

Civile Sent. Sez. 1 Num. 6377 Anno 2015

Presidente: CECCHERINI ALDO

Relatore: DIDONE ANTONIO

Data pubblicazione: 30/03/2015

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

in persona del Curatore

dott.ssa elettivamente

domiciliato in presso

l'avvocato , che lo rappresenta

e difende unitamente all'avvocato

giusta procura speciale per Notaio dott. I

- Rep.n del

- **ricorrente** -

contro



I - C.F., (nella
qualità di società incorporante la
.....), nella qualità di
procuratore di
(denominazione assunta dall'incorporazione del
.....), in
persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in
..... presso l'avvocato,
che la rappresenta e difende unitamente
all'avvocato, giusta procura in calce
al controricorso;

- **controricorrente** -

contro

- **intimati** -

Nonché da:

.....), elettivamente domiciliato in
..... presso l'avvocato
..... che lo rappresenta e difende unitamente
all'avvocato, giusta procura a margine
del controricorso e ricorso incidentale;

- **controricorrente e ricorrente incidentale** -

contro



(nella
qualità di società incorporante la
) , nella qualità di
procuratore di
(denominazione assunta dall'incorporazione del
in
persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in
, presso l'avvocato
che la rappresenta e difende unitamente
all'avvocato , giusta procura in calce
al controricorso;

**- controricorrente al ricorso incidentale -
contro**

MENTE L.,

- intimati -

avverso la sentenza n. del TRIBUNALE di

A, depositata il
udita la relazione della causa svolta nella
pubblica udienza del , dal Consigliere
Dott. ANTONIO DIDONE;

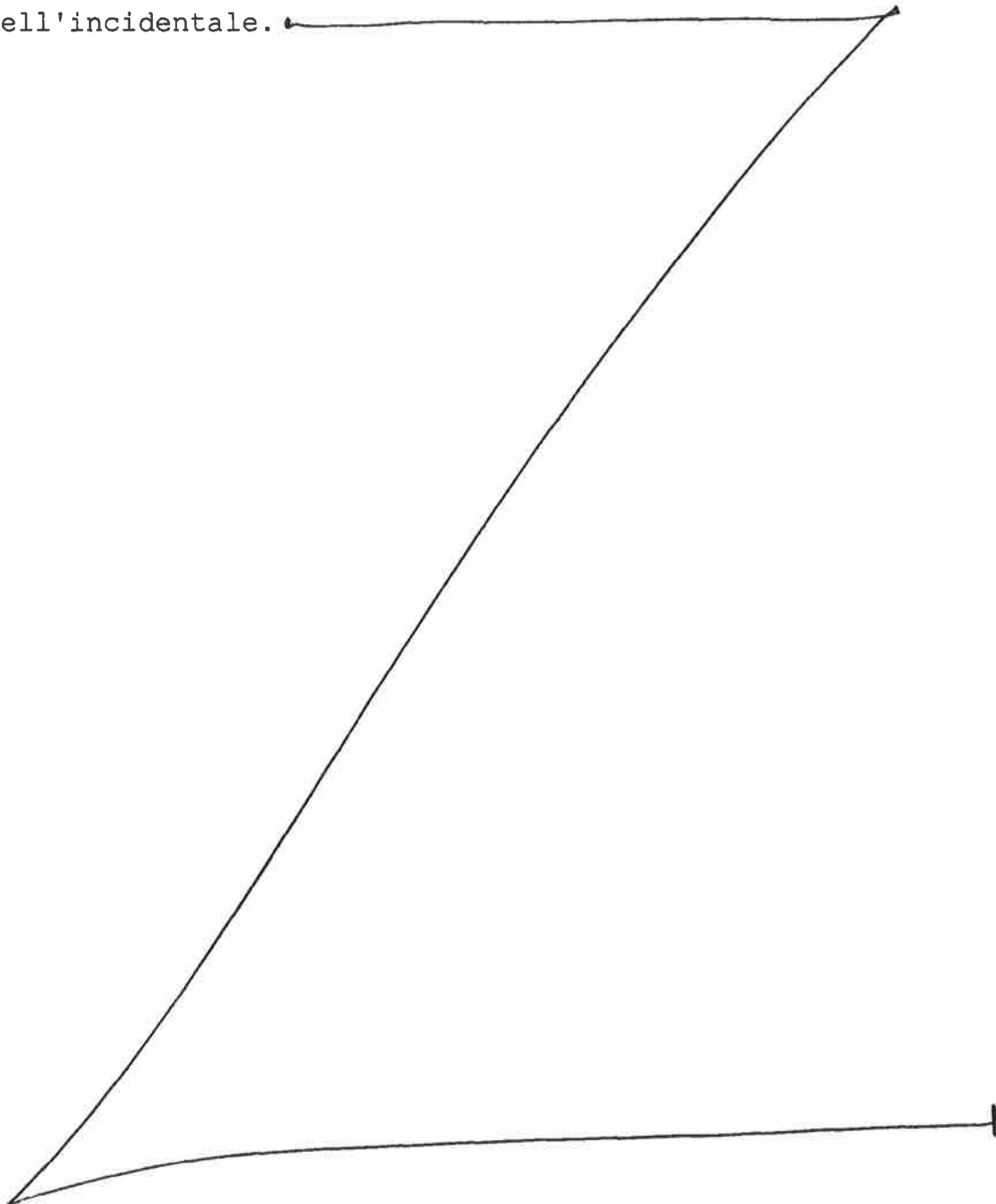
uditi, per il ricorrente, gli Avvocati
e che hanno chiesto
l'accoglimento del ricorso principale, il rigetto



