

229101

CONTRIBUTO UNIFICATO

R.G.N. 2
R.G.N. 2
R.G.N. 2
Cron. 2
Rep. €
Ud. 19/7

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

composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- | | |
|------------------------------|------------------|
| dott. Donato PLENTEDA | Presidente |
| dott. Salvatore DI PALMA | Consigliere |
| dott. Rosa Maria DI VIRGILIO | Consigliere |
| dott. Magda CRISTIANO | Consigliere |
| dott. Guido MERCOLINO | rel. Consigliere |

ha pronunciato la seguente

CASSAZIONE

SENTENZA



OGGRI
dato pri

sul ricorso proposto da

**T.C.M. - TERNANA COSTRUZIONI E MONTAGGI S.R.L. IN CONCORDA-
TO PREVENTIVO**, in persona del commissario giudiziario avv. Enrico Puzzan-
ghera, elettivamente domiciliata in Roma, alla via C. Poma n. 4, presso l'avv.
LUIGI RODOLFO STIVALA, unitamente all'avv. **ROBERTO VALERI**, dal qua-
le è rappresentata e difesa in virtù di procura speciale a margine del ricorso

RICORRENTE

contro

S.I.C. - SOCIETA' ITALIANA CAUZIONI S.P.A., in persona del legale rappre-
sentante p.t. Arnold Van Den Eschert, elettivamente domiciliata in Roma, alla
via Vittoria n. 10, presso l'avv. **GIANCARLO CASTAGNI**, dal quale è rappresen-
tata e difesa in virtù di procura speciale a margine del controricorso

CONTRORICORRENTE - RICORRENTE INCIDENTALE

2071
2011



avverso la sentenza della Corte di Appello di Roma n. 2151/05, pubblicata il 17 maggio 2005.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 19 luglio 2011 dal Consigliere dott. Guido Mercolino;

udito l'avv. Castagni per il controricorrente;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Umberto APICE, il quale ha concluso per il rigetto del ricorso principale, con l'assorbimento del ricorso incidentale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. — Con decreto del 6 febbraio 1995, il Tribunale di Frosinone ingiunse alla S.I.C. - Società Italiana Cauzioni S.p.a. il pagamento della somma di Lire 5.000.000.000, dovuta in virtù di una polizza stipulata il 10 dicembre 1992, con cui la predetta società aveva prestato fideiussione a garanzia degli obblighi assunti dalla Ferrovie Torino Nord S.p.a. in qualità di assuntore del concordato preventivo della T.C.M. - Ternana Costruzioni e Montaggi S.r.l., omologato dal medesimo Tribunale con sentenza del 31 maggio 1993, alla quale aveva fatto seguito il fallimento dell'assuntore.

2. — L'opposizione proposta dalla S.I.C., rigettata dal Tribunale con sentenza del 10 aprile 2000, è stata invece accolta dalla Corte d'Appello di Roma, che con sentenza del 17 maggio 2005 ha revocato il decreto ingiuntivo.

Premesso che la polizza fideiussoria richiamava espressamente la proposta di assunzione del concordato preventivo, integralmente recepita nel parere del commissario giudiziale e nella sentenza di omologazione, la quale prevedeva il trasferimento immediato di tutte le attività della T.C.M. alla F.T.N. contro il pagamento integrale dei crediti privilegiati e del 40% dei crediti chirografari, nonché la pre-



stazione di garanzia mediante copertura assicurativa a primo rischio, la Corte ha rilevato che il concordato non aveva provveduto al trasferimento dei beni in favore dell'assuntore, il quale doveva precedere il pagamento delle passività, ed ha pertanto accolto l'eccezione d'inadempimento sollevata dalla S.I.C., ritenendo insigibile l'obbligazione di pagamento, sia nei confronti dell'assuntore che nei confronti del fideiussore. In proposito, ha escluso che la fideiussione si configurasse come garanzia *ex primo richiestae*, osservando che la sua accessorietà emergeva dal riferimento della polizza alla domanda di concordato, al parere del commissario ed al provvedimento di omologazione, nonché dalle clausole che ammettevano il rilievo preventivo, la surroga e la partecipazione del fideiussore ad eventuali trattative per una definizione transattiva, ed aggiungendo che il carattere autonomo della garanzia non autorizza il fideiussore ad eseguire pagamenti arbitrariamente richiestigli.

