

## ANCORA SULL'ACCERTAMENTO DEL DIRITTO IPOTECARIO O PIGNORATIZIO NEL CASO DI FALLIMENTO DEL TERZO DATORE

(Brevissime note a margine dell'ordinanza della  
Corte di Cassazione n. 18790/2019)

di RICCARDO DELLA SANTINA

In un precedente scritto, pubblicato su questa rivista<sup>1</sup>e a cui ci permettiamo di rinviare per approfondimenti, si era dato conto del *revirement* operato dalla Suprema Corte con l'ordinanza n. 2657/2019 in merito alla *vexata quaestio* rappresentata dalla verifica del diritto ipotecario nel caso di fallimento del terzo datore.

Qui si riferisce invece di un nuovo pronunciamento sul tema, la sentenza della Prima Sezione Civile n. 18790/2019, pubblicata il 12 luglio 2019, con cui gli Ermellini «ripristinano» il precedente consolidato orientamento giurisprudenziale.

Il provvedimento è di particolare interesse, non solo perché riafferma il principio, che era andato maturando in vigenza della legge fallimentare - sia **ante** che **post** riforma - della non partecipazione del titolare di un diritto di garanzia ipotecaria (o pignoranzia) al procedimento di accertamento dello stato passivo del terzo datore fallito, ma anche perché in motivazione i Giudici fanno espresso riferimento, in chiave interpretativa delle norme attualmente vigenti, al «Codice della crisi e dell'insolvenza» (*inde* CCI) introdotto dal decreto legislativo 12 gennaio 2019, n.12 in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza».

Mette in buon conto, a questo punto, procedere con ordine.

---

<sup>1</sup> Cfr. Della Santina, “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)”, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 28 marzo 2019.

La questione affrontata è, giova ricordarlo, se il titolare di una garanzia reale (pegno o ipoteca) prestata dal soggetto poi fallito diverso dal debitore possa, o meno, ottenere l'ammissione al passivo e, nel caso di risposta negativa, se possa comunque far valere il proprio diritto di prelazione in sede di riparto dell'attivo fallimentare.

La situazione costituisce quella particolare condizione di dissociazione tra debito e garanzia (cd. *responsabilità senza debito*) in cui: da una parte vi è il debito con il reciproco credito, che attinge per la sua soddisfazione alla garanzia generica costituita dall'intero patrimonio del debitore *ex art. 2740 c.c.*; dall'altra parte vi è invece la responsabilità del terzo che ha costituito in garanzia a favore del creditore specifici beni. Ebbene, nel caso di inadempimento dell'obligato principale, il creditore potrà procedere *in executivis* sui beni in garanzia, pur non appartenendo essi al patrimonio del debitore.

Sulla base di tale premessa e considerato il tenore dell'art. 52 l.fall. - nella versione prima delle modifiche introdotte dal D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5<sup>2</sup> – la Suprema Corte aveva costantemente affermato che **il mero titolare di prelazione, non essendo creditore concorsuale, non può divenire creditore concorrente mediante l'ammissione al passivo**, ma che ad esso è riconosciuta **la facoltà di partecipare alla ripartizione dell'attivo su quanto ricavato dalla liquidazione del bene oggetto di garanzia**<sup>3</sup>.

La riscrittura dell'art. 52 l.fall. ad opera del D. Lgs. 5/2006, con l'ampliamento a «ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare» dell'accertamento secondo le norme stabilite dal Capo V, non aveva modificato l'orientamento dei Giudici di legittimità, secondo cui la disposizione «*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*

---

<sup>2</sup> «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 norme stabilite dal capo V, salvo diverse disposizioni della legge.»

