisfazione sul ricavato della liquidazione della merce sulla quale insiste la prelazione ed il suo diritto di ritenzione.

L'accoglimento del primo motivo con la decisione anche nel merito della causa determina l'assorbimento del secondo e terzo motivo del ricorso, con il quale il fallimento ricorrente aveva impugnato il decreto del Tribunale di Napoli rispettivamente (secondo motivo) per la violazione e falsa applicazione degli



artt. 44, 45 e 52 l. fall., nonché degli artt. 2671 cod. civ., 53 l. fall., 100 cod. proc. civ., 84 l. fall. e 513, sempre codice di rito (sul profilo del riconoscimento della garanzia collegata al privilegio possessorio nonostante la cessazione della ritenzione dopo la cristallizzazione del passivo), e (terzo motivo) per la violazione e falsa applicazione dell'art. 2761 cod. civ. nonché per omesso esame di fatto decisivo (in relazione alla ritenuta idoneità della detenzione esercitata dalla società controricorrente come custode a fondare la ritenzione essenziale per la prelazione ex art. 2761 cod. civ.).

In conclusione, si esprime il seguente principio di diritto:

*"I titolari del diritto di ritenzione su beni mobili compresi nel fallimento, 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., anche dopo la novella introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2006, che non sottopone a concorso la posizione soggettiva del terzo, il quale non è creditore del fallito; né è configurabile un'ammissione atipica al passivo, che sia circoscritta ai beni oggetto della garanzia, valendo per la realizzazione di quest'ultima l'intervento nella ripartizione dell'attivo al fine di trovare soddisfazione sul ricavato della liquidazione dei beni sui quali insiste la prelazione".*

Le spese dell'intero giudizio devono essere compensate in ragione degli orientamenti divergenti espressi dalla stessa giurisprudenza di legittimità sulle questioni trattate nell'odierna causa.

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

accoglie il primo motivo di ricorso e dichiara assorbiti il secondo e terzo; cassa il decreto impugnato e, decidendo la causa nel merito, rigetta la domanda di ammissione al passivo del FALLIMENTO della MERCANTILE ACCIAI s.p.a. avanzata dalla società SEAWAY s.r.l. per la richiesta di euro 94.827,98, in via privilegiata ex art. 2761 cod. civ.; compensa tra le parti le spese di lite dell'intero giudizio.



Così deciso in Roma, il 10 maggio 2022

Il Presidente  
Francesco Antonio Genovese

