



ORIGINALE

REPUBBLICA ITALIANA
 IN NOMINE DEL POPOLO ITALIANO
 LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
 SEZIONE PRIMA CIVILE

23572/04

Oggetto
 FALLIMENTO ED
 ESECUZIONE CREDITO
 FONDARIO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- | | | | |
|----------------------|------------|----------------------|----------------|
| Dott. Antonio | SAGGIO | - Presidente - | R.G.N. 1686/02 |
| Dott. Ugo Riccardo | PANEBIANCO | - Consigliere - | |
| Dott. Giuseppe Maria | BERRUTI | - Consigliere - | Cron. 41521 |
| Dott. Renato | RORDORF | - Rel. Consigliere - | Rep. 5680 |
| Dott. Luigi | MACIOCE | - Consigliere - | Ud.26/10/04 |

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso proposto da:

BANCA I SPA, in persona del
 Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in
 ROMA , presso l'avvocato ANTONINA
 ANZALDI, che la rappresenta e difende unitamente
 all'avvocato GIUSEPE ALESSANDRO GIANNOTTA, giusta
 procura speciale per Notaio Vieri Grillo di Siena rep.
 n. 142176 del 9.11.01;

- ricorrente -

contro

FALLIMENTO S SPA, in persona del Curatore
 2004 Avvocato Francesco Canitano, elettivamente domiciliato
 2168 in ROMA , presso l'avvocato ROBERTO



FORLANI, che lo rappresenta e difende, giusta procura a
margine del controricorso;

- controricorrente -

contro

BANCA SPA;

- intimata -

avverso la sentenza n. 1850/01 della Corte d'Appello di
ROMA, depositata il 28/05/01;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 26/10/2004 dal Consigliere Dott. Renato
RORDORF;

udito per il ricorrente l'Avvocato GIANNOTTA che ha
chiesto l'accoglimento del ricorso o l'assegnazione
alle Sezioni Unite;

udito per il resistente l'Avvocato FORLANI che ha
chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. Vincenzo GAMBARDILLA che ha concluso per
l'accoglimento del ricorso.

Svolgimento del processo

La Sezione autonoma del Credito fondiario del M
, cui poi è succeduta la Banca M
s.p.a. (che sarà in prosieguo indi-
cata solo come M), essendo creditrice
della S s.p.a. per la mancata restituzione di



un mutuo fondiario, dette corso ad un procedimento di esecuzione forzata dinanzi al Tribunale di Firenze ed ottenne dal giudice dell'esecuzione, in data 26 ottobre 1989, l'assegnazione in proprio favore della somma di £. 2.243.127.545, costituente parte del ricavato della vendita di un complesso immobiliare appartenuto alla società debitrice. Una residua somma di £. 954.900.080 fu assegnata ad altra creditrice, la Banca s.p.a., intervenuta nel procedimento esecutivo.

La società debitrice propose opposizione, a termini dell'art. 512 c.p.c., ma il successivo 27 novembre fu dichiarata fallita dal Tribunale di Roma ed il curatore intervenne nel giudizio di opposizione chiedendo che il ricavato della vendita fosse a lui assegnato.

Il Tribunale di Firenze, con decisione poi confermata in appello e divenuta definitiva, dichiarò inammissibile l'iniziativa del curatore, il quale allora, con atti notificati nel novembre 1992, citò in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma il M e la Banca per sentirli condannare al rimborso in proprio favore delle somme incassate all'esito dell'esecuzione forzata. Il tribunale rigettò la domanda proposta nei confronti della Banca, per non avere essa in effetti riscosso la somma assegnata dal giudice dell'esecuzione, ed accolse invece quella ri-



volta contro il M , che fu pertanto condannato a versare al fallimento l'importo percepito in sede esecutiva.

Il gravame proposto dal M fu rigettato dalla Corte d'appello di Roma con sentenza emessa il 28 maggio 2001. La corte ritenne, anzitutto, che la domanda proposta dinanzi al Tribunale di Roma dalla curatela del fallimento non fosse preclusa dal giudicato formatosi all'esito del giudizio di opposizione svolto davanti al giudice fiorentino ex art. 512 c.p.c., giacché tale ultimo giudizio si era concluso con una decisione meramente processuale d'inammissibilità del ricorso, né d'altronde la pretesa della curatela che anche il credito vantato dal M fosse soggetto alla verifica concorsuale si poneva in antitesi con l'ordinanza di distribuzione emessa a suo tempo dal giudice dell'esecuzione e divenuta immutabile a seguito del mancato accoglimento dell'opposizione. Osservò poi il giudice d'appello che il ricavato della vendita forzata appartiene ancora al debitore esecutato sino al momento in cui non viene effettivamente versato al creditore, di modo che, se tale pagamento è destinato a realizzarsi dopo l'apertura della procedura fallimentare, esso ricade nel divieto di azioni esecutive individuali posto dall'art. 51 l. fall., non ostandovi