3. — Avverso la predetta sentenza il commissario giudiziale propone ricorso per cassazione, affidato a tre motivi. Resiste con controricorso la S.I.C., proponendo a sua volta ricorso incidentale condizionato, articolato in quattro motivi, al quale il commissario giudiziale resiste con controricorso. Le parti hanno depositato memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. — Con il primo motivo d'impugnazione, il ricorrente denuncia la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 1362, primo e secondo comma, e 1363 cod. civ., nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha interpretato la proposta di assunzione del concordato nel senso che il pagamento dovesse aver luogo contestualmente o successivamente, anziché anteriormente al



trasferimento dei beni all'assuntore. Sostiene infatti che la Corte d'Appello ha ommesso d'indagare l'intenzione del proponente, non avendo correlato la proposta al parere del commissario giudiziale ed alla sentenza di omologazione, e non avendo tenuto conto del comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla conclusione dell'accordo, da cui emergeva che il trasferimento dei beni era stato richiesto soltanto a seguito della dichiarazione di fallimento dell'assuntore, e che l'istanza di correzione della sentenza di omologazione a tal fine presentata era stata rigettata a causa dell'impossibilità dell'adempimento da parte della F.T.N.

2. — Con il secondo motivo, il ricorrente deduce la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 1362, secondo comma, e 1363, 1460 e 1945 cod. civ. e degli artt. 55 e 169 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto legittimo il rifiuto dell'adempimento da parte del fideiussore. Sostiene infatti che la Corte d'Appello ha ommesso di accertare la comune intenzione delle parti risultante dalla proposta di assunzione e dalla sentenza di omologazione del concordato, le quali rimettevano al giudice delegato ed al commissario giudiziale la determinazione delle modalità di esecuzione del concordato: tali modalità, a seguito della dichiarazione di fallimento dell'assuntore, che ha determinato la scadenza del debito, si sono concretizzate nella richiesta del pagamento al fideiussore, con la conseguente esclusione della configurabilità di un inadempimento del concordato.

3. — Con il terzo ed ultimo motivo, il ricorrente lamenta la violazione e/o l'errata applicazione dell'art. 1370 cod. civ., nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso che la fideiussione integrasse una

G



garanzia autonoma. Tale natura trovava infatti riscontro sia nella proposta di assunzione del concordato, in cui la F.T.N. aveva offerto quale garanzia la copertura assicurativa a primo rischio di una primaria compagnia, sia nella polizza, la quale prevedeva l'obbligo di pagare «all'ordine del Tribunale», con clausola che, in quanto aggiunta a quelle stampate, doveva considerarsi prevalente sulle stesse.

4. — Con il primo motivo del ricorso incidentale condizionato, la S.I.C. ripropone l'eccezione di carenza di legittimazione del commissario giudiziale non esaminata dalla Corte d'Appello, osservando che le garanzie prestate per l'esecuzione del concordato spettano ai creditori, e non già al commissario giudiziale, le cui funzioni di ingerenza attiva, per effetto della sentenza di omologazione, che segna il momento conclusivo della procedura, si trasformano in funzioni di mera sorveglianza.

5. — Con il secondo motivo, la ricorrente incidentale oppone l'infondatezza della pretesa, in relazione all'inadempimento del concordato, sostenendo che il mancato trasferimento delle attività all'assuntore fa apparire inconcepibile che lo stesso fosse tenuto al saldo del passivo, configurandosi detto trasferimento come il corrispettivo dell'accollo dei debiti, conformemente alla proposta di concordato o ad una legittima prassi, in virtù della quale l'assuntore conta di assolvere il passivo proprio mediante il realizzo dei beni ceduti.

6. — Con il terzo motivo, la ricorrente incidentale eccepisce la propria liberazione e la decadenza del beneficiario dalla garanzia, ai sensi degli artt. 1955, 1956 e 1957 cod. civ., opponendo la tardività dell'azione promossa nei suoi confronti o sostenendo che il mancato trasferimento dei beni all'assuntore lo impedisse l'esercizio della surroga nei confronti di quest'ultimo, oltre a precluderle, in caso di pagamento, l'esercizio dell'azione di regresso.