<sup>3</sup> Nella sentenza qui in commento la completa rassegna giurisprudenziale

*introdurre un anomalo contraddittorio con una ulteriore parte, quella corrispondente al debitore garantito proprio dall'ipoteca data dal terzo»<sup>4</sup>.*

Con l'ordinanza n. 2657/2019, che sovverte l'indirizzo fino ad allora consolidato e muove dall'assunto, opposto al precedente, che il dato letterale dell'art. 52 l.fall. - come modificato dal D.lgs. 5/2006 – impone di ricomprendere tra «*ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare*» anche i diritti reali di garanzia, gli Ermellini avevano invece concluso che il titolare di prelazione, al fine di poter partecipare al riparto, ha l'obbligo di sottostare alle regole dell'accertamento di cui al Capo V della legge fallimentare, ritenendo inoltre non «*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*».

Con la sentenza qui in commento la Suprema Corte abbraccia nuovamente il precedente consolidato orientamento, a tenore del quale «*il mero beneficiario di prelazione ipotecaria o (come nella specie) pignoranzia non è creditore concorsuale e, pertanto, i suoi diritti non possono essere accertati nelle forme ordinarie di cui al capo V della legge fallimentare*»<sup>5</sup>. Nell'arresto viene ribadito anche che la soddisfazione del titolare della prelazione nell'ambito della procedura esecutiva concorsuale è assicurata dalla facoltà di intervento nel procedimento di riparto, a tal fine dovendosi interpretare l'obbligo, a carico del curatore, previsto dall'art. 107, comma 3 l.fall., di dare notizia ai prelati delle operazioni di vendita degli immobili oggetto di garanzia.

Con un *obiter dictum* la sentenza affronta poi anche il tema della necessità, nel caso si intendesse approdare alla tesi della obbligatorietà dell'utilizzo del procedimento di accertamento del passivo previsto dal capo V della legge fallimentare, di introdurre un anomalo contraddittorio con il debitore garantito. In particolare alle argomentazioni sul punto recepite nell'ordinanza n. 2657/2019 (non appare «*necessaria l'instaurazione del contraddittorio nei confronti di un soggetto la cui obbligazione, a*

---

<sup>4</sup> Così Cassazione n. 2540/2016

<sup>5</sup> Invero già con l'ordinanza n. 12816/2019, di poco precedente alla sentenza qui in commento, la Suprema Corte aveva «ripristinato» il previgente indirizzo.

*ben vedere, non è toccata da una decisione riguardante esclusivamente il concorso degli aventi diritto nel fallimento del terzo proprietario del bene ipotecato»), **si replica oggi 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».*

Fin qui, il processo logico deduttivo su cui poggiano i motivi che sorreggono la sentenza in commento, fa perno sulla vigente legge fallimentare.

C'è poi una parte della pronuncia che è invece dedicata all'uso, in chiave evolutiva e interpretativa, della disposizione che, sul tema, sono contenute nel CCI.

Viene cioè effettuata un'analisi comparata tra la statuizione giurisprudenziale fatta propria in sentenza e le nuove disposizioni che nel CCI si occupano della fattispecie, al fine non solo di verificarne la tenuta alla luce della novella, ma addirittura per concludere che la scelta legislativa «corrobora» l'orientamento giurisprudenziale espresso.

Al di là del caso specifico («Anche la nuova regolazione della crisi d'impresa, che, nonostante l'ampia vacatio legis, può ragionevolmente assurgere a significativo indice interpretativo delle norme tuttora vigenti, conferma, dunque, come sia preferibile, rispetto alla contraria soluzione adottata da Cass. n. 2657 del 2019, quella già fatta propria dal maggioritario orientamento espresso da Cass. n. 2540 del 2016, Cass. n. 27504 del 2017, Cass. n. 18082 del 2018 e, da ultimo, da Cass. n. 12816 del 2019, a tenore del quale, quindi, il mero beneficiario di prelazione ipotecaria o (come nella specie) pignoratizia non è un

*creditore concorsuale e, pertanto, i suoi diritti non possono essere accertati nelle forme ordinarie di cui al capo V della legge fallimentare»*), ciò che preme evidenziare è la novità, in se stessa rappresentata, della funzione interpretativa assunta dalle nuove disposizioni contenute nel CCI.