il peculiare privilegio riconosciuto agli istituti di credito fondiario dall'art. 42 del r.d. n. 646 del 1905, che opera unicamente sul piano processuale e non esime detti istituti dall'onere di insinuare il proprio credito al passivo del fallimento e di restituire gli importi eccedenti l'ammontare del credito ammesso ed utilmente collocato nel piano di riparto della procedura concorsuale. A tale ultimo riguardo la corte esclude, però, che il M potesse condizionare la restituzione della somma alla dimostrata esistenza di crediti di grado pozione, non essendo stata proposta una domanda subordinata in questo senso e non risultando comunque se lo stato passivo del fallimento fosse stato o meno già definitivamente formato.

Avverso tale sentenza il M ha proposto ricorso per cassazione, articolato in quattro motivi, illustrati con successiva memoria.

La curatela fallimentare ha resistito depositando controricorso.

Nessuna difesa ha spiegato in questa sede la Banca, cui pure il ricorso è stato notificato.

Motivi della decisione

1. Il primo motivo di ricorso è volto a denunciare la violazione degli artt. 510 e 598 c.p.c. e 2909 c.c., oltre che vizi di motivazione dell'impugnata sentenza.



La censura si sofferma in particolare sull'irreversibilità degli effetti dell'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione ha disposto la distribuzione del ricavato della vendita, una volta cadute le opposizioni proposte avverso detta ordinanza, e sulla conseguente definitiva acquisizione del relativo diritto da parte del creditore procedente, non più contestabile in un giudizio diverso.

2. Con il secondo motivo il ricorrente torna a denunciare la violazione degli artt. 510 e 598 c.p.c., ed in aggiunta degli artt. 596 c.p.c., 51, 52 e 54 l. fall.

Oggetto di censura è, in particolare, l'affermazione del giudice d'appello secondo cui il procedimento esecutivo dovrebbe considerarsi ancora in corso - e quindi soggetto agli effetti derivanti dal sopravvenuto fallimento del debitore - pur dopo l'ordinanza di distribuzione del ricavato della vendita e fin quando non sia intervenuto l'effettivo versamento al creditore della somma a lui attribuita. Affermazione, questa, che il ricorrente contesta, sottolineando come l'emissione del mandato di pagamento ad opera del cancelliere costituisca un mero adempimento del comando giudiziale già contenuto nell'ordinanza di distribuzione, cui direttamente si ricollegherebbe l'effetto tra-



slativo della proprietà del denaro e che segnerebbe perciò il termine finale del processo esecutivo.

3. Il terzo mezzo di ricorso si richiama alla previsione dell'art. 42 del r.d. 16 luglio 1905, n. 646, nonché all'art. 55 l. fall.

Il ricorrente sostiene che erroneamente la corte d'appello ha ritenuto fosse necessaria l'insinuazione al passivo della procedura concorsuale da parte dell'istituto di credito fondiario, cui la prima delle citate norme consente di proseguire nell'azione esecutiva individuale nonostante l'intervenuto fallimento del debitore, essendo semmai in tal caso onere del curatore intervenire in detto procedimento esecutivo per fare valere eventuali crediti di grado poziore.

4. Col quarto motivo il ricorrente, nel denunciare la violazione degli artt. 55 del citato r.d. n. 646 del 1905, 510 e 100 c.p.c., lamenta che la corte d'appello abbia ingiustamente disatteso anche la difesa subordinata con la quale il M. aveva chiesto di poter trattenere le somme corrispondenti al proprio credito nei limiti in cui questo figurava utilmente collocato nello stato passivo del fallimento. Il ricorrente assume che - contrariamente a quanto affermato nell'impugnata sentenza - la sua posizione processuale non implicava affatto l'onere di formulare in tal senso



un'espressa domanda, essendo implicita nella resistenza integrale alla pretesa del curatore la richiesta di non restituire somme eccedenti il fondamento di detta pretesa; ed aggiunge poi che, nella specie, sarebbe stato semmai onere del curatore dimostrare l'esistenza di crediti iscritti al passivo per importi prevalenti su quello spettante al M , risultando altrimenti evidente la carenza di interesse del medesimo curatore a coltivare la proposta domanda di restituzione.

5. A tutti i surriferiti motivi di ricorso fanno seguito anche doglianze di omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione dell'impugnata sentenza. Il ricorrente però poi non sviluppa autonomamente questo profilo, del resto scarsamente compatibile con il carattere essenzialmente processuale delle questioni sollevate.

