

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TRIBUTARIA

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PLENTEDA Donato	- Presidente -
Dott. ZANICHELLI Vittorio	- Consigliere -
Dott. CRISTIANO Magda	- rel. Consigliere -
Dott. BISOGNI Giacinto	- Consigliere -
Dott. SCALDAFERRI Andrea	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

B.F., elettivamente domiciliata in ..., presso lo studio dell'avv. ..., rappresentata e difesa dall'avv. ..., come da procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

I. s.p.a., in persona del legale rapp.te p.t., elettivamente domiciliata in ..., presso lo studio dell'avv. ..., che la rappresenta e difende come da procura in calce al controricorso, unitamente all'avv....

- controricorrente ricorrente incidentale -

avverso la sentenza n. 898/05 R.G. della Corte d'Appello di Firenze, depositata il 20.6.05;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza dell'8.3.2011 dal Consigliere dr. Magda Cristiano;

uditi gli avv.ti ..., per delega dell'avv. ..., e ... per delega dell'avv. ...;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Carestia Antonietta, che ha concluso per il rigetto del ricorso principale e per l'inammissibilità del ricorso incidentale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

B.F., con atto a rogito del notaio Greco del 28.7.92, concesse ipoteca sino alla concorrenza della somma di vecchie L. 500 milioni alla Banca (in seguito, per brevità, C) su di un immobile di sua proprietà, a garanzia del rimborso del mutuo erogato dalla banca alla N s.r.l..

La mutuataria fu dichiarata fallita il 21.6.95, ma l'istituto di credito mutuante non si insinuò allo stato passivo.

Il 12.3.96 la N presentò una proposta di concordato fallimentare che prevedeva il pagamento del 35% dei crediti chirografari.

Il concordato fu omologato, con sentenza del Tribunale di Firenze del 3.7.96, e fu dichiarato eseguito il 6.2.97.

La C, nel frattempo, promosse procedura esecutiva immobiliare nei confronti della terza datrice di ipoteca, per ottenere il pagamento coattivo dell'intero credito derivante dal contratto stipulato con la N.

La B. propose opposizione all'esecuzione, sostenendo, in via principale, che la banca, non essendosi insinuata allo stato passivo del fallimento della società mutuataria, non aveva più diritto ad escutere la garanzia ipotecaria, ed, in subordine, che l'azione esecutiva avrebbe potuto essere esercitata solo entro il limite del 35% delle somme dovute dalla debitrice alla mutuante alla data del fallimento. Il Tribunale di Firenze, con sentenza del 4.3.03, respinse l'opposizione, affermando che, poiché l'esecutata aveva garantito la banca anche con una fideiussione, operava nella specie il disposto L. Fall., art. 135, comma 2.

Escluse, tuttavia, che il credito della banca nei confronti della fallita avesse natura privilegiata. La sentenza fu appellata in via principale dalla B. ed in via incidentale da I s.p.a., succeduta alla C nella titolarità del rapporto controverso. La Corte d'Appello di Firenze, con sentenza dell'11.2.05, accolse parzialmente l'appello principale e respinse quello incidentale ed, in riforma della sentenza impugnata, affermò che la Banca aveva diritto a procedere esecutivamente nei confronti della terza datrice d'ipoteca entro e non oltre il limite del 35% del credito vantato nei confronti della N s.r.l. alla data di fallimento della società. La Corte rilevò in motivazione: che l'esecuzione era stata promossa in forza dell'atto notarile di concessione dell'ipoteca, e non della fideiussione, sicché il primo giudice aveva errato nel ritenere che la banca potesse ottenere il pagamento coattivo dell'intero credito vantato verso la debitrice in base ad un titolo che non partecipava alla procedura né in via principale né in via di intervento; che la garanzia ipotecaria non poteva ritenersi estinta per il solo fatto che la C non aveva presentato domanda di ammissione allo stato passivo della N., in quanto, a norma della L. Fall., art. 135, il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento, compresi quelli non insinuati; che tuttavia, proprio in virtù di tale principio, la creditrice non poteva ottenere dalla terza datrice più di quanto avrebbe potuto ottenere dalla debitrice fallita; che, infine, era palesemente infondata la pretesa della banca di veder riconoscere natura privilegiata al proprio credito, per sottrarlo alla falce concordataria, in quanto l'ipoteca gravava su un bene di terzi, non acquisito alla massa attiva fallimentare.

La B. ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza, affidato a due motivi.

I s.p.a. ha resistito con controricorso, ed ha proposto ricorso incidentale sorretto da un unico motivo ed illustrato da memoria, cui la B. ha a sua volta resistito con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso principale e quello incidentale vanno riuniti ai sensi dell'art. 335 c.p.c..