È appena il caso di ricordare che, se è vero che per la maggior parte delle disposizioni del CCI è previsto un periodo di *vacatio legis* di diciotto mesi (*cfr.* art. 389 CCI) e che le procedure pendenti alla data di entrata in vigore del CCI (agosto 2020) saranno comunque definite secondo l'attuale legge fallimentare (*cfr.* art. 390 CCI), talché anche le relative controversie dovranno essere regolate, *ratione temporis*, sulla base della vigente disciplina; appare però altresì verosimile che i tribunali faranno sempre più frequente ricorso all'uso, in chiave interpretativa del vigente assetto normativo, di quelle disposizioni contenute nel CCI che non hanno contenuto innovativo.

Ciò che oggi ci appare pertanto come un'assoluta novità è probabile che nel tempo sia destinato a divenire invece un canone ermeneutico sempre più praticato dai giudici, a qualsiasi livello, per la definizione di questioni attinenti la vigente legge fallimentare, esercizio questo a cui pertanto anche gli operatori dovranno guardare con attenzione per cercare di risolvere anticipatamente le problematiche interpretative che, giorno per giorno, si parano loro davanti quando affrontano il diritto della crisi d'impresa.

Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2019, n. 18790.

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:  
Dott. DIDONE Antonio - Presidente -  
Dott. CAMPESE Eduardo - rel. Consigliere -  
Dott. DOLMETTA Aldo Angelo - Consigliere -  
Dott. AMATORE Roberto - Consigliere -  
Dott. SOLAINI Luca - Consigliere -  
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

Svolgimento del processo

1. Con ricorso ex art. 98 L. Fall. del 14.11.2014, Mediocredito Italiano s.p.a. (già Leasint s.p.a.) propose opposizione avverso il decreto del giudice delegato del fallimento della (\*) s.r.l. in liquidazione reiettivo della sua richiesta di insinuazione al passivo della menzionata procedura concorsuale del proprio credito di Euro 1.157.921,10 in via privilegiata pignorantia, oltre ad Euro 5.739.675,26 in via chirografaria: credito nascente dal contratto con cui la prima aveva concesso in locazione finanziaria alla B. Agridistribuzione s.r.l. un complesso immobiliare, ed a garanzia del quale la A.A. Holding s.n.c. di A. ed Au.Ba., poi divenuta (\*) s.r.l., aveva costituito in pegno titoli detenuti sul c/c Intesa Sanpaolo per Euro 1.157.921. L'opponente contestò la decisione del g.d. di non ammissione del credito così motivata: "trattasi di credito per garanzia prestata a favore di altra società ora fallita e relativa ad un contratto di leasing risolto. Domanda allo stato inammissibile fino alla riallocazione del bene".

1.1. L'adito Tribunale di Firenze, costituitosi il contraddittorio con la curatela del fallimento (\*) s.r.l. in liquidazione, con decreto del 4 marzo/17 aprile 2015, rigettò la suddetta opposizione. Ritenne, in particolare, per quanto qui ancora di interesse, che: i) l'opponente vantava il credito predetto nei confronti di altra società, la B. Agridistribuzione s.r.l., già dichiarata fallita; nei confronti della società opposta, Mediocredito era solo titolare di un diritto di garanzia; iii) per la determinazione del credito scaturente dal contratto di leasing, non poteva prescindere dalla riallocazione del bene, nella specie non avvenuta, solo a seguito della quale si sarebbe potuto valutare l'eventuale debito residuo della debitrice principale B. Agridistribuzione; iv) non era condivisibile la prospettazione di Mediocredito secondo cui, ai sensi dell'art. 72-quater L. Fall., il credito avrebbe dovuto essere ammesso anche prima dell'allocazione del bene; v) dal tenore letterale dell'art. 72-quater L. Fall. si ricavava chiaramente, senza alcuna distinzione fra canoni scaduti ed ancora da scadere, che "in caso di scioglimento del contratto, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale" e che "il concedente ha diritto ad insinuarsi nello stato passivo per la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene"; vi) la regola generale, quindi, era quella per cui il concedente dovesse innanzitutto procedere con la nuova allocazione del bene e, fino a quel momento, l'insinuazione al passivo era da considerarsi inammissibile. Solo in seguito il concedente avrebbe potuto insinuarsi al passivo, salva la restituzione al fallimento dell'eventuale maggior somma percepita con la riallocazione; vii) neppure le isolate sentenze della Corte di

cassazione n. 15701/2011 e n. 4862/2010 apparivano convincenti per superare il chiaro dato letterale della norma.