7. — Con il quarto motivo, la ricorrente incidentale deduce l'estinzione della garanzia e la prescrizione del credito, sostenendo che il concordato in questione, il quale si configura come concordato per garanzia, avendo come aspetto prevalente la garanzia del pagamento di una determinata percentuale dei debiti, deve considerarsi ormai estinto per inattività e per carenza di interesse delle parti, con la conseguente estinzione della garanzia da essa prestata.

8. — Preliminare rispetto all'esame del ricorso principale è quello del primo motivo del ricorso incidentale, la cui espressa subordinazione all'accoglimento dell'impugnazione principale non ne esclude il carattere logicamente e giuridicamente prioritario, avuto riguardo alla questione di legittimazione che ne costituisce oggetto, non esaminata dalla Corte d'Appello in quanto ritenuta assorbita dall'inesigibilità dell'obbligazione fatta valere con il ricorso per decreto ingiuntivo.

Le Sezioni Unite di questa Corte hanno infatti affermato, a composizione di un contrasto di giurisprudenza, che qualora la parte, interamente vittoriosa nel merito, abbia proposto ricorso incidentale avverso una statuizione a lei sfavorevole, relativa ad una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, la Corte di cassazione, alla luce del principio della ragionevole durata del processo, deve esaminare e decidere con priorità tale ricorso, senza tenere conto della sua subordinazione all'accoglimento del ricorso principale, soltanto se, come nella specie, la predetta questione, rilevabile d'ufficio, non sia stata oggetto di decisione esplicita o implicita (ove quest'ultima sia possibile) da parte del giudice di merito, presupponendo altrimenti il suo esame l'attualità dell'interesse, sussistente unicamente nell'ipotesi di fondatezza del ricorso principale (cfr. Cass., Sez. Un., 6 marzo 2009, n. 5456; 31 ottobre 2007, n. 23019; Cass., Sez. III, 1° marzo 2007, n. 4695).

9. — La censura è peraltro fondata.



Il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione, conseguente al rigetto delle impugnazioni eventualmente proposte ai sensi dell'art. 183 della legge fall., determina infatti l'esaurimento della procedura di concordato preventivo, al quale fa seguito l'apertura di una fase meramente esecutiva, disciplinata dagli artt. 185 e 186 della legge fall. (nel testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169), durante la quale il commissario giudiziale deve sorvegliare l'adempimento del concordato, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione, e deve se del caso adottare le iniziative per provocare l'intervento del tribunale, ai fini dei provvedimenti di cui agli artt. 137 e 138 della legge fall. (nel testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) richiamati dall'art. 186, primo comma, della legge medesima, mentre spetta al giudice delegato la determinazione delle modalità per il versamento delle somme dovute alle scadenze in esecuzione del concordato, ove tale determinazione gli sia stata rimessa nella sentenza di omologazione. Sono questi i limiti entro i quali permangono le attribuzioni degli organi della procedura, le quali, come già precisato da questa Corte, costituiscono attribuzioni ben definite (cfr. Cass., Sez. I, 17 giugno 1995, n. 6859; 3 marzo 1995, n. 2456), da cui non può pertanto desumersi la titolarità da parte del commissario della legittimazione ad agire in giudizio per ottenere l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal concordato.

Tale legittimazione si porrebbe d'altronde in contrasto con la natura ed i limiti delle attribuzioni spettanti al commissario nel corso della procedura. L'ammissione al concordato preventivo non determina infatti lo spossessamento del debitore, il quale conserva l'amministrazione dei propri beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la direzione del giudice delegato o la sorveglianza del commissario giudiziale (cfr.



Cass., Sez. I, 19 novembre 1998, n. 11662). Quest'ultimo non rappresenta il debitore né i creditori, ma esercita funzioni di mero controllo e di consulenza quale ausiliario del giudice, senza svolgere attività di gestione né prima né dopo l'omologazione del concordato (cfr. Cass., Sez. I, 13 maggio 1998, n. 4800); non essendo portatore di specifici interessi da far valere in sede giurisdizionale, egli non è abilitato all'esercizio di azioni, né in proprio né in veste di sostituto processuale, e non è quindi parte in senso sostanziale del giudizio di omologazione (cfr. Cass., Sez. I, 14 novembre 1987, n. 178), né è legittimato ad impugnare la relativa sentenza (cfr. Cass., Sez. I, 9 maggio 2007, n. 10632; 9 febbraio 2007, n. 2886; 18 novembre 1998, n. 11604; 10 giugno 1992, n. 7152); diversamente dal curatore del fallimento, non è legittimato a resistere alle domande di accertamento dei crediti (cfr. Cass., Sez. V, 25 febbraio 2008, n. 4728; Cass., Sez. I, 19 febbraio 1991, n. 1735) né ad esercitare o a resistere alle azioni a tutela del patrimonio del debitore, che spettano esclusivamente a quest'ultimo (cfr. Cass., Sez. I, 13 aprile 2005, n. 7661). Risulterebbe invero assai singolare che dopo la chiusura della procedura il commissario giudiziale fosse titolare di una legittimazione processuale più ampia di quella che gli è riconosciuta nel corso della stessa.