1) Va preliminarmente respinta l'eccezione, svolta per la prima volta dalla B. nel controricorso, di inammissibilità del ricorso incidentale della banca a causa della pretesa tardività dell'appello incidentale dalla stessa proposto: la questione, non dedotta entro il termine di impugnazione della sentenza di secondo grado, risulta infatti coperta dal giudicato interno formatosi sulla pronuncia della Corte d'Appello che, respingendo nel merito il gravame incidentale, l'ha evidentemente ritenuto tempestivo.

2) Con il primo motivo di ricorso, B.F., denunciando violazione della L. Fall., artt. 51, 52 e 135, sostiene che la C non aveva diritto a promuovere l'azione esecutiva nei suoi confronti.

Rileva in proposito che il creditore, per poter attuare la procedura di espropriazione contro il terzo datore d'ipoteca, deve essere munito di titolo esecutivo verso il debitore - cui non può supplire l'atto pubblico notarile di concessione dell'ipoteca - e che la banca, avendo rinunciato ad insinuarsi allo stato passivo del fallimento della N, era priva di tale titolo. Deduce, sotto altro profilo, che, una volta approvato, omologato ed eseguito il concordato fallimentare, il credito anteriore alla dichiarazione di fallimento si estingue ed è sostituito da quello derivante dall'obbligo di pagamento assunto dal debitore col concordato ed, in base a tale premessa, assume che anche la garanzia prestata dal terzo datore d'ipoteca (che, a differenza del coobbligato, del fideiussore e dell'obbligato in via di regresso, non assume un'obbligazione personale nei confronti del creditore, ma realizza un'ipotesi di responsabilità senza debito proprio) si estingue, ai sensi dell'art. 2878 c.c., n. 3, rendendo il garante non più aggredibile in via esecutiva.

Entrambe le censure nelle quali si articola il motivo devono essere respinte. La L. Fall., art. 51, che vieta azioni esecutive individuali sui beni compresi nel fallimento, opera sul piano formale e contribuisce a dare attuazione alla regola del concorso, che, ai sensi del successivo art. 52, comma 1 vige in ambito fallimentare, e che impone a tutti i creditori che intendano soddisfarsi sul ricavato dalla vendita dei beni acquisiti all'attivo di parteciparvi, proponendo domanda di insinuazione allo stato passivo per far accertare i rispettivi crediti. Nulla autorizza, però, a trarre dalla norma in esame una sorta di regola capovolta, secondo cui la mancata partecipazione al concorso determinerebbe l'estinzione del titolo esecutivo di cui il creditore sia eventualmente munito nei confronti del fallito: non v'è, infatti, alcuna equivalenza fra perdita della facoltà processuale e perdita del diritto sostanziale di azione, nè v'è un obbligo per il creditore concorsuale - divenuto tale ipso iure, per effetto della dichiarazione di fallimento del proprio debitore - di diventare creditore concorrente.

Al contrario, in dottrina e in giurisprudenza si afferma che la dichiarazione di fallimento non impedisce al creditore di tenere in serbo il titolo di cui sia in possesso per farlo poi valere contro il fallito tornato in bonis, nè di procurarselo iniziando o proseguendo contro il fallito stesso un giudizio nelle forme e nelle sedi ordinarie, purché questo sia privo di qualunque effetto nei confronti della massa (fra molte, Cass. nn. 14981/06, 13778/06, 3245/03, 14856/01).

Escluso dunque che la "sopravvivenza" (se così si può dire) del titolo esecutivo formato contro il debitore poi fallito sia condizionata alla presentazione della domanda di ammissione al passivo, deve concludersi che in pendenza della procedura, pur essendo divenuta improcedibile (o improseguibile) l'azione singolare volta alla riscossione coattiva del credito nei confronti dell'insolvente, il titolo mantiene la sua validità ad ogni altro effetto.

Ne consegue che legittimamente la C ha promosso l'espropriazione contro la terza datrice d'ipoteca avvalendosi del titolo esecutivo di cui era munita verso la N, costituito (secondo quanto accertato nella sentenza impugnata e non contestato dalla B.) dal contratto di mutuo ricevuto dal notaio. Ugualmente priva di fondamento è l'ulteriore tesi della ricorrente, secondo cui, una volta approvato ed omologato il concordato fallimentare, il credito anteriore alla dichiarazione di fallimento si estingue ed è sostituito da quello derivante dall'obbligo di pagamento assunto dal debitore col concordato: il c.d. effetto esdebitatorio del concordato non comporta, infatti, la novazione del credito, ma solo la sua definitiva riduzione alla percentuale offerta. Ne consegue che l'eventuale natura sostanziale di tale effetto (per il vero esclusa dalla dottrina maggioritaria, che ravvisa il suo presupposto giuridico in un pactum de non petendo e nella conseguente rinuncia ad agire dei creditori per il pagamento del residuo) determinerebbe l'estinzione della sola parte del credito eccedente detta percentuale.