2. Avverso il descritto decreto, Mediocredito Italiano s.p.a. ricorre per cassazione, affidandosi a due motivi. Resiste con controricorso la curatela fallimentare, che ha, altresì, depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

#### Motivi della decisione

1. I formulati motivi denunciano, rispettivamente:

I) "Della sussistenza e validità della garanzia prestata dalla fallita in favore della società di leasing opponente e della efficacia della stessa anche in seno al fallimento della garante. Ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, violazione e falsa applicazione della norma di diritto di cui all'art. 113 c.p.c., in relazione agli artt. 52 e 53 L. Fall.. Motivazione contraddittoria, ovvero omessa e/o insufficiente". Si ascrive al tribunale fiorentino di non aver tenuto conto che, nell'ipotesi di fallimento del terzo datore di pegno, il vigente art. 52 L. Fall. ha esteso la necessità dell'accertamento del passivo anche ai diritti reali di garanzia, - quale, nel caso di specie, è il pegno - che possono essere fatti valere nei confronti del terzo datore di pegno fallito al momento di ripartire il risultato utile della vendita della cosa, indipendentemente dalla titolarità di un credito nei suoi confronti. Il giudice a quo, inoltre, aveva omesso di valutare la previsione di cui all'art. 53 L. Fall., ed aveva deciso la vertenza senza ponderare la circostanza di fatto - già riportata dalla odierna ricorrente in sede di opposizione ex art. 98 L. Fall. - secondo cui, in attesa della fissazione dell'udienza per l'esame della domanda di ammissione presentata da Mediocredito Italiano s.p.a., il giudice delegato aveva autorizzato il curatore fallimentare alla vendita, con le modalità dallo stesso descritte, dei beni sottoposti a pegno individuati nel corrispondente provvedimento.

II) "Dell'interpretazione dell'art. 72-quater L. Fall.. Ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 113 c.p.c., in relazione agli artt. 72 e 72-quater L. Fall.. Motivazione contraddittoria, ovvero omessa e/o insufficiente". Si sostiene, alla stregua del combinato disposto degli artt. 72 e 72-quater L. Fall., non solo che i canoni incassati dalla società di leasing non siano assoggettabili all'azione revocatoria fallimentare, ma anche che la medesima società abbia il diritto di ricevere in restituzione il bene oggetto del leasing risolto e l'obbligo di versare al fallimento l'eventuale differenza in eccesso che dovesse residuare dalla vendita o dalla riallocazione del bene, mantenendo il diritto di insinuarsi nel passivo fallimentare per il recupero del proprio credito residuo, decurtato della somma ricavata dalla vendita o dalla riallocazione del bene. Pertanto, se il curatore decide espressamente di sciogliersi dal contratto di locazione finanziaria, o, detti contratti siano stati risolti ante dichiarazione di fallimento per inadempimento dell'utilizzatore, si applicano le riportate disposizioni. D'altronde, se, per ipotesi fattuale, la società di leasing dovesse depositare la sola domanda di rivendicazione ed attendere l'eventuale alienazione dei beni restituiti per poter procedere all'insinuazione al passivo del credito, - determinato, appunto, dalla differenza tra quanto ancora dovuto dall'utilizzatore fallito e quanto ricavato dalla vendita dei beni - occorrerebbe chiedersi quale sarebbe la sorte del credito stesso qualora tale vendita fosse effettuata dopo la chiusura del fallimento e/o successivamente alla previsione dei riparti effettuata dalla Curatela. Nulla, invece, sul punto, riferisce il decreto impugnato, limitatosi ad affermare che solo "...una volta avvenuta la riallocazione del bene, il concedente potrà insinuarsi per il credito residuo, previa restituzione alla curatela della eventuale maggior somma percepita per effetto dell'allocazione...". Si osserva, infine, che, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, la società concedente, per potersi soddisfare mediante la vendita del bene o altra riallocazione dello stesso, deve essere ammessa al passivo del fallimento, e ciò con riguardo sia ai canoni insoluti anteriori alla risoluzione sia con riguardo all'intero credito dalla medesima vantato a seguito dello scioglimento del contratto, comprensivo di capitale residuo e prezzo di opzione.

