

Commerciale

FALLIMENTO

L'ammissione al passivo di credito ipotecario e presenza nell'attivo del bene immobile oggetto della garanzia

martedì 25 agosto 2020 di Masi Leonardo Avvocato in Firenze

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 14960/2020, torna ad affrontare il tema della sorte di un'istanza di ammissione al passivo di un credito assistito da ipoteca, nell'ipotesi in cui il bene sul quale grava la garanzia non risulti acquisito all'attivo da parte del curatore. L'ordinanza in commento ha affermato, nel solco tracciato dalla giurisprudenza di legittimità, che il credito va ammesso comunque in via ipotecaria, atteso che l'esistenza del bene sul quale esercitare i diritti connessi alla garanzia rileverà in sede di ripartizione dell'attivo e non in quella antecedente di verifica del passivo. La decisione peraltro aggiunge al richiamato e ormai pacifico orientamento un ulteriore requisito, invero già evidenziato dalla Cass. 5341/2019, e cioè che il creditore istante rappresenti sin dal ricorso la sussistenza di apprezzabili prospettive di recupero del bene all'attivo fallimentare, ad esempio attraverso la proposizione di azione revocatoria, aspetto che sembra assumere rilevanza anche per quanto attiene al diverso e generale profilo processuale dell'interesse ad agire.

[Cassazione civile, Sez. VI - 1, ordinanza 14 luglio 2020, n. 14960](#)

Orientamenti giurisprudenziali

Conformi: Cass. 5341/2019

Cass. 17329/2017

Difformi: Non si rinvencono precedenti

Il caso concreto e la soluzione

Una banca ha proposto istanza per essere ammessa al passivo del fallimento di una società di persone ed in particolare di quello del socio illimitatamente responsabile in

forza in un credito derivante da un contratto di mutuo inadempito. Il credito risultava assistito da garanzia ipotecaria su un bene immobile all'epoca di proprietà del fallito, ma non più nel patrimonio di quest'ultimo al momento del fallimento e della conseguente verifica del passivo, atteso il suo intervenuto trasferimento, appunto prima del fallimento, al trustee nell'ambito di un atto istitutivo di trust.

Dopo la pronuncia di rigetto da parte del giudice delegato, il Tribunale, adito in sede di opposizione allo stato passivo, ha ammesso il credito ma in via chirografaria, attesa l'assenza del bene oggetto di ipoteca nell'attivo fallimentare e considerando che non poteva essere praticata la soluzione, invocata dal ricorrente, dell'ammissione in via privilegiata condizionata al positivo esperimento dell'azione revocatoria (poi peraltro andata a buon fine) avverso l'atto istitutivo del trust, in quanto – quella oggetto di lite – non rappresenta una delle fattispecie considerate dall'art. 96 l. fall..

La Corte di Cassazione, cui è ricorso la curatela fallimentare, ha riformato il decreto del Tribunale ed ha ammesso il credito in via privilegiata, sulla scorta dell'argomento per cui l'attuale assenza del bene gravato dalla garanzia tra le attività del fallimento rappresenta circostanza irrilevante in sede di verifica del passivo, assumendo per contro rilevanza nella diversa e successiva fase del riparto delle somme ricavate.

In particolare la decisione annotata richiama il precedente, di poco anteriore, della stessa Corte di Cassazione n. 5341/2019.

Impatti pratico-operativi

La decisione della Corte di Cassazione consolida un orientamento giurisprudenziale che, peraltro, era già formato in costanza del testo dell'art. 93, l. fall. anteriore alla riforma operata dal d. lgs. n. 5 del 2006, ove – a differenza della versione attuale – non era richiesta in sede di ammissione al passivo neppure la descrizione del bene sul quale si intendeva esercitare la prelazione.

La portata della pronuncia è pertanto quella di indicare agli operatori una linea di condotta già tratteggiata alla giurisprudenza dominante, nel senso che, a fronte di un credito ipotecario, la domanda di ammissione al passivo debba essere senz'altro proposta con richiesta del rango privilegiato, a prescindere dall'esistenza nell'attivo fallimentare del bene sul quale grava la garanzia, a condizione che, come vedremo appresso, si indichino le circostanze dalle quali evincere concrete prospettive di recupero ed attrazione alla massa attiva fallimentare del bene.

Credito ipotecario verso il fallito e presenza del bene nell'attivo fallimentare

La pronuncia che si annota offre l'occasione di fare ordine sul tema di diritto trattato dalla Suprema Corte, anche a fronte di situazioni solo apparentemente assimilabili alla fattispecie concreta decisa.

Quest'ultima consiste nel caso in cui vi sia originaria corrispondenza tra il soggetto debitore e soggetto proprietario del bene immobile sul quale viene accesa la garanzia. Con la particolarità che, in un momento successivo, ma prima del fallimento, il bene immobile viene trasferito a terzi, talché al momento della domanda di ammissione al passivo il creditore non rinviene più, tra i beni del debitore, quello sul quale grava la garanzia.

Altro e connotato da differenti presupposti è il caso nel quale la garanzia ipotecaria viene accesa ab origine su un bene di proprietà di un soggetto (terzo datore) diverso dal debitore.

In questa ultima ipotesi, laddove fallisca poi il debitore, l'ammissione allo stato passivo sarà senz'altro in via chirografaria, con la facoltà per il creditore di promuovere l'espropriazione contro il terzo datore ai sensi dell'art. 602 cpc..

