

Il fallimento del terzo datore d'ipoteca: la tutela del creditore tra ammissione al passivo ed ammissione in sede distributiva  
*“Passato, Presente e Futuro”*

**Commento alla sentenza della Corte Suprema di Cassazione 18790/2019 del 12 luglio 2019 (sez. I Relatore dott. Eduardo Campese)**

# Chi è il terzo datore di ipoteca:

Normalmente l'ipoteca si iscrive su un immobile di proprietà di chi contrae il mutuo, spesso proprio sull'immobile che viene acquistato contestualmente con la somma ottenuta dalla banca.

Può anche accadere, però, che la garanzia ipotecaria sia concessa da un'altra persona, che viene chiamato appunto **terzo datore d'ipoteca**.

Il terzo datore d'ipoteca non assume alcuna obbligazione a titolo personale, cioè non si impegna a pagare le rate del mutuo, ma interviene all'atto per consentire che l'ipoteca sia iscritta su un immobile di sua proprietà.

Solo nel caso in cui il debitore non adempie alle proprie obbligazioni, il terzo datore sarà colui che "subisce" l'espropriazione del proprio immobile (a meno che non provveda al pagamento di quanto richiesto dalla banca con fondi propri evitando così l'espropriazione).

Si parla di terzo datore d'ipoteca anche quando chi chiede il mutuo non è l'unico proprietario dell'immobile ipotecato.

*Esempio:* Due coniugi acquistano insieme la casa, ma il mutuo è richiesto solo dal marito, la moglie deve intervenire per concedere l'ipoteca anche sulla metà della casa di sua proprietà.

**Quindi il terzo datore di ipoteca è colui che per un debito non proprio garantisce l'eventuale inadempimento di qualcun altro**

E se il terzo datore di ipoteca fallisce il creditore cosa deve fare?

# IL PASSATO

*Il testo dell'art 52 del R.D. 18 dicembre 1941, n.1368 ante riforma d.lgs n.5 del 2006*

**L'art 52. Concorso dei creditori.**

**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.**

La giurisprudenza della Suprema Corte, con orientamento consolidatosi nel tempo (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. 7 I 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 la facoltà di intervenire nella ripartizione dell'attivo per trovare soddisfazione sul ricavato della liquidazione dello specifico bene, sul quale insiste la prelazione.

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 I.fall., sull'apertura del concorso dei "creditori" che prevedeva l'accertamento di ogni credito, anche se munito di prelazione;

b) art. 103 I.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 ;

c) art. 108, comma 4, I.fall. che prevede la notifica dell'ordinanza che dispone la vendita da parte del curatore fallimentare a ciascuno dei creditori ammessi al passivo con diritto di prelazione sull'immobile, nonché ai creditori ipotecari iscritti;

Il compito del Giudice Delegato rimaneva quello di verificare, non il credito sottostante la garanzia, 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 2901 cod. civ., a tutela della par condicio creditorum.

Quindi **il mero titolare di prelazione, non essendo creditore concorsuale, in quanto non ha un credito diretto nei confronti del fallito,** non può divenire creditore concorrente mediante l'ammissione al passivo.

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. cod. proc. civ., con applicazione degli artt. 602-604 cod. proc. civ. sull'espropriazione contro il terzo proprietario.

# IL PRESENTE

*La riforma del 2006 (dlgs n.5 del 9 gennaio 2006 e successiva modifica dlgs 169 del 12 settembre 2007)*

Ha modificato l'art 52 che ora dispone (in grassetto le modifiche):

*«Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito.*

*Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione **o trattato ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1)**(crediti prededucibili), **nonché' ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare**, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge.*

***Le disposizioni del secondo comma si applicano anche ai creditori esentati dal divieto di cui all'art. 51 (quest'ultimo comma aggiunto dalla modifica del 2007).»***

La Cassazione con la sentenza n.2540 del 2016 ha confermato l'orientamento ante riforma del 2006, evidenziando:

- 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 sentenza ha pertanto confermato l'orientamento espresso ante riforma del 2006 enunciando il seguente principio di diritto:

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 erano creditori del fallito e non possono avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo, e l'accertamento dei diritti del terzo (poi fallito) non può essere sottoposto alle regole del concorso, senza che sia instaurato il contraddittorio con la parte che si assume essere sua debitrice, dovendosi invece avvalere, i creditori, delle modalità di cui agli artt.602-604 cod. proc. civ. in tema di espropriazione contro il terzo proprietario

Sulla medesima linea si è espressa successivamente la giurisprudenza della Corte di Cassazione con la sentenza 18082/2018 del 10 luglio 2018 (sez. 3 Relatore dott. Marco Dell'Utri), avente ad oggetto il pegno di polizze costituite dal terzo non debitore, successivamente fallito, richiamata la precedente sent. 2540/16:

- *osserva il Collegio come, ai fini della risoluzione dell'odierna controversia, debbano trovare applicazione i medesimi principi fatti propri dalla giurisprudenza di questa Corte (che il Collegio condivide integralmente e ribadisce in questa sede, al fine di assicurarne continuità) con riguardo all'ipotesi dell'escussione della garanzia in caso di fallimento del terzo datore di ipoteca;*
- *che tale fattispecie, infatti, deve ritenersi assimilabile al caso di specie, 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;*