2. Va, pregiudizialmente, respinta l'eccezione, sollevata dalla curatela fallimentare, in ordine alla pretesa inammissibilità dei descritti motivi nella parte in cui denunciano violazione di legge, essendo la Corte in condizioni di deciderli affatto agevolmente alla stregua di quanto chiaramente desumibile dal solo contenuto del provvedimento impugnato e delle argomentazioni esposte in ricorso.

2.1. Circa l'analogia eccezione mossa dalla medesima controricorrente quanto ai vizi motivazionali prospettati da controparte, il relativo esame può essere differito all'esito dello scrutinio delle formulate censure di violazione di legge, ove ancora dovesse risultare rilevante.

3. Venendo, dunque, al primo motivo, la doglianza di violazione di legge, ivi prospettata, non merita accoglimento per le ragioni di seguito esposte.

3.1. Giova immediatamente rimarcare che, come condivisibilmente evidenziato dal sostituto Procuratore Generale nel corso della sua requisitoria, il richiamo all'art. 53 L. Fall. si rivela, nella odierna fattispecie, non pertinente.

3.1.1. Infatti, questa norma si riferisce ai creditori del soggetto fallito che siano muniti di pegno o privilegio su beni mobili dello stesso.

3.1.2. Nella specie, invece, il credito per il quale Mediocredito Italiano s.p.a. (già Leasint s.p.a.) ha chiesto l'insinuazione al passivo del fallimento (\*) s.r.l. in liquidazione deriva, come è sostanzialmente pacifico tra le parti, dal contratto con cui la prima ebbe a concedere in locazione finanziaria alla B. Agridistribuzione s.r.l. un complesso immobiliare, ed a garanzia del quale la A.A. Holding s.n.c. di A. ed Au.Ba., poi divenuta (\*) s.r.l., costituì in pegno titoli detenuti sul c/c Intesa Sanpaolo per Euro 1.157.921. E' palese, dunque, che l'odierna ricorrente non è creditrice della fallita, avendo quest'ultima esclusivamente garantito, mediante pegno su propri titoli, un credito della prima verso una società terza.

3.2. Occorre, allora, chiedersi: i) se Mediocredito Italiano s.p.a., attesa la situazione appena descritta, possa, o meno, ottenere l'invocata ammissione al passivo del fallimento (\*) s.r.l. in liquidazione; ii) se, per l'ipotesi di soluzione negativa, la medesima ricorrente possa far valere comunque il proprio diritto di prelazione in sede di riparto dell'attivo fallimentare, avendo il fallimento oggi controricorrente la posizione di datore di pegno a garanzia del predetto credito della Mediocredito Italiano s.p.a. nei confronti della B. Agridistribuzione s.r.l.. Tanto sull'assunto che il titolare della garanzia pignoratizia, ove non legittimato a proporre domanda di ammissione al passivo, avrebbe 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 della fallita ((\*) s.r.l. in liquidazione) deve essere depurato prima della ripartizione del ricavato tra i creditori concorsuali.

3.2.1. Al fine della risoluzione dell'odierna controversia, devono, pertanto, trovare applicazione i medesimi principi fatti propri dalla giurisprudenza di questa Corte con riguardo all'ipotesi dell'escussione della garanzia in caso di fallimento del terzo datore di ipoteca: fattispecie, quest'ultima, da ritenersi, invero, assimilabile all'odierna vicenda, per la sostanziale equivalenza dei presupposti di fatto e di diritto che caratterizzano le ipotesi a confronto e per la conseguente corrispondenza della ratio decidendi.