Le sentenze citate dalla B. a preteso conforto del proprio assunto non contrastano con tale conclusione, in quanto riguardano la diversa fattispecie dell'avvenuto pagamento da parte del debitore concordatario, nella misura offerta, del credito garantito da ipoteca sui beni di un terzo: in tale ipotesi non v'è dubbio che l'ipoteca si estingua, non avendo il creditore più nulla a pretendere dall'originario debitore e non essendo il terzo datore obbligato in proprio all'adempimento.

3) Con il secondo motivo la B., denunciando violazione degli artt. 2869, 1203 e 2871 c.c., sostiene che la mancata insinuazione della C allo stato passivo del fallimento le avrebbe impedito di surrogarsi ex lege, ai sensi dell'art. 1203 c.c., nelle ragioni vantate dalla banca nei confronti della N e lamenta che la Corte territoriale, respingendo tale tesi, abbia escluso l'operatività nella specie dell'art. 2869 c.c..

Anche questa censura è infondata.

La L. Fall., art. 135, comma 1 prevede che il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento, compresi quelli che non hanno presentato domanda di insinuazione al passivo.

Dalla norma si ricava dunque, a contrario, che i creditori concorsuali non insinuati conservano il diritto ad ottenere il pagamento del proprio credito, sebbene nella ridotta misura prevista dalla proposta concordataria.

Non essendo precluso alla banca mutuante di far valere, entro tale limite, le proprie ragioni nei confronti della N, neppure è precluso alla B. di surrogarsi in tali ragioni una volta che abbia provveduto a soddisfare il credito garantito. La ricorrente sembra, d'altro canto, dimenticare che, ai sensi della L. Fall., art. 131, comma 4, nel testo applicabile *ratione temporis* al caso di specie, (che, dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2006, trova oggi corrispondenza nell'art. 130, comma 2 della legge) l'omologazione del concordato comporta la chiusura del fallimento.

E' dunque escluso che possano nel caso di specie trovare ingresso le complesse questioni connesse all'esercizio, in ambito fallimentare, del diritto di surroga e di regresso dei terzi garanti che non abbiano integralmente soddisfatto il credito garantito anteriormente alla dichiarazione di insolvenza. Per contro, non si comprende perché la mancata insinuazione della Banca nello stato passivo di un fallimento ormai chiuso dovrebbe impedire il soddisfacimento del credito di regresso della B. nei confronti della debitrice, tornata in bonis per effetto di un concordato con il quale si è obbligata al (parziale) pagamento anche del credito garantito dalla terza datrice.

3) Va infine dichiarato inammissibile l'unico motivo di ricorso incidentale, con il quale I, senza neppure indicare le norme in ipotesi violate dalla Corte d'Appello, sostiene che il proprio credito, essendo assistito da garanzia ipotecaria, non sarebbe assoggettato alla falcidia concordataria ed afferma di aver diritto ad agire in via esecutiva nei confronti della B. per ottenerne l'integrale soddisfacimento.

La censura si risolve infatti nel richiamo ad una serie di sentenze prive di attinenza alla fattispecie in esame (nelle quali, pur essendo pacifico che il credito insinuato fosse munito di privilegio speciale, si discuteva se detto privilegio dovesse essere riconosciuto nonostante la mancata acquisizione all'attivo dei beni sui quali esercitarlo), ma non contiene alcuna deduzione volta specificamente a contrastare l'affermazione della Corte di merito in ordine alla natura chirografaria del credito vantato dalla Banca nei confronti della fallita ed alla conseguente inesistenza di un diritto della stessa ad essere soddisfatta con preferenza sui beni acquisiti alla massa fallimentare.

La parziale, reciproca soccombenza delle parti, giustifica la compensazione delle spese processuali nella misura di un terzo.

I rimanenti due terzi vanno posti a carico della B. e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

LA CORTE riunisce i ricorsi; rigetta il ricorso principale e dichiara inammissibile il ricorso incidentale; dichiara compensate fra le parti le spese del giudizio di legittimità nella misura di un terzo;

condanna la ricorrente a pagare a I i rimanenti due terzi, che liquida in Euro 4.000,00 per onorari ed Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 8 marzo 2011.

Depositato in Cancelleria il 20 giugno 2011