- *che nel delineare detti principi, la Corte di legittimità ha evidenziato come i titolari di diritti d'ipoteca sui beni immobili compresi nel fallimento e già costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, non possono - anche dopo la novella dell'art. 52, comma 2, l.fall., introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2006 - avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo, di cui al capo V della l.fall., in quanto non sono creditori diretti del fallito e l'accertamento dei loro diritti non può essere sottoposto alle regole del concorso, senza che sia instaurato il contraddittorio con la parte che si assume loro debitrice, dovendosi, invece, avvalere, per la realizzazione delle loro pretese in sede esecutiva, delle modalità di cui agli artt. 602-604 c.p.c. in tema di espropriazione contro il terzo proprietario ( Sentenza n. 2540 del 09/02/2016, sez. I);*
- *che è appena il caso di rilevare come (nel caso di specie in tema di pegno di polizze n.d.r.) l'affermazione di tale ratio decidendi renda del tutto irrilevante la questione del momento di escussione del pegno (ossia, se coincidente con quello della richiesta del disinvestimento delle polizze o del pagamento delle somme disinvestite), poiché in ogni caso il creditore pignoratizio è destinato a soddisfare le proprie ragioni fuori dal concorso dei creditori della società terza datrice della garanzia;*



## La Corte ci ripensa e inverte completamente il proprio orientamento la sent. n. 2657/2019 del 30 gennaio 2019(sez. 1 Rel. Carlo De Chiara)

Succede con la recente sentenza n.**2657/2019** con la quale la Corte ha evidenziato che con la riforma del 2006 è stato modificato il testo delle disposizioni richiamate dalla giurisprudenza formatasi ante 2006 infatti:

*L'art. 52, secondo comma, 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».*

Quindi secondo la Corte alla luce della sentenza 2657/2019 i titolari di diritti d'ipoteca sui beni immobili compresi nel fallimento e già costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, dopo la riforma introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2006 devono avvalersi, ai sensi del novellato art. 52, comma 2, l.fall., del procedimento di verifica dello stato passivo di cui al capo V della L.fall..

# Un nuovo “Dietro Front” della Cassazione

## La sentenza 18790 del 12 luglio 2019 (sez. I<sup>^</sup> Rel. Eduardo Campese)

A meno di 7 mesi di distanza dalla sentenza 2657/19, la sentenza in esame n.18790/2019 ribadendo l'orientamento consolidatosi negli anni in dottrina e in giurisprudenza, ritiene che, in caso di fallimento del c.d. responsabile non debitore (nella specie terzo datore di pegno (nel caso di specie si trattava di pegno costituito su titoli depositati sul cc), il soggetto garantito non debba insinuarsi al passivo al fine di far accertare il proprio diritto di prelazione bensì meramente intervenire nella ripartizione dell'attivo.

Secondo la Corte

*Il (creditore) garantito gode, infatti, in questo caso, di una prelazione su beni immobili dell'attivo fallimentare, senza tuttavia essere creditore diretto del fallimento. **Si tratta della fattispecie della cd. responsabilità senza debito.***

*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.***

La Corte richiama la propria giurisprudenza già esaminata in particolare le sent. n.27504/2017 e n.18082/2018 riassumendone i punti salienti a sostegno del proprio convincimento:

- 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 **(si trattava di pegno costituito su titoli depositati sul cc della Banca)** (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.*

Tutto ciò in totale disaccordo con l'innovativa ordinanza del 30 gennaio 2019, n. 2657 della medesima Sezione della Corte di Cassazione che aveva, invece, sostenuto come l'inclusione dell'accertamento del diritto del terzo non creditore, garantito da ipoteca, nella fase di formazione dello stato passivo fosse preferibile dal punto di vista logico-sistematico.

Secondo il principio di diritto enunciato con la sent. n.18790/2019, la posizione del creditore garantito viene, verificata attraverso l'intervento dello stesso nella ripartizione dell'attivo, ove il Giudice Delegato è tenuto a 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 rendano l'ipoteca revocabile o inefficace ex artt. 66 e 67 l.f., nonché ex art. 2901 c.c.

# IL FUTURO

## L'art. 201 del d.lgs. del 12 gennaio 2019, n. 14, "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza"

La Corte sempre nella indicata sent. 18790/2019 prospetta quale sarà il futuro per i creditori del terzo datore di ipoteca evidenziando che:

*- 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 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) 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".*

*- L'art. 201 del d.lgs. del 12 gennaio 2019, n. 14, "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" 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".*

*- 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, lettera 6)*

# Riassumendo:

- Fin tanto che non sarà entrato in vigore il “codice della crisi di impresa e dell’insolvenza” il creditore che non sia un creditore diretto del fallito ma vanti nei suoi confronti una prelazione ipotecaria o pignoratizia non è un creditore concorsuale e pertanto i suoi diritti non potranno essere accertati nelle forme ordinarie di cui al capo V della legge fallimentare con l’insinuazione al passivo del fallimento, ma potrà/dovrà agire in via esecutiva ai sensi art 602-604 c.p.c. o intervenire nel fallimento (non con l’istanza ex art 93 L.F.) per far valere il proprio diritto sul bene.
- All’esito della entrata in vigore del nuovo “codice della crisi di impresa e dell’insolvenza” il creditore dovrà proporre ricorso da trasmettere a mezzo di posta elettronica certificata all’indirizzo pec del fallimento, almeno trenta giorni prima dell’udienza fissata per l’esame dello stato passivo.