

Ordinanza, Cassazione civile, Pres. Genovese – Rel. De Chiara, n. 2657 del 30 gennaio 2019

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GENOVESE Francesco Antonio - Presidente -
Dott. DE CHIARA Carlo - rel. Consigliere -
Dott. ACIERNO Maria - Consigliere -
Dott. CAMPESE Eduardo - Consigliere -
Dott. DOLMETTA Aldo Angelo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. *omissis*/2013 R.G. proposto da:

FALLIMENTO

- *ricorrente* -

Contro

BANCA

- *controricorrente* -

avverso il decreto pronunciato dal Tribunale di Monza il 5 marzo 2013;

udita la relazione svolta nella Camera di consiglio del 23 aprile 2018 dal Consigliere Dott. Carlo De Chiara.

Svolgimento del processo

1. BANCA insinuatasi tardivamente per il credito ipotecario di Euro 117.162,03 al passivo del fallimento (OMISSIS) s.n.c. (OMISSIS) e dei predetti soci personalmente, propose opposizione avverso il decreto con cui il Giudice delegato **aveva dichiarato inammissibile l'insinuazione in quanto proposta oltre il termine di cui della L: Fall., art. 101, u.c..**

Il Tribunale, confermata l'inammissibilità dell'insinuazione per la ragione indicata dal Giudice delegato, **ha tuttavia ritenuto che essa non determinasse l'impossibilità, per la banca opponente, di far valere comunque il proprio diritto di prelazione in sede di riparto dell'attivo fallimentare**, avendo il fallimento (della sig.ra omissis., per esattezza) la posizione di mero datore di ipoteca concessa a garanzia del credito della banca nei confronti di un terzo. In tali ipotesi, infatti, il titolare della garanzia ipotecaria, **pur non essendo legittimato a proporre domanda di ammissione al passivo**, ha diritto di intervenire nella fase successiva di liquidazione dell'attivo e ripartizione del ricavato, rappresentando il titolo di prelazione una passività di cui il patrimonio del fallito deve essere depurato prima della ripartizione del ricavato tra i creditori concorsuali. Il Tribunale ha conseguentemente rigettato l'opposizione "*dato atto che il titolare del diritto ipotecario ha diritto di partecipare alla distribuzione del ricavato dalla vendita*".

Ordinanza, Cassazione civile, Pres. Genovese – Rel. De Chiara, n. 2657 del 30 gennaio 2019

2. Il curatore del fallimento ha proposto ricorso per cassazione con due motivi, cui la banca intimata ha resistito con controricorso.

Entrambe le parti hanno anche presentato memorie.

Motivi della decisione

1. Va preliminarmente dichiarata l'inammissibilità del controricorso e delle difese della banca intimata, poiché il suo avvocato agisce in virtù di procura generale alle liti, oltretutto con data anteriore a quella del decreto impugnato, in violazione dell'art. 365 c.p.c., che impone per il giudizio di cassazione la procura speciale. Né a tale carenza pone rimedio la successiva costituzione di un nuovo difensore con la memoria depositata ai sensi dell'art. 380-bis-c.p.c., la quale non reca l'indicazione della procura rilasciata in favore del nuovo difensore.

2. Va quindi preso in esame il SECONDO MOTIVO di ricorso, che precede il primo nell'ordine logico. Con esso si denuncia ultrapetizione per avere il Tribunale dato atto, nel dispositivo del decreto impugnato, del diritto dell'opponente di partecipare alla distribuzione del ricavato della vendita, nonostante la mancanza di una domanda in tal senso dell'opponente, che aveva invece chiesto l'ammissione del suo credito al passivo fallimentare in via ipotecaria.

2.1. Il motivo è infondato. Deve infatti ritenersi che la domanda di ammissione al passivo comprendesse anche l'analoga e più limitata pretesa poi accolta dal giudice.