dell'incidentale;

udito, per la controricorrente INTESA, l'Avvocato
con delega, che ha chiesto il
rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. MAURIZIO VELARDI che ha concluso per
l'accoglimento sia del ricorso principale, sia
dell'incidentale.



[Handwritten signature]

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Rilevava inoltre che per il disposto dell'articolo 52 della legge fallimentare il creditore fondiario poteva proseguire l'azione esecutiva, pur con l'intervento del curatore del fallimento. Chiedeva pertanto la revoca dell'ordinanza e la prosecuzione della procedura mediante formazione del progetto di distribuzione.

Costituitosi in giudizio il curatore del fallimento ha chiesto il rigetto del ricorso sostenendo che l'eventuale intervento del curatore non avrebbe potuto comportare una differente distribuzione delle somme ricavate dalla procedura concorsuale e che l'opponente avrebbe dovuto intervenire tempestivamente per impedire la cancellazione dell'ipoteca.

Si è costituito anche l'aggiudicatario , rilevando che già aveva patito un danno allorché, avendo corrisposto il prezzo con un contratto preliminare, si era visto costretto a riacquistare quanto in definitiva era già di sua proprietà.

Ha chiesto quindi la conferma dell'ordinanza impugnata e la formazione di un progetto di distribuzione che tenesse conto del suo privilegio ex articolo 2775 bis c.c.

Il Tribunale, con il provvedimento impugnato, ha accolto l'opposizione per la ragione che il curatore non aveva provato la graduazione dei crediti e l'eccedenza di quanto ricavato rispetto al credito fondiario in esecuzione. Ha annullato, pertanto, l'ordinanza del giudice dell'esecuzione.

Contro il provvedimento del tribunale la curatela fallimentare ha proposto ricorso per cassazione affidato a un solo motivo.



L'aggiudicatario ha proposto ricorso incidentale affidato a un motivo concluso da due quesiti.

Ha resistito con controricorso la società che rappresenta l'incorporante

Nel termine di cui all'art. 378 c.p.c. le parti hanno depositato memorie.

2.- Con l'unico motivo di ricorso la curatela fallimentare denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 41 II comma d. lgs. 1° settembre 1993 n. 385 in combinato disposto con l'art. 52 l. fall. e formula - ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c., applicabile ratione temporis - il seguente quesito: <<se nei confronti dell'istituto di che, ai sensi dell'art. 41, II comma, D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, abbia proseguito e portato al termine l'azione esecutiva individuale contro il debitore di cui sia nelle more sopravvenuto il fallimento, possa essere ordinata la restituzione al curatore fallimentare delle somme ivi percepite anche prima del riparto finale e dell'annessa definitiva graduazione dei crediti, allorché, non avendo l'istituto proposto domanda di insinuazione al passivo per le proprie ragioni creditorie, di queste ultime non sia possibile tener conto, in sede di graduazione medesima>>.



3.- E' noto che con il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, approvato con D.Lgs. 15 settembre 1993 n. 385 ed entrato in vigore il 15 gennaio 1994, la disciplina del credito fondiario è stata sintetizzata in quattro articoli (artt. 38, 39, 40 e 41 t.u.l.b.).

Fra questi interessa la presente fattispecie l'art. 41, secondo comma.

Quest'ultima disposizione così recita: "L'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore. Il curatore ha facoltà di intervenire nell'esecuzione. La somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento".

Una suggestiva interpretazione letterale della norma di cui all'art. 41 t.u.l.b. ha indotto parte della dottrina ad escludere qualsiasi onere od obbligo della banca ad insinuare il proprio credito nel passivo fallimentare.

