

ORIGINALE

Avv. GIANPAOLO TANCREDI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE
Via Umberto Fraccareta n.78 - C.P. 263
Tel. 0882-332603 Fax 0882-377211
71016 SAN SEVERO (FG)
ANNO 2012



N. 5497/08 R.G. N. 6288 Cron.
N. 1345/12 Sent. N. 1387/12 Rep. SUCID



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il TRIBUNALE CIVILE di FOGGIA, in composizione monocratica e nella persona del giudice, dott. M. Angela Marchesiello ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in prima istanza iscritta al N. 5497 del ruolo generale affari contenziosi dell'anno 2008 e riservata per la decisione (con assegnazione di termini ex art. 190 c.p.c. ridotti) sulle conclusioni precisate all'udienza del 14/06/2012

TRA

[REDACTED] e [REDACTED], elettivamente domiciliati in Foggia presso lo studio dell'avv. Stefano Aquilino che li rappresenta in giudizio, unitamente agli avv.ti Gregorio Iannotta e Giuseppe Conte del foro di Roma, giusta mandato in calce all'atto di opposizione - Opponent/ -

E

BANGAPULIA S.p.A., in persona del suo l.r.p.t., domiciliata in San Severo presso lo studio dell'avv. Gianpaolo Tancredi che la rappresenta e difende, unitamente all'avv. Umberto Morera del foro di Roma, per procura in calce alla copia notificata dell'atto di opposizione - Opposta -

Oggetto: Opposizione a precetto

Conclusioni

All'udienza del 14/06/2012, l'avv. Aquilino, per gli opponenti, conclude come da verbale, riportandosi integralmente ai propri atti.

Handwritten signature/initials

La delegata degli avv.ti Tancredi e Morera si riporta al "foglio di conclusioni" allegato al verbale di udienza.

LA PRESENTE SENTENZA VIENE REDATTA SENZA LA PARTE ESPOSITIVA DELLO SVOLGIMENTO DEL PROCESSO, AI SENSI DEI NOVELLATI ARTT. 132, CO. 2 N. 4 C.P.C. E 118 DISP. ATT. C.P.C., COME MODIFICATI DALLA L. 18/06/2009 N. 69, IMMEDIATAMENTE APPLICABILI, A PARTIRE DAL 4/07/2009, AI GIUDIZI PENDENTI IN PRIMO GRADO, GIUSTA ART. 58, CO. 2 DISP. TRANS.

**CONCISA ESPOSIZIONE delle RAGIONI di FATTO e di DIRITTO
della DECISIONE**



Nel prendere atto che gli opposenti non hanno provveduto a depositare gli atti defensionali conclusivi, né a restituire il proprio fascicolo di parte, rilevasi innanzitutto che il Collegio, in sede di reclamo avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza di sospensiva ex art. 615, co. 1 c.p.c., ha già verificato l'infondatezza di entrambe le eccezioni preliminari sollevate dalla Banca opposta (di carenza di interesse ad agire degli opposenti per decorso del termine di efficacia del precetto opposto e di difetto di legittimazione attiva della ██████ per intervenuta donazione al figlio dell'immobile ipotecato in favore di BancApulla).

A tali condivisibili ed esaustive motivazioni è sufficiente dunque riportarsi integralmente, senza bisogno di soffermarsi oltre sul punto.

Nel merito, l'opposizione è infondata.

Gli opposenti sostengono che il verbale di conciliazione giudiziale del 25/10/2004 - con cui, a definizione del giudizio di opposizione allo stato passivo promosso dalla BancApulla nei confronti del fallimento ██████ ██████ è stato alla prima riconosciuto un (minor) credito ipotecario di € 1.500.000 rispetto agli € 3.680.270,89 oggetto dell'originaria domanda di insinuazione - avrebbe definitivamente estinto il debito principale e le garanzie accessorie, con conseguente impossibilità della Banca, a fallimento chiuso, di agire per il residuo rimasto insoddisfatto nei confronti dei terzi garanti.



Affermano infatti che la clausola n. 5 della transazione - contenente la previsione di salvezza, in favore della Banca, dei maggiori diritti di credito non ammessi al passivo fallimentare - sarebbe *tamquam non esset* sia per asserita difformità tra quanto autorizzato dal Tribunale fallimentare e quanto pattuito in sede di conciliazione giudiziale sia per preteso contrasto col principio di accessorietà della garanzia.

Aggiungono infine che, nella fattispecie, sarebbe anche operante la previsione normativa secondo cui la garanzia costituita dal terzo si estingue se, per fatto del creditore, non può avere effetto la surrogazione del terzo nei diritti del creditore medesimo.

Assumono, in definitiva, che, con la cit. transazione, la Banca avrebbe definitivamente rinunciato alla parte non soddisfatta del proprio iniziale credito. L'assunto è infondato.

L'indicata clausola n. 5 - che prevedeva espressamente l'efficacia solo endofallimentare della transazione (lasciando dunque impregiudicati i maggiori diritti di credito vantati dalla Banca nei confronti dei terzi ed, eventualmente, anche della società fallita tornata *in bonis*) e che escludeva specificamente la facoltà di adesione alla transazione da parte di soggetti terzi - era perfettamente valida ed efficace.