3.3. Orbene, fin dagli anni sessanta del secolo scorso, ci si è interrogati, in dottrina ed in giurisprudenza, su come vada trattata la posizione di chi sia titolare di un'ipoteca prestata dal soggetto poi fallito a garanzia di un debito altrui. Il garantito gode, infatti, in questo caso, di una prelazione su beni immobili dell'attivo fallimentare, senza tuttavia essere creditore diretto del fallimento.

3.3.1. Si tratta della fattispecie della cd. responsabilità senza debito. Le due categorie sono sconnesse. Da una parte esiste il debito, cioè il dovere di adempimento cui corrisponde il credito (per il quale risponde l'intero patrimonio del debitore ai sensi dell'art. 2740 c.c.). Dall'altra, vi è la responsabilità, cioè lo "stato di assoggettamento" di beni determinati del responsabile non debitore che si concretizza a seguito dell'inadempimento dell'obbligato e consente al creditore l'azione esecutiva su tali beni specifici, estranei al patrimonio dello



stesso debitore inadempiente. Qualora il responsabile - non debitore (terzo datore di ipoteca) fallisca, i suoi beni concessi in garanzia sono destinati a soddisfare il creditore garantito, ma quest'ultimo rimane estraneo al rapporto obbligatorio principale: il soggetto garantito non è, cioè, creditore diretto del fallito, dunque non è creditore concorsuale.

3.3.2. La Suprema Corte, con orientamento consolidatosi (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.

3.3.3. In particolare, si riteneva che l'ammissione al passivo del mero titolare di ipoteca non anche creditore diretto del fallito fosse preclusa dalle seguenti norme: a) art. 52 L. Fall., sull'apertura del concorso dei "creditori", che prevedeva l'accertamento di ogni credito, anche se munito di prelazione ("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 norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge"); b) art. 103 L. Fall., che regolava la verifica dei diritti reali sulle sole cose mobili e non anche su quelle immobili, con riferimento alle domande di rivendica, restituzione e separazione ("le disposizioni degli artt. da 93 a 102 si applicano anche alle domande di rivendicazione, restituzione e separazione di cose mobili possedute dal fallito"); c) art. 108, comma 4, L. Fall. ("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"), che imponeva al curatore la notificazione di un estratto dell'ordinanza che dispone la vendita dei beni immobili sia ai "creditori ammessi al passivo con diritto di prelazione" che ai "creditori ipotecari iscritti", categoria quest'ultima che doveva riferirsi proprio al caso di cui si tratta, a conferma della non ammissione al passivo.

3.3.4. Considerata, in ogni caso, la necessità che la posizione del mero garantito venisse in qualche modo "verificata", a tal fine si consentiva al terzo datore l'intervento nella ripartizione dell'attivo, sede nella quale il giudice delegato doveva verificare, non il credito sottostante la garanzia, vantato verso terzi, ma l'esistenza, la validità e l'opponibilità al fallimento del titolo di prelazione con riferimento all'insussistenza di condizioni che rendessero l'ipoteca revocabile o inefficace ex artt. 64 e 67 L. Fall. nonché art. 2901 c.c., a tutela della par condicio creditorum. In forza del richiamo generale contenuto nell'art. 105 L. Fall. alle norme del codice di procedura civile relative al processo di esecuzione (in quanto compatibili), si riteneva esperibile un intervento analogo a quello regolato dagli artt. 498 e ss. c.p.c., con applicazione degli artt. 602-604 c.p.c. sull'espropriazione contro il terzo proprietario.

3.4. 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 proprio già descritto orientamento, all'uopo sostenendo 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. Detta pronuncia ha reso 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 dell'art. 52 L. Fall., comma 2

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 c.p.c. in tema di espropriazione contro il terzo proprietario".