Invero, dalla disposizione dell'art. 41, secondo comma, t.u.l.b., secondo la quale "la somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento" si è tratta la conclusione che il riparto menzionato dalla norma sia quello dell'esecuzione



individuale. Ciò in quanto altrimenti "non avrebbe alcun senso la previsione dell'attribuzione al fallimento della somma residua, essendo, in caso di riparto fallimentare, ogni somma già detenuta dal fallimento". Ne conseguirebbe, quindi, la conferma dell'insussistenza di un obbligo di insinuazione al passivo fallimentare del credito soddisfatto esecutivamente.

Sennonché, tale ricostruzione appare inconciliabile con la facoltatività dell'intervento del curatore fallimentare nell'esecuzione individuale, la quale contrasta con l'obbligo di attribuzione al fallimento della somma residua.

Talché, si giunge ad ipotizzare una tale attribuzione "anche in assenza dell'intervento del curatore" senza spiegare, però, sulla base di quale meccanismo processuale si realizzerebbe questa attribuzione d'ufficio.

La verità è che l'art. 41 t.u.l.b. deroga soltanto al divieto di azioni esecutive individuali previsto dall'art. 51 legge fallimentare, ma non alla norma imperativa di cui all'art. 52 legge fallimentare, secondo la quale "ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione, deve essere accertato secondo le norme" della legge fallimentare, "salvo diverse disposizioni della legge". Eccezione, questa, certamente non rinvenibile nell'art. 41 t.u.l.b.



Anzi, è proprio il riferimento da parte della norma all'adempimento del riparto che rende insostenibile la tesi qui criticata. Infatti, in difetto di intervento del curatore che rappresenta tutti i creditori del fallito non si vede quale riparto debba ordinare il giudice dell'esecuzione individuale, posto che gli altri creditori, per il divieto di cui all'art. 51 legge fallimentare, non possono intervenire nell'espropriazione promossa per crediti fondiari (ciò che rende inammissibile l'intervento in giudizio di ~~una banca~~, da rilevare d'ufficio ex art. 382 c.p.c.).

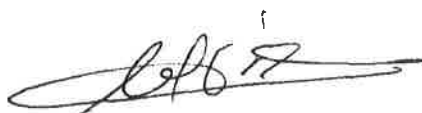
Talché, l'insinuazione al passivo fallimentare va vista come onere per la banca mutuante al fine dell'esercizio del diritto di trattenere definitivamente quanto percepito (Sez. 1, n. 23572/2004; conf. Sez. 1, n. 17368/2012), sì che i privilegi processuali mantenuti per i crediti fondiari si risolvono in una mera "anticipazione di valuta" in favore delle banche erogatrici di finanziamenti fondiari, "nel senso, cioè, di consentire alle stesse di disporre di quanto loro spettante ma non di importi superiori in via anticipata rispetto al momento nel quale si determina, con la conclusione dell'attività di liquidazione e con l'esecuzione del piano di riparto, il quantum spettante a ciascun creditore concorrente".



La lettura offerta dalla giurisprudenza di legittimità, peraltro, è stata ora codificata dalla riforma della legge fallimentare, con la previsione espressa (nel nuovo art. 52, ult. comma, 1. fall.) dell'onere di insinuazione anche per i creditori esentati dal divieto di cui all'art. 51 1. fall. e dalla previsione, nel progetto delle somme da ripartire "nel fallimento", anche dei "crediti per i quali non si applica il divieto di azioni esecutive" di cui alla medesima norma (nuovo art. 110, comma 1, 1. fall., come modificato dal d.lgs. correttivo).

Alle argomentazioni innanzi esposte va aggiunto che non è possibile considerare come dato pacifico che la distribuzione del ricavo nell'esecuzione a istanza del credito fondiario fosse avvenuta prima della dichiarazione di fallimento, circostanza bensì affermata dal credito fondiario, ma dal curatore non ammessa esplicitamente. D'altra parte, tale questione, accennata dal credito fondiario, non essendo stata accertata e neppure discussa nel giudizio di merito, va ritenuta nuova e come tale non prospettabile per la prima volta in sede di legittimità.

Nella concreta fattispecie è mancata l'insinuazione al passivo della banca per il credito azionato nella procedura esecutiva. Talché il provvedimento impugnato deve essere cassato con rinvio per nuovo esame e per il regolamento delle spese.



In forza dell'art. 382 c.p.c., decidendo sul ricorso incidentale proposto da .. , occorre dichiarare inammissibile l'intervento da questi spiegato nel giudizio nella qualità di creditore, con compensazione delle relative spese.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso principale, cassa il provvedimento impugnato e rinvia per nuovo esame e per le spese al Tribunale di Parma, in diversa composizione per nuovo esame; provvedendo sul ricorso incidentale dichiara inammissibile l'intervento di Mazza Danilo nel giudizio di opposizione agli atti esecutivi, dichiarando compensate tra le parti le spese di tutti i gradi tra quest'ultimo e le altre parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 17 marzo 2015 a seguito di riconvocazione.

7