Sull'esclusione della facoltà di adesione da parte dei garanti, è noto che "il principio che deriva dalla disposizione di cui all'art. 1304, co. 1 c.c., secondo il quale la transazione, fatta dal creditore con uno dei debitori in solido, giova agli altri che dichiarano di volerne profittare, opera solo in mancanza di diversa e contraria manifestazione di volontà del creditore contenuta nella transazione ovvero in una clausola aggiunta ad essa, atteso che, come i condebitori possono, omettendo la dichiarazione suddetta, escludere l'efficacia della transazione per se stessi, così il creditore può, in virtù del principio di autonomia negoziale, impedire che l'efficacia stessa sia a loro estesa; pertanto, nella transazione tra il creditore ed uno o più dei condebitori

ADM
✓

sociali è perfettamente legittimo che sia inserita una clausola che escluda la possibilità per gli altri condebitori, che non hanno partecipato alla transazione, di profittare della stessa; in tal caso, l'unico effetto di tale transazione è ridurre l'importo globale del debito solidale in misura pari alla somma pagata dal transigente" (Cass. 2011/n. 5108; conf. Cass. 1991/n. 4257).

Nemmeno sussisteva la dedotta difformità dell'accordo rispetto a quanto autorizzato dal Tribunale fallimentare.

L'autorizzazione del g.delegato o del Tribunale, prevista dall'art. 35 L.F., serve, com'è noto, ad integrare i poteri spettanti al curatore nello svolgimento di attività negoziale, tant'è che, come già precisato dal Collegio, eventuali cause di annullabilità derivanti dalla mancanza di detta autorizzazione possono esser fatte valere unicamente dall'amministrazione fallimentare, nel cui unico interesse il vaglio giudiziale è previsto.

Nella specie, il Tribunale fallimentare, essendo per sua natura chiamato a tutelare solo gli interessi della procedura concorsuale, si è evidentemente limitato a sindacare solo quelle parti dell'accordo riguardanti la posizione della procedura concorsuale, senza per nulla occuparsi di quelle involgenti invece i terzi estranei ad essa, che dunque nessuna discrasia possono lamentare e nemmeno sono legittimati a prospettare.

In altre parole, il Tribunale fallimentare, nell'emettere il decreto autorizzativo, non è per nulla entrato nel merito delle previsioni della clausola n. 5, perchè la sua funzione era, per quanto detto innanzi, solo quella di definire al meglio gli interessi del fallimento e non certo quelli (distinti) dei terzi garanti o della società fallita eventualmente ritornata *in bonis*.

E' peraltro opinione di questo giudice che, anche in mancanza di una previsione espressa, la transazione in esame avrebbe comunque svolto un'efficacia solo endofallimentare.

Se è vero, infatti, che, come afferma la S.C., il decreto del g.delegato di ammissione di un credito allo stato passivo del fallimento ha una "efficacia

preclusiva esclusivamente endofallimentare, ma non spiega alcuna efficacia nel giudizio promosso dal creditore nei confronti di persona coobbligata del fallito" (Cass. 2003/n. 3550; conf. Cass. 2002/n. 2573), analogo efficacia preclusiva limitata solo all'ambito del fallimento deve necessariamente valere anche per le transazioni che, come quella di specie, abbiano posto fine ad un giudizio di opposizione allo stato passivo.

Non essendovi stata alcuna definitiva rinuncia, da parte della Banca, al proprio (maggiore) credito, restava dunque in piedi anche la relativa garanzia accessoria.

Del tutto inconferente appare infine anche il richiamo agli artt. 2869 o 1955 c.c.

Premesso che gli oppositori sono stati destinatari dell'atto di precetto opposto non come terzi datori di ipoteca, ma come fideiussori, è principio assolutamente pacifico in giurisprudenza che "il fatto del creditore", rilevante ai fini della liberazione del fideiussore, deve costituire violazione di un dovere giuridico imposto dalla legge o nascente dal contratto e integrante un fatto quantomeno colposo o comunque illecito, dal quale sia derivato un pregiudizio giuridico e non soltanto economico, concretizzantesi nella perdita del diritto (di surrogazione ex art. 1949 c.c. o di regresso ex art. 1950 c.c.) e non già nella mera maggiore difficoltà di attuarlo per le diminuite capacità soddisfattive del patrimonio del debitore (cfr. Cass. 2008/n. 28838; Cass. 2004/n. 2301; Cass. 1997/n. 7603).

Tale non è senz'altro la transazione conclusa dalla Banca opposta con la curatela fallimentare che non ha comportato alcuna perdita del diritto di surrogazione o regresso dei fideiussori nei confronti della debitrice principale.

Alla stregua di tutte le considerazioni che precedono, l'opposizione a precetto va, in definitiva, rigettata.

Le spese di lite (comprese quelle della fase del reclamo) seguono l'ordinario criterio della soccombenza e si liquidano come da dispositivo, in applicazione

del nuovo D.M. Giustizia 20/07/2012 n. 140, valevole per tutte le liquidazioni giudiziali successe alla data della sua entrata in vigore (23/08/2012).

P.Q.M.

Il Tribunale civile di Foggia, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando sull'opposizione proposta da [REDACTED] e [REDACTED] con citazione notificata il 1°/12/2008, avverso l'atto di precetto loro intimato in data 10/11/2008 da BANCAPULIA S.p.A., nella causa iscritta al N. 5497/2008 R.G.A.C., uditi i procuratori delle parti, così provvede:

1. rigetta l'opposizione e, per l'effetto, conferma l'atto di precetto impugnato;
2. condanna gli oppositori in solido alla refusione delle spese processuali anticipate dalla Banca opposta anche nella fase di reclamo, liquidandole in € 9.045 per compenso professionale, oltre Iva e Cpa come per legge.

=====

Così deciso in Foggia il 3 settembre 2012

Il Giudice

(dot. M. Angela Marchesello)



DEPOSITATO IN CANCELLERIA

oggi **19 SET. 2012**

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
(FRANCESCO DI FRANCISCALE)