3.4.1. Affermazioni affatto analoghe, peraltro, si rinvengono nella successiva 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 comma 2 ("nonchè 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 perchè il terzo non è creditore diretto del fallito e perchè, in ogni caso, ove anche si volesse estendere la detta disposizione fino a comprendere anche quell'accertamento del diritto verso il terzo datore di garanzia, si dovrebbe introdurre un anomalo contraddittorio con una ulteriore parte, quella corrispondente al debitore garantito proprio dall'ipoteca data dal terzo.

3.5. Da tale orientamento si è recentemente discostata Cass. n. 2657 del 2019, secondo cui le considerazioni giustificative del primo "...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 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". 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 perchè consente di superare ogni incertezza quanto alle modalità ed ai termini dell'accertamento stesso, collocandolo nell'ambito di un sub procedimento, 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...".

3.5.1. Questa stessa decisione, peraltro, dà specificamente atto del già menzionato precedente contrario costituito da Cass. n. 2540 del 2016 e di quanto ivi sostenuto per ribadire l'indirizzo ante riforma, ma afferma che tale ulteriore argomento (quello, cioè, della necessità di introdurre, in caso contrario, un anomalo contraddittorio con il debitore garantito dalla garanzia reale sul bene del terzo fallito), 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...".

3.6. Esigenze di completezza impongono, infine, di evidenziare 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.

3.7. Fermo quanto precede, questo Collegio intende nuovamente ribadire proprio quest'ultimo orientamento, e le corrispondenti descritte argomentazioni che lo sorreggono, osservandosi, in proposito, che: i) il mero titolare di prelazione non riveste la qualifica di creditore (del fallito); ii) l'art. 103 L. Fall. ha esteso il proprio ambito di applicazione ai beni immobili, ma non contiene oggi l'espresso riferimento alla domanda di separazione, che, viceversa, dovrebbe trovare applicazione nel caso di specie (altrettanto varrebbe l'ipotesi della garanzia ipotecaria); iii) l'art. 92 L. Fall. non impone espressamente al curatore di avvisare il titolare di prelazione sui beni del fallito; iv) abrogato l'art. 108, comma 4, L. Fall., l'avviso di cui all'art. 107, comma 3, avrebbe proprio la funzione di consentire al terzo garantito di avere notizia del fallimento e di intervenire in sede di riparto.

3.7.1. Nemmeno convince appieno, poi, l'ulteriore argomento di Cass. n. 2657 del 2019 laddove - al fine di sviscere il contrario assunto, affermato da Cass. n. 2540 del 2016, della necessità di introdurre un anomalo contraddittorio con il debitore garantito dalla garanzia reale sul bene del terzo fallito ove si accedesse alla tesi della necessità dell'utilizzo del procedimento di cui al titolo II, capo V, l.fall., per la "verifica" del diritto di prelazione contro il fallito non creditore, ma mero datore di garanzia - ha statuito che non appare "...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...". A tanto, invero, potrebbe opporsi che l'accertamento del diritto reale di garanzia, di cui titolare è il terzo, sarebbe comunque finalizzato a consentire a quest'ultimo la partecipazione al riparto delle somme ricavate dalla vendita del bene oggetto di garanzia a suo favore, nella misura che risulterebbe 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 sarebbe possibile, per il curatore, svolgere le contestazioni concernenti l'esistenza e l'entità del credito oggetto di garanzia. In assenza di tale situazione processuale, il rischio sarebbe, 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.

3.7.2. Nella prospettiva di Cass. n. 2657 del 2019, pertanto, sembra riecheggiare l'idea che oggetto dell'accertamento del passivo sia il mero diritto al concorso, ovvero un diritto a contenuto esclusivamente processuale 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.

3.8. Merita, allora, di essere evidenziato che la L. 19 ottobre 2017, n. 155 "Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza", nel dettare i principi 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 lett. f) ha disposto che la nuova disciplina dovrà "chiarire le modalità di verifica dei diritti vantati su beni del debitore che sia costituito terzo datore di ipoteca".

3.8.1. Il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, art. 201 "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" (per il prosieguo indicato, più brevemente, come C.C.I.), dispone, al comma 1, 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".