Se fallisce invece il terzo datore di ipoteca, il creditore del soggetto garantito dovrà, sulla base del combinato disposto degli artt. 52, co. 2, e 92, co. 1, l.fall. quali modificati dalla riforma del 2006, far accertare il proprio diritto reale di garanzia nell'ambito della verifica dello stato passivo del fallimento del terzo datore (Cass. 2657/2019, che supera il diverso precedente, anch'esso formato post riforma, Cass., 2540/2016).

Tornando al caso deciso con l'ordinanza della Corte di Cassazione che si annota (i.e. originaria coincidenza tra soggetto debitore e proprietario del bene gravato da ipoteca, bene però medio tempore fuoriuscito dal patrimonio del debitore poi fallito), rileva il testo dell'art. 93, l.fall., oggetto di riforma per effetto dell'art. 68, d. lgs. n. 5 del 2006, a decorrere dal 16 luglio 2006. Nella formulazione previgente, il creditore poteva limitarsi (comma 1) ad indicare "le ragioni di prelazione e i documenti giustificativi". Già in tale lasco contesto la giurisprudenza ebbe modo di rilevare il principio oggi confermato, e cioè che l'attuale non presenza dell'immobile gravato da ipoteca nel passivo fallimentare non ostava all'ammissione del credito in via privilegiata (Cass. 17329/2017), rinviandosi alla fase di ripartizione delle somme ricavate la verifica della sussistenza del bene nell'attivo del fallimento.

Per effetto della riforma del 2006, l'odierno art. 93, comma 4, n. 4), l. fall. prescrive invece al creditore istante che intenda insinuare il proprio credito in via ipotecaria di indicare il relativo titolo e di descrivere il "bene sul quale la prelazione si esercita [...]".

L'indicazione del bene diviene quindi requisito indispensabile per l'accoglimento della domanda di ammissione in via ipotecaria (nel senso che laddove venga omessa tale indicazione il credito non potrà che essere ammesso, una volta appurata la sua esistenza, col rango chirografario), ma ciononostante la giurisprudenza non ha modificato la già raggiunta conclusione per cui – indicato il bene sul quale grava la garanzia – alcun rilievo ai fini dell'ammissione in via ipotecaria assume la circostanza dell'esistenza o meno del bene stesso nell'attivo fallimentare. Si estende così al credito assistito da ipoteca il regime di ammissione allo stato passivo, sempre di emanazione giurisprudenziale (v. le citate Cass. 10387/2012; Cass. 6849/2011; 16080/2004), vigente per i privilegi.

Ciò che invece dalla lettura del precedente annotato e della recente Cass. 5341/2019 risulta di profondo interesse è che l'ammissione in via ipotecaria sia comunque subordinata all'indicazione di apprezzabili prospettive di recupero del bene.

Tale requisito, che già si poteva evincere dall'espressione per cui, come si legge nei precedenti anteriori a quello che si annota, era "l'attuale" assenza del bene nell'attivo fallimentare a non rilevare ai fini dell'ammissione in privilegio (così lasciandosi intendere che una qualche indicazione di rientro futuro del bene dovesse

essere indicata, oggi con la sentenza della Corte di Cassazione n. 5341/2019, confermata e richiamata dall'ordinanza in commento, lo si richiede espressamente ("... che la domanda di insinuazione indichi le oggettive ragioni della potenziale acquisibilità del bene alla procedura").

Nel caso di specie, il presupposto era senz'altro esistente in quanto, addirittura prima del fallimento, era stata proposta un'azione revocatoria, poi andata a buon fine, indirizzata verso l'atto dispositivo che aveva determinato la fuoriuscita dell'immobile ipotecato dal patrimonio del soggetto poi fallito.

Non pare tuttavia, dalla lettura dell'ordinanza in commento, che la Corte di Cassazione si sia spinta sino a predicare, quale ulteriore presupposto per l'ammissione in via privilegiata pur in assenza del bene ipotecato nel patrimonio del fallito, anche la necessità per il creditore istante di dimostrare la sussistenza di un certo qual grado di fondatezza della domanda proposta e finalizzata a provocare il recupero all'attivo fallimentare del bene gravato da ipoteca.

A prescindere da tale ultimo profilo, che potrebbe stimolare ulteriori approfondimenti dalla giurisprudenza futura, ciò che allo stato rileva è che la tesi della necessità per il ricorrente di indicare quali azioni sono state proposte o possono proporsi per recuperare all'attivo fallimentare il bene oggetto di ipoteca risulta condivisibile sotto un duplice profilo.

In primo luogo, essa risulta coerente con la ratio della modifica introdotta all'art. 93, l.fall. nella parte in cui nel ricorso per l'ammissione allo stato passivo è oggi prescritta, a differenza del testo previgente, l'indicazione del bene immobile sul quale si intende esercitare la prelazione: se tale indicazione non fosse accompagnata dall'illustrazione di quali possano essere le prospettive di recupero del bene indicato, non si comprenderebbero le ragioni della modifica.

In secondo luogo, la mera indicazione del bene gravato da ipoteca ma non più esistente non appare sufficiente a corredare la domanda di ammissione al passivo del necessario requisito dell'interesse ad agire codificato dall'art. 100 c.p.c.: non si vede infatti quale interesse concreto abbia il ricorrente all'ammissione in via ipotecaria in assenza del bene oggetto della garanzia, se non sono quantomeno prospettate le possibilità di attrazione dello stesso all'attivo, presupposto indispensabile affinché in sede di ripartizione delle somme ricavate il ricorrente possa avere una effettiva soddisfazione.

Esito della domanda:

accolta

Riferimenti normativi:

Art. 93, l.f.

