

L'ACCERTAMENTO DEL DIRITTO IPOTECARIO NEL CASO DI FALLIMENTO DEL TERZO DATORE

(note a margine dell'ordinanza della Suprema Corte di
cassazione n. 2657/2019).

di RICCARDO DELLA SANTINA

Suscita particolare interesse un recente arresto della Suprema Corte, pubblicato su questa rivista, in merito alla *vexata quaestio* della verifica del diritto ipotecario nel caso di fallimento del terzo datore.

Ci si riferisce all'ordinanza n. 2657 depositata il 30 gennaio 2019 (*inde* l'ordinanza) con la quale i Giudici di legittimità, sovvertendo un orientamento giurisprudenziale fino ad oggi consolidato, hanno stabilito che i titolari dei diritti d'ipoteca sui beni immobili compresi nel fallimento e già costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, **hanno l'obbligo** di avvalersi, al fine della partecipazione al riparto, del subprocedimento di accertamento del passivo previsto dal Capo V della legge fallimentare.

In vigenza della disciplina *ante* riforma, introdotta con il D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, la Suprema Corte aveva infatti costantemente affermato che i titolari di diritti di ipoteca sui beni immobili compresi nel fallimento e costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito¹:

1) non potevano avvalersi del procedimento di accertamento del passivo di cui all'art. 52 l.fall., in quanto la posizione soggettiva del terzo, che non è creditore del fallito, non è sottoposta alle regole del concorso (*"Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito. Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione, deve essere accertato secondo le*

¹ Cfr. *ex multis*, Cass. 22 settembre 2000 n. 12549; Cass. 24 novembre 2000 n. 15186, in *Foro it.*, 2001, I, 910;

norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge”);

2) **non potevano nemmeno presentare domanda di rivendicazione, restituzione o separazione dei beni**, in quanto l’art. 103 l.fall. ne consentiva la proposizione solo per i beni mobili (*“le disposizioni degli artt. da 93 a 102 si applicano anche alle domande di rivendicazione, restituzione e separazione di cose mobili possedute dal fallito”*);

3) **dovevano far valere il loro diritto di prelazione in sede di riparto** della somma ricavata, tanto che l’art. 108 l.fall. prevedeva l’obbligo di avviso al titolare del diritto della vendita coattiva dell’immobile ipotecato (*“Un estratto dell’ordinanza che dispone la vendita è notificato dal curatore a ciascuno dei creditori ammessi al passivo con diritto di prelazione sull’immobile, nonché ai creditori ipotecari iscritti”*)².

Con la riforma del 2006 il legislatore, ai fini che qui interessano, ha apportato modifiche: all’art. 52 l.fall. **estendendo** le regole del concorso *“a ogni diritto reale o personale mobiliare o immobiliare”*; all’art. 92 l.fall. **prevedendo** l’invio dell’avviso oltre che ai creditori *“ai titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito”*; conseguentemente l’art. 103 l.fall. che disciplina i procedimenti relativi a **domande di rivendica e restituzione** si intende ora riferito sia ai beni mobili che immobili.

Nonostante tali modifiche legislative la giurisprudenza di legittimità è comunque rimasta ferma nell’escludere la partecipazione del titolare della garanzia ipotecaria -creditore non verso il fallito- a partecipare all’accertamento dello stato passivo.

In particolare con la sentenza n. 2540/2016 la Corte Suprema ha ritenuto che le novità introdotte con la novella non fossero idonee a modificare il precedente orientamento, in quanto l’ampliamento della formulazione dell’art. 52 comma 2 l.fall., *“non può riferirsi ai diritti reali di garanzia costituiti dal terzo non*

² “Tale orientamento è stato sottoposto dalla dottrina a numerose critiche, ma trattandosi di una posizione granitica e consolidata – peraltro non priva di validi argomenti di sostegno – si può partire proprio da questa posizione per vedere quale possa essere, esclusa la partecipazione del creditore ipotecario al passivo, una soluzione alternativa soddisfacente per consentire allo stesso di soddisfarsi sul bene vincolato alla sua garanzia”, così G. Bozza in *“L’accertamento del passivo nella procedura di liquidazione giudiziale”*, in *Il Fallimento*, 2016, 10, p. 1072

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", talché con la sentenza de qua gli Ermellini formularono il 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".

Statuizione che si pone in perfetta continuità con i precedenti arresti³ pronunciati in relazione alla legge fallimentare ante riforma e ribadita nelle decisioni successive fino al *revirement* in commento⁴.

Autorevole dottrina ha tuttavia manifestato riserve a proposito della possibilità che, il creditore ipotecario verso un debitore diverso dal fallito terzo datore, per realizzare il proprio diritto in sede esecutiva potesse ricorrere alle disposizioni di cui agli artt. 602-604 c.p.c.