3.8.2. In attuazione della delega è stato, pertanto, esclusivamente 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, lett. b), del menzionato C.C.I.), ed è particolarmente significativo che, nella Relazione illustrativa ai decreti delegati in attuazione della L. n. 155 del 2017, si legge, tra l'altro (cfr. pag. 105-106) che "...non si è ritenuto di esercitare la delega in relazione al criterio relativo all'art. 9 (rectius: 7, Ndr), comma 8, lett. f) (chiarire le modalità di verifica dei diritti vantati su beni del debitore che sia costituito terzo datore di ipoteca), in quanto quella esigenza di chiarimenti è venuta meno con il consolidarsi della condivisibile giurisprudenza della Suprema Corte,...", ivi specificamente richiamandosi i principi resi da Cass. n. 2540 del 2016.

3.8.3. Anche la nuova regolazione della crisi d'impresa, che, nonostante l'ampia vacatio legis, può ragionevolmente assurgere a significativo indice interpretativo delle norme tuttora vigenti, conferma, dunque, come sia preferibile, rispetto alla contraria soluzione adottata da Cass. n. 2657 del 2019, quella già fatta propria dal maggioritario orientamento espresso da Cass. n. 2540 del 2016, Cass. n. 27504 del 2017, Cass. n. 18082 del 2018 e, da ultimo, da Cass. n. 12816 del 2019, a tenore del quale, quindi, il mero beneficiario di prelazione ipotecaria o (come nella specie) pignoratizia non è un creditore concorsuale e, pertanto, i suoi diritti non possono essere accertati nelle forme ordinarie di cui al capo V della legge fallimentare.

3.8.4. Infine, il Collegio ritiene di dover precisare che l'ulteriore tema della necessità, o meno, in sede di riparto, della instaurazione di un contraddittorio con il debitore garantito dalla garanzia reale sul bene del fallito, al fine dell'accertamento del diritto sostanziale ad essa afferente, esula dallo specifico ambito oggettivo della presente controversia, sicchè se ne reputa inopportuna la trattazione in questa sede.

3.8.5. La statuizione del tribunale fiorentino oggi impugnata si rivela, in definitiva, immune dal vizio di violazione di legge ascritte con il motivo in esame (nè le odierne argomentazioni della ricorrente risultano idonee a smentire una siffatta conclusione), rendendo, al contempo, irrilevante, a tacer d'altro, il vizio motivazionale pure ivi lamentato.

4. Alla stregua di quanto si è fin qui riferito, poi, il secondo motivo di ricorso deve considerarsi, evidentemente, assorbito.

5. Il ricorso va, pertanto, respinto quanto al suo primo motivo, con assorbimento del secondo, restando le spese di questo giudizio di legittimità interamente compensate tra le parti in ragione della descritta non uniformità degli orientamenti giurisprudenziali manifestatisi (peraltro dopo la proposizione del ricorso) sul tema discusso.

5.1. Infine, deve darsi atto - in assenza di ogni discrezionalità al riguardo (cfr. Cass. n. 5955 del 2014; Cass., S.U., n. 24245 del 2015; Cass., S.U., n. 15279 del 2017) - della sussistenza dei presupposti per l'applicazione, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17 (applicabile ratione temporis, essendo stato il ricorso proposto successivamente al 30 gennaio 2013), in tema di contributo unificato per i gradi o i giudizi di impugnazione: norma in forza della quale il giudice dell'impugnazione è vincolato, pronunziando il provvedimento che definisce quest'ultima, a dare atto della sussistenza dei presupposti (rigetto integrale o inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione) per il versamento, da parte dell'impugnante soccombente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione proposta.

La Corte rigetta il primo motivo ricorso, dichiarandone assorbito il secondo. Compensa interamente tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della società ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, giusta lo stesso art. 13, comma 1-bis.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima sezione civile della Corte Suprema di cassazione, il 20 giugno 2019.

Depositato in Cancelleria il 12 luglio 2019.