



17320 17

REPUBBLICA ITALIANA  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

ANTONIO DIDONE  
ANDREA SCALDAFERRI  
GIACINTO BISOGNI  
MASSIMO FERRO  
FRANCESCO TERRUSI

Presidente  
Consigliere  
Consigliere  
Consigliere  
Consigliere - Rel.

Oggetto

Fallimento -  
insinuazione - mutuo  
fondiario - ipoteca -  
mancanza del bene al  
momento  
dell'insinuazione

Ud. 19/04/2017 CC  
A  
Cron. 17329  
R.G.N. 12460/2012

**ORDINANZA**

sul ricorso 12460/2012 proposto da:

(omissis) S.p.a., sostituita dalla interveniente  
(omissis) S.p.a. - quale procuratrice di (omissis)  
S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,  
elettivamente domiciliata in (omissis), presso l'avvocato  
(omissis), che la rappresenta e difende, giusta procura  
speciale per Notaio dott.ssa (omissis) - Rep.n.  
(omissis);  
-ricorrente -  
contro

CRD  
249  
2012

Fallimento (omissis) S.r.l., in persona del curatore (omissis)  
(omissis), elettivamente domiciliato in (omissis),  
presso l'avvocato (omissis), che lo rappresenta e difende,  
giusta procura a margine del controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 4560/2011 della CORTE D'APPELLO di ROMA,  
pubblicata il 31/10/2011;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del  
19/04/2017 dal cons. FRANCESCO TERRUSI.

Rilevato che:

(omissis) s.p.a. propose domanda di insinuazione al  
passivo del fallimento di (omissis) s.r.l., facendo valere un  
credito con rango ipotecario derivante da mutuo fondiario;  
il credito venne ammesso con esclusione del privilegio perché il bene  
ipotecato non era (più) compreso nel patrimonio della fallita;  
il tribunale di Roma rigettò l'opposizione allo stato passivo proposta  
da (omissis) s.p.a. e il gravame di questa veniva a sua  
volta rigettato dalla corte d'appello di Roma, con sentenza in data 31-  
11-2011, avverso la quale è adesso proposto ricorso per cassazione  
in tre motivi, ai quali la curatela resiste con controricorso.

Considerato che:

ai sensi dell'art. 111 cod. proc. civ., è intervenuta volontariamente  
(omissis) s.p.a., procuratrice di (omissis) s.r.l.,  
cessionaria dei crediti in blocco della banca (omissis), compreso quello di  
cui è causa;

il successore a titolo particolare ex art. 111 cod. proc. civ. può  
intervenire nel giudizio di legittimità, per esercitare il potere di azione

che gli deriva dall'acquistata titolarità del diritto controverso, solo quando non sia costituito il dante causa, altrimenti determinandosi un'ingiustificata lesione del suo diritto di difesa (v. Cass. n. 11638-16);

in altre parole, il successore può tempestivamente impugnare per cassazione la sentenza di merito, o costituirsi in luogo del dante causa, ma non anche intervenire nel giudizio di legittimità, mancando una espressa previsione normativa, riguardante la disciplina di quell'autonoma fase processuale, che consenta al terzo la partecipazione al giudizio con facoltà di esplicitare difese; invero, in sede di legittimità, sono parti necessarie quelle che hanno partecipato al giudizio di merito (cfr. Cass. n. 5759-16);

l'intervento di (omissis) s.p.a. è quindi inammissibile;

in ordine al merito:

(i) col primo motivo la ricorrente, denunziando la violazione e falsa applicazione degli artt. 93 e 95 legge fall., degli artt. 38 e 39 del T.u.b. e dell'art. 2808 cod. civ., censura la sentenza per aver respinto il gravame in base alla natura "volontaria" dell'ipoteca collegata al mutuo fondiario e alla differenza esistente rispetto ai crediti privilegiati, senza soffermarsi invece sulla particolarità del mutuo fondiario e sull'inscindibilità tra il credito da esso nascente e il grado ipotecario spettante per legge;

(ii) col secondo motivo deduce il vizio di motivazione a misura di avere la corte territoriale ridotto la questione alla mera differenza tra i crediti privilegiati e i crediti ipotecari: in tal senso l'impugnata sentenza si sarebbe limitata a menzionare la sola decisione n. 16060-01 di questa Corte, appunto replicante la distinzione suddetta, senza considerare invece gli orientamenti successivi a proposito della

non necessità della presenza del bene ipotecato nella massa attiva al fine dell'ammissione al passivo di crediti ipotecari;