6. Reputa questa corte che il primo motivo di ricorso sia destituito di fondamento.

La pronuncia emessa dai giudici fiorentini a conclusione della causa originariamente promossa ai sensi dell'art. 512 c.p.c. dalla debitrice eseguita, poi proseguita con l'intervento della curatela fallimentare, non esplica certamente alcun effetto preclusivo rispetto alla successiva azione intrapresa dalla medesima curatela per ottenere che la banca procedente riversi



al fallimento il ricavato dell'esecuzione immobiliare. Non solo quella pronuncia ebbe ad investire questioni di carattere esclusivamente processuale, espressamente evitando di prendere posizione sul merito dei rapporti intercorrenti tra procedimento di esecuzione individuale e procedura fallimentare, sicché nessun effetto di giudicato può esserne derivato in ordine a quanto forma oggetto della presente vertenza, ma neppure può sostenersi che tale vertenza sarebbe comunque pregiudicata dall'ormai acquisito carattere definitivo della precedente ordinanza di distribuzione del ricavato della vendita forzata emessa dal giudice dell'esecuzione. Posto infatti che, come meglio si dirà poi, lo speciale privilegio processuale attribuito agli istituti di credito fondiario dall'allora vigente r.d. n. 646 del 1905 consentiva comunque di condurre a termine, pur in pendenza del fallimento del debitore, il procedimento esecutivo individuale promosso da uno di detti istituti, è naturale che in tale procedimento, compiuta la vendita degli immobili pignorati, si sia addivenuti poi alla formazione di un progetto di distribuzione del ricavato ai sensi dell'art. 596 c.p.c. ed all'emissione dell'ordinanza di approvazione del progetto prevista dal successivo art. 598. Detta ordinanza ha avuto l'effetto di determinare le rispettive spettanze dei



creditori partecipanti al procedimento esecutivo, onde legittimamente, in base ad essa, il M ha in quella sede conseguito la percentuale attribuitagli sul ricavato della vendita immobiliare. Nulla da essa può però desumersi in ordine al diverso tema degli effetti conseguenti al sopravvenuto fallimento del debitore e dei rapporti tra questo e la speciale procedura esecutiva nel cui ambito quell'ordinanza è stata pronunciata: se, cioè, dal sopravvenuto fallimento consegue o meno l'inopponibilità alla massa del pagamento (legittimamente) effettuato in favore del creditore procedente dopo la dichiarazione di fallimento, e se l'acquisizione da parte del creditore della somma assegnatagli all'esito della procedura esecutiva individuale resti indifferente al fallimento del debitore frattempo intervenuto o, viceversa, per conseguire definitività, abbisogni dell'ulteriore vaglio dell'insinuazione e dell'utile collocazione del credito al passivo del fallimento medesimo.

7. I quesiti cui dianzi s'è accennato, concernenti i rapporti tra la speciale procedura esecutiva prevista dal citato r.d. n. 646 ed il procedimento fallimentare, hanno però ragione di porsi, ovviamente, soltanto a condizione che la dichiarazione di fallimento del debitore sia intervenuta in un momento in cui quella proce-



dura esecutiva poteva dirsi ancora in corso. Diversamente si porrebbe, semmai, un problema di eventuale revocabilità dei pagamenti conseguiti dal debitore, in presenza delle condizioni indicate dall'art. 67, comma 2, l. f.; ma non è questa l'azione esperita dal curatore nella presente causa.

Ciò impone, dunque, di soffermarsi sul secondo motivo del ricorso, con cui appunto si mira a sostenere che il procedimento esecutivo individuale doveva dirsi concluso già con l'ordinanza di distribuzione tra i creditori del ricavato della vendita, anteriore alla dichiarazione di fallimento della debitrice esecutata, restando ad esso estranea la successiva fase dell'emissione dei mandati di pagamento, intervenuta dopo detta dichiarazione di fallimento, poiché si tratterebbe di adempimenti di cancelleria meramente attuativi e consequenziali del comando giurisdizionale ormai perfetto.

Questa tesi non può però esser condivisa.

Nessuna delle argomentazioni che la sorreggono appare infatti idonea a scalfire il principio, già altre volte ribadito da questa corte ed al quale si intende dare qui continuità, secondo cui l'ordinanza di distribuzione definisce la fase espropriativa vera e propria ma non anche il processo esecutivo, da ritenersi in



corso fintanto che non sia eseguito il pagamento, a favore del creditore assegnatario, della somma ricavata dalla vendita (cfr. Cass. 22 aprile 1998, n. 4078, ed 8 aprile 1998, n. 3663). Principio enunciato ai fini di segnare i confini temporali del divieto di azioni esecutive individuali di cui all'art. 51 l. fall., e per dedurne che, se tra la data del provvedimento di assegnazione e quella del pagamento sia intervenuto il fallimento del debitore, tale somma è di pertinenza della curatela, ma certamente applicabile anche in un caso come quello qui in esame: caso nel quale, pur avendo il legislatore derogato al divieto di azioni esecutive individuali posto dalla citata norma della legge fallimentare, ugualmente si tratta di stabilire se vi sia o meno contemporanea pendenza tra procedimento esecutivo individuale e collettivo per coordinarne gli effetti.