Tale criticità trova fondamento nel divieto, sancito dall'art. 51 l.fall., di iniziare o proseguire azioni espropriative nei confronti

³ Cass., Sez. I, 19 maggio 2009, n. 11545, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 5, 793; Cass., Sez. I, 30 gennaio 2009, n. 2429, in *Fallimento*, 2009, 1402.

⁴ Cass. 20 novembre 2017 n. 27504 e Cass. 10 luglio 2018, n. 18082, oltre a Cass. 9 febbraio 2016, n. 2540 unica citata nell'ordinanza qui in commento;

del fallimento, tra le quali rientrerebbe appunto anche quella prevista dagli artt. 602-604 c.p.c.⁵.

La legge 19 ottobre 2017, n. 155 “*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d’impresa e dell’insolvenza*”, nel dettare i principi a cui il Governo, nell’esercizio della delega, avrebbe dovuto attenersi, con l’art. 7 comma 8 – a proposito dei criteri di **maggiore rapidità, snellezza e concentrazione** da applicarsi nella riforma del sistema di accertamento dello stato passivo - alla lettera f) dispone che la nuova disciplina dovrà “*chiarire le modalità di verifica dei diritti vantati su beni del debitore che sia costituito terzo datore di ipoteca*”.

L’art. 201 del D.lgs. del 12 gennaio 2019, n. 14 “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza” (*inde* CCI), al primo comma dispone che: “*Le domande di ammissione al passivo di un credito o di restituzione o rivendicazione di beni mobili o immobili compresi nella procedura, nonché le domande di partecipazione al riparto delle somme ricavate dalla liquidazione di beni compresi nella procedura ipotecati a garanzia di debiti altrui, si propongono con ricorso da trasmettere a norma del comma 2, almeno trenta giorni prima dell’udienza fissata per l’esame dello stato passivo*”.

In attuazione della delega è stato pertanto previsto che il creditore di soggetto diverso da quello nei cui confronti è stata aperta la liquidazione giudiziale, e verso cui vanta la garanzia, sia obbligato alla presentazione della domanda di partecipazione al riparto nella quale dovrà essere determinato “*l’ammontare del credito per il quale si intende partecipare*” (art. 201, comma 3, lettera b) CCI).

Con la recente **ordinanza** qui oggetto di commento, come si è avuto modo di sottolineare in apertura di queste brevi note, la Suprema Corte, pur in costanza di legislazione⁶, ha completamente ribaltato l’orientamento fino ad allora espresso dalla giurisprudenza di legittimità, affermando **l’obbligatorietà**, per il creditore ipotecario di un debitore diverso dal fallito terzo da-

⁵ Cfr. G. Bozza, *op. cit.*, pag. 1073. Lo stesso autore *de iure condendo* suggerisce, al fine di superare tale criticità, una modifica dell’art. 51 l.fall. che configuri l’azione ex artt. 602-604 c.p.c. come un’eccezione al divieto.

⁶ Il CCI per la parte che qui interessa entrerà in vigore nell’agosto del 2020.

to, di avvalersi, al fine di realizzare il proprio diritto, della procedura di accertamento prevista dal subprocedimento di cui al Capo V della legge fallimentare.

La precedente giurisprudenza di legittimità invece, come abbiamo visto, non solo escludeva tale onere, ma, addirittura, ne predicava **il divieto** sulla base, tra l'altro, del principio della dissociazione tra il rapporto obbligatorio - che lega creditore e debitore diverso dal fallito - e garanzia patrimoniale che insiste invece nei confronti di un soggetto che non è debitore.

L'*iter* logico deduttivo sottostante alle argomentazioni poste a fondamento della decisione assunta dagli Ermellini con l'ordinanza *de qua*, prende le mosse dalla diversa valorizzazione (opposta rispetto al precedente orientamento) che viene attribuita alle modifiche introdotte con il D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, *in primis* la nuova formulazione dell'art. 52 l.fall.

Il testo attuale della disposizione, che “...*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*”, impone, secondo la ricostruzione offerta oggi dai Giudici di legittimità, **di ricomprendere** la verifica del diritto del terzo non creditore del fallito nell'ambito del subprocedimento di formazione dello stato passivo, il che postula **dovere considerare** i diritti reali di garanzia (come l'ipoteca) **inclusi tra i diritti reali immobiliari** di cui all'art. 52 l.fall.

Qui sta **l'assoluta discontinuità** con l'orientamento giurisprudenziale precedente, tenuto conto che la stessa Suprema Corte con la sentenza n. 2540/2016 (pronunciata con riferimento al medesimo contesto normativo), aveva stabilito 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, salvo diverse disposizioni della legge», 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*”⁷.