3. Con il PRIMO MOTIVO di ricorso si denuncia violazione della L. Fall., art. 52. Il ricorrente condivide la decisione di rigetto dell'opposizione per tardività dell'insinuazione, ai sensi della L. Fall., art. 101, ma **contesta che il Tribunale potesse dichiarare il diritto della banca di partecipare, nonostante ciò, al riparto della somma ricavata dalla vendita dell'immobile ipotecato.** A seguito della riforma della legge fallimentare introdotta con D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, infatti, il creditore di un terzo garantito da ipoteca su un immobile rientrante nell'attivo fallimentare **ha l'onere di far accertare il proprio diritto di prelazione nelle forme e nei termini previsti dal capo V della legge fallimentare e, in caso di inottemperanza, non ha titolo per partecipare al riparto.**

3.1. Il motivo è fondato.

Come esattamente osservato dal ricorrente, prima dell'entrata in vigore della riforma di cui al D.Lgs. n. 5 del 2006, cit., la giurisprudenza di legittimità (cfr., fra le altre, Cass. 12549/2000, 15186/2000, 11545/2009, 2429/2009) era ferma nel ritenere che il creditore di un terzo garantito da ipoteca su un immobile appartenente alla massa attiva fallimentare non avesse né il diritto né l'onere di insinuare il proprio credito al passivo, perchè non era titolare di un "credito" nei confronti del fallito (bensì di un diritto reale di garanzia), che dovesse perciò essere accertato secondo le forme stabilite dal capo 5^o, a norma della L. Fall., art. 52, comma 2; né del resto il suo diritto reale di garanzia poteva essere oggetto di domanda di rivendicazione, restituzione o separazione ai sensi dell'art. 103, il quale riguardava i soli beni mobili; e infatti l'art. 108, prevedeva che egli fosse avvisato della vendita dell'immobile ipotecato affinché facesse valere il suo diritto di prelazione in sede di riparto della somma ricavata dalla vendita.

Tali considerazioni, però, hanno perso fondamento a seguito della riforma del 2006, che ha significativamente modificato il testo di tutte le disposizioni sopra richiamate. L'art. 52, comma 2, 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 5^o. Correlativamente, l'art. 103, non è più riferito ai soli beni mobili e l'art.

Ordinanza, Cassazione civile, Pres. Genovese – Rel. De Chiara, n. 2657 del 30 gennaio 2019

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".

Tali argomenti di carattere testuale trovano poi decisiva conferma nel fatto che l'inclusione dell'accertamento del diritto del terzo non creditore, garantito da ipoteca, nella fase di formazione dello stato passivo è certamente preferibile dal punto di vista logico-sistematico, sia per l'indubbia affinità di tale accertamento a quella fase, sia perché consente di superare ogni incertezza quanto alle modalità e ai termini dell'accertamento stesso, collocandolo nell'ambito di un subprocedimento, quale quello di formazione dello stato passivo, che prevede garanzie di partecipazione per tutti i soggetti interessati ed è ispirato a condivise esigenze di tempestività.

Va infine dato atto che la soluzione qui accolta trova un precedente contrario nella sentenza di questa Corte 9 febbraio 2016, n. 2540, la quale, pur dopo l'entrata in vigore della novella di cui al già richiamato D. Lgs. n. 5 del 2006, ha confermato la precedente giurisprudenza argomentando anche dalla necessità di introdurre, in caso contrario, un anomalo contraddittorio con il debitore garantito dall'ipoteca sul bene del terzo fallito. Tale ulteriore argomento, tuttavia, non sembra idoneo a superare quelli sopra svolti, non apparendo necessaria l'instaurazione del contraddittorio nei confronti di un soggetto la cui obbligazione, a ben vedere, non è toccata da una decisione riguardante esclusivamente il concorso degli aventi diritto nel fallimento del terzo proprietario del bene ipotecato.

4. Il decreto impugnato va pertanto cassato in relazione alla censura accolta. La cassazione è senza rinvio, ai sensi dell'art. 382 c.p.c., comma 3, seconda parte, perché (anche) la domanda tardiva di accertamento della prelazione ipotecaria non poteva più essere proposta, ai sensi della L. Fall., art. 101, u.c..

E' equo compensare tra le parti le spese dell'intero processo, sia di merito che di legittimità, in considerazione della novità e controvertibilità della questione di diritto esaminata.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione e cassa senza rinvio, in relazione alla censura accolta, il decreto impugnato. Dichiara compensate tra le parti le spese dell'intero giudizio, sia di merito che di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 23 aprile 2018.

Depositato in Cancelleria il 30 gennaio 2019

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*