(iii) col terzo motivo denuncia la nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., non avendo la corte d'appello pronunciato sulla domanda subordinata tesa a ottenere l'ammissione in via ipotecaria con riserva della effettiva esistenza dei beni ipotecati - o del relativo *pretium* - al momento del riparto;

i primi due motivi possono essere esaminati unitariamente in quanto relativi alla medesima questione della possibilità o meno di riconoscere, in sede di ammissione al passivo fallimentare, il privilegio ipotecario ancorché il bene ipotecato non sia presente, al momento dell'insinuazione, nel patrimonio del fallito;

si tratta di questione giuridica, refrattaria, come tale, alla denuncia del vizio motivazionale di cui al secondo motivo di ricorso;

il primo motivo è fondato, sebbene nei distinti termini di seguito esposti; e ciò assorbe il secondo;

non rileva, in ordine al tema sotteso dal ricorso, la particolarità del mutuo fondiario, perché la questione del rapporto tra la prelazione e il bene al momento della insinuazione si pone in identico modo, per gli effetti stabiliti dall'art. 2808 cod. civ., quale che sia la ragion d'essere dell'ipoteca;

dall'esame congiunto della sentenza e del ricorso emerge che il complesso immobiliare oggetto di garanzia ipotecaria era stato alienato dalla fallita e che il relativo atto di compravendita era stato oggetto di azione revocatoria fallimentare, accolta in primo grado;

da questo punto di vista è pacifico che il bene gravato non era presente nella massa attiva al momento della verifica del credito;

il fallimento di (omissis) era stato dichiarato, però, nell'anno 2002, e sempre nel 2002 era stata presentata la domanda di insinuazione;

l'attuale testo dell'art. 93 della legge fall. impone al creditore di indicare nel ricorso, tra l'altro, l'eventuale titolo di prelazione con "la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale";

non questo testo viene in questione nel caso di specie, sebbene quello di cui alla versione originaria della norma;

l'art. 93, in versione *ratione temporis* applicabile, non contemplava un eguale onere, giacché la domanda andava associata all'indicazione pura e semplice della "indicazione della somma, del titolo da cui deriva, delle ragioni di prelazione e dei documenti giustificativi";

per tale motivo questa Corte, con riguardo al citato testo della legge fall., ha affermato il principio per cui l'ammissione al passivo di un credito in via ipotecaria non presuppone che il bene oggetto dell'ipoteca sia attualmente presente alla massa fallimentare, non potendosi escludere la sua successiva acquisizione (Cass. n. 4565-03);

il principio è sintonico a quanto ritenuto dalle sezioni unite nella sentenza evocata dal giudice *a quo*, essendo stato anche in essa evidenziato che l'ammissione al passivo fallimentare di un credito in via privilegiata non presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, che questi siano già presenti nella massa, non potendosi escludere la loro acquisizione successiva all'attivo fallimentare; ne consegue che è a tal fine sufficiente, in sede di verifica dello stato passivo, l'accertamento dell'esistenza del credito e della correlativa causa di prelazione, dovendosi demandare alla successiva fase del riparto la verifica della sussistenza o meno dei

beni stessi, da cui dipende l'effettiva realizzazione del privilegio speciale (v. Cass. Sez. U n. 16060-01);

è del tutto irrilevante sottolineare che la decisione ultima citata sia stata adottata in fattispecie di privilegio speciale, e non di ipoteca; tale circostanza non giustifica affatto la conclusione incoerentemente sostenuta dalla corte d'appello di Roma, in quanto la questione devoluta atteneva alla separazione di competenze tra giudice della verifica del passivo e giudice del riparto;

la sentenza delle sezioni unite sopra citata è infatti intervenuta in un dibattito che a quel tempo vedeva talune decisioni nettamente orientate a considerare estranea alla cognizione del giudice del riparto ogni valutazione riguardante il singolo credito; sicché infine la questione devoluta era sempre e soltanto quella se fosse necessaria l'effettiva e attuale esistenza del bene ai fini dell'ammissione al passivo, ovvero se fosse possibile ammettere al rango privilegiato il credito, postergando il controllo sulla sussistenza o meno del bene, sul quale cade il privilegio, alla fase della graduazione dei crediti finalizzata al riparto;

tale questione, trovando alimento nella medesima disciplina di cui al citato art. 93, nel cui contesto il creditore, nella domanda di insinuazione, deve indicare il titolo e la misura del suo credito, e, se trattasi di credito privilegiato, le ragioni della prelazione, si pone in identico modo per il privilegio speciale e per l'ipoteca;

l'impugnata sentenza va quindi cassata con rinvio alla medesima corte d'appello, diversa sezione, la quale provvederà a nuovo esame uniformandosi al principio di diritto sopra esposto;

resta assorbito il terzo motivo;

Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del processo svoltosi in questa sede di legittimità;

**p.q.m.**

La Corte dichiara inammissibile l'intervento di (omissis) s.p.a.;  
accoglie il primo motivo di ricorso, assorbiti gli altri, cassa  
l'impugnata sentenza e rinvia anche per le spese del giudizio di  
cassazione, alla corte d'appello di Roma.

Deciso in Roma, addì 19 aprile 2017, su relazione del cons.  
Terrusi (est.).

Il Presidente