⁷ Orientamento poi confermato dalla sentenza n. 27504/2017

In effetti la dottrina, dopo l'entrata in vigore della riforma, si è posta il problema se la norma novellata potesse fare riferimento anche ai diritti reali di garanzia. Al riguardo è stato però osservato che le norme che regolano il procedimento di accertamento del passivo, cui rimanda lo stesso art. 52 l.fall., individuano, oltre ai crediti verso il fallito, esclusivamente le domande di **restituzione** e **rivendicazione** di beni del fallito (art. 93, comma 1 l.fall.), istituti non idonei di per sé all'accertamento di un diritto di credito che si pone fuori dal perimetro del concorso. E' stato inoltre evidenziato che l'art. 107, comma 2 l.fall. impone al curatore, prima del completamento delle operazioni di vendita dell'immobile, di dare notizia ai creditori ipotecari o **comunque muniti di privilegio** (con formula analoga all'articolo 108 ante riforma), soggetti, questi ultimi, che non sono invece destinatari dell'avviso *ex* art. 92 l.fall. Dette considerazioni hanno così indotto parte della dottrina a desumere che neppure nell'attuale formulazione dell'art. 52 l.fall. siano ricompresi i diritti reali di garanzia a favore del creditore non del fallito, talché il loro accertamento non potrebbe essere condotto con le regole del concorso di cui al Capo V⁸.

La questione viene tuttavia superata di slancio dalla Suprema Corte nell'**ordinanza de qua**, che muove, in tutta evidenza, dall'assunto che tra i diritti reali immobiliari di cui all'art.52, comma 2 l.fall. si debbano (dogmaticamente) ritenere ricompresi anche i diritti reali di garanzia, talché a quel punto diventa una logica conseguenza considerare che anche tali diritti **debbono essere soggetti** alle regole del concorso ed accertati, quindi, secondo le disposizioni contenute nel Capo V.

La precedente giurisprudenza di legittimità, al fine di escludere tale conclusione, aveva ulteriormente sviluppato il ragionamento assumendo che, anche a voler considerare (in tesi) i diritti reali di garanzia tra i diritti indicati all'art. 52 l.fall., il loro accertamento con le regole del concorso avrebbe comunque reso necessario introdurre "*un anomalo contraddittorio con un'ulteriore parte, quella corrispondente al debitore garantito proprio dall'ipoteca data dal terzo*" non previsto dal sistema processuale fallimentare⁹.

⁸ Cfr. M. Ferro, "*La legge fallimentare – commentario teorico-pratico*", III Ed., Padova, p. 720

⁹ Cass. 2540/2016

Con l'arresto qui in commento i Giudici di legittimità ritengono invece tale argomento non più idoneo a concludere per la non operatività delle regole del concorso “*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*”.

Sul punto, in attesa che la questione venga portata innanzi alle sezioni unite stante l'evidente contrasto formatosi, ci sia sommessamente consentito osservare che, l'accertamento del diritto reale di garanzia di cui titolare è il terzo, è comunque finalizzato a consentire ad esso la partecipazione al riparto delle somme ricavate dalla vendita dell'immobile oggetto di garanzia a suo favore, nella misura che risulterà appunto all'esito della verifica condotta secondo le regole di cui al Capo V della legge fallimentare.

Rispetto a tale necessità, di determinazione della somma sia nell'*an* che nel *quantum*, non sembra pertanto potersi ritenere l'integrazione del contraddittorio con il terzo (debitore) del tutto irrilevante, in quanto solo attraverso tale meccanismo processuale appare possibile consentire al curatore di svolgere le contestazioni concernenti l'esistenza e l'entità del credito oggetto di garanzia.

In assenza di tale situazione processuale il rischio è infatti quello di ammettere al concorso prima e di soddisfare poi un credito (in tutto o in parte) inesistente, minando così alla radice l'efficacia del credito di regresso spettante *ex art.* 2871 c.c. al fallimento.

Nella prospettiva della decisione in commento tra l'altro sembra riecheggiare l'idea che oggetto dell'accertamento del passivo sia il mero diritto al concorso, ovvero un diritto a contenuto esclusivamente processuale¹⁰ che consenta al creditore di partecipare al riparto, senza però alcun accertamento sul diritto sostanziale sottostante, rispetto al quale dovrebbe in ogni caso essere individuata la sede deputata a consentire il necessario contraddittorio di tutti gli interessati.

¹⁰ E.F. Ricci, *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1080;

D'altronde tale controversa questione non sembra nemmeno risolta dalla formulazione dall'art. 201 CCI che limita il contraddittorio al titolare del diritto ipotecario senza prevedere la partecipazione al procedimento del terzo debitore.

La legge del 20 marzo 2019, n. 67 che attribuisce al Governo la delega “*per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla legge 19 ottobre 2017, n. 155*”, potrebbe essere forse l'occasione per un intervento che preveda anche la partecipazione del terzo debitore alla fase di accertamento dell'ammontare del credito per il quale il creditore intende partecipare al riparto¹¹.

¹¹ Si potrebbe, per esempio prevedere che la domanda di ammissione sia comunicata dal creditore anche al terzo debitore e che questi possa poi formulare le osservazioni al progetto di stato passivo previste dall'art. 203 CCI.