Sotto il profilo sostanziale, poi, le Sezioni Unite di questa Corte hanno precisato, a composizione di un contrasto di giurisprudenza, che la garanzia offerta da un terzo in relazione alla proposta di concordato, pur corrispondendo all'interesse di colui che abbia formulato la proposta, è prestata a beneficio dei creditori, e dà pertanto luogo ad un rapporto obbligatorio tra il garante e questi ultimi. Per tale motivo, si è ritenuto che, qualora la garanzia sia stata prestata in relazione ad una proposta concordataria avanzata dallo stesso debitore, la dichiarazione di fallimento di quest'ultimo conseguente alla risoluzione del concordato non attribuisca



al curatore la legittimazione ad agire nei confronti del garante, non essendo tale legittimazione prevista da alcuna disposizione di legge, e non potendo trovare giustificazione nella titolarità da parte del curatore delle c.d. azioni di massa (cfr. Cass., Sez. Un., 18 maggio 2008, n. 11396; Cass., Sez. I, 28 novembre 2002, n. 16878). Se ne è dedotta la spettanza di tale legittimazione ai singoli creditori, in qualità di titolari del rapporto obbligatorio conseguente alla prestazione della garanzia, o tale conclusione può essere estesa anche all'ipotesi in cui, come nella specie, la garanzia sia stata offerta in relazione alle obbligazioni contratte dall'assuntore, successivamente dichiarato fallito, non potendo la legittimazione essere riconosciuta, in tal caso, né al commissario giudiziale, per le ragioni esposte in precedenza, né al curatore del fallimento dell'assuntore, in qualità di soggetto estraneo al rapporto di garanzia e legittimato all'esercizio delle azioni di massa riguardanti il predetto fallimento, tra le quali non può essere certamente inclusa quella nei confronti di chi abbia prestato garanzia a favore della proposta concordataria.

10. — In accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale, la sentenza impugnata va pertanto cassata, con il conseguente assorbimento del ricorso principale e degli altri motivi del ricorso incidentale.

Non risultando poi necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384, secondo comma, cod. proc. civ., con l'accertamento del difetto di legittimazione del commissario giudiziale, cui segue, in accoglimento dell'opposizione proposta dalla società controricorrente, la revoca del decreto ingiuntivo opposto.

11. — Le spese del tre gradi di giudizio seguono la soccombenza, e si liquidano come dal dispositivo.



P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso incidentale condizionato, dichiara assorbito il ricorso principale, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, revoca il decreto ingiuntivo; condanna la T.C.M. - Ternana Costruzioni e Montaggi S.r.l. in concordato preventivo al pagamento in favore della S.I.C. - Società Italiana Cauzioni S.p.a. delle spese processuali, che si liquidano per il giudizio di primo grado in complessivi Euro 8.659,00, ivi compresi Euro 6.000,00 per onorario, Euro 2.343,00 per diritti di procuratore ed Euro 316,00 per esborsi, oltre alle spese generali ed agli accessori di legge, per il giudizio di appello in complessivi Euro 23.318,00, ivi compresi Euro 20.000,00 per onorario, Euro 2.556,00 per diritti di procuratore ed Euro 762,00 per esborsi, oltre alle spese generali ed agli accessori di legge, e per il giudizio di legittimità in complessivi Euro 20.200,00, ivi compresi Euro 20.000,00 per onorario ed Euro 200,00 per esborsi, oltre alle spese generali ed agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 19 luglio 2011, nella camera di consiglio della Prima Sezione Civile

L'Estensore

G. M. M.

Il Presidente

A. M. M.

Deposito in Cancelleria
il 19.7.2011
L. C. C.
CANCELLIERE
A. M. M.