8. Deve perciò esser affrontato - con ciò passando all'esame del terzo motivo di ricorso - il tema già più volte evocato dei rapporti tra la procedura fallimentare ed il procedimento esecutivo individuale contemplato dal r.d. n. 646 del 1905 (normativa, questa, ancora vigente alla data di entrata in vigore della legge n. 175 del 1991, essendo stata abrogata solo a far data dal 1° gennaio 1994 dal testo unico emanato con il d. leg. n. 385 del 1993, il cui art. 41 ora disciplina la medesima



materia).

E' noto che l'art. art. 40 del citato r.d. n. 646 consentiva agli istituti di credito fondiario di procedere al recupero delle annualità di mutuo "coll'istessa procedura di cui si giova lo stato per la riscossione delle imposte dirette, quanto all'esecuzione mobiliare" e che il successivo art. 42, comma 2, rendeva le leggi ed i regolamenti sul credito fondiario "applicabili anche in caso di fallimento del debitore per i beni ipotecati agli istituti di credito fondiario". Pertanto a tali istituti era permesso (ed è tuttora permesso, ai sensi del art. 41, comma 2, del vigente testo unico bancario) iniziare o proseguire l'azione esecutiva sui beni immobili del debitore ipotecario nonostante l'intervenuto fallimento di detto debitore, in deroga al divieto dettato dall'art. 51 l. fall.

Nasce appunto da tale normativa speciale il problema del coordinamento tra le due procedure esecutive, quella individuale e quella collettiva, che solo per alcuni marginali aspetti è stato esplicitamente affrontato dal legislatore (il primo comma dell'art. 41 del citato r.d. n. 646 si limita infatti a stabilire che, "in caso di dichiarazione di fallimento di mutuatari del credito fondiario, il curatore è tenuto a versare all'istituto creditore le rendite dei beni ipotecati a



favore del medesimo, dedotte le spese di amministrazione ed i tributi pubblici, salvo l'obbligo all'istituto stesso della restituzione a chi di ragione in conformità del disposto dell'art. 55^o). Nulla però dice il legislatore in ordine al modo in cui il privilegio accordato agli istituti di credito fondiario (giustificato da ragioni storiche risalenti, ma ritenuto tuttora non incompatibile con i dettami della costituzione: cfr. Corte cost. 3 agosto 1976, n. 211, e 31 marzo 1988, n. 393) possa armonizzarsi con uno dei principi cardine della procedura fallimentare: ossia con l'onere gravante su ogni creditore di far accertare il proprio credito e le eventuali cause di prelazione nelle forme e secondo le regole di tale procedura, come condizione essenziale per garantire nei riguardi di tutti il rispetto delle regole del concorso (art. 52 l. fall.).

La giurisprudenza muove, in proposito, dalla costante affermazione secondo cui il suindicato privilegio accordato agli istituti di credito fondiario ha carattere meramente processuale, non si traduce cioè, esso stesso, in una causa di prelazione ulteriore rispetto al privilegio ipotecario connesso alla nascita del mutuo fondiario. Benché tale premessa sia comunemente condivisa, si manifestano però divergenze su un aspetto essenziale della disciplina. Da una parte, infatti, si



sostiene che la speciale normativa dettata in favore degli istituti di credito fondiario resterebbe priva di senso ove si imponesse a detti istituti l'onere, per poter conseguire il risultato utile dell'esecuzione individuale da essi azionata o proseguita, di esplicitare un'ulteriore attività processuale consistente nell'insinuazione del proprio credito al passivo del fallimento; e se ne deduce che compete viceversa al curatore intervenire nella procedura esecutiva individuale per far valere l'esistenza di eventuali altri crediti di grado posteriore (cfr. Cass., 19 febbraio 1999, n. 1395; 9 ottobre 1998, n. 10017; 15 giugno 1994, n. 5806). D'altra parte, invece, si sostiene che anche quando l'esecuzione individuale promossa dall'istituto di credito fondiario prosegue dopo il fallimento del debitore è esclusivamente competente il giudice delegato a conoscere dell'esistenza e dell'entità, delle cause di prelazione del credito, nonché della distribuzione della somma ricavata nell'esecuzione individuale, di modo che anche l'istituto di credito fondiario deve insinuarsi al passivo del fallimento per poter conseguire, se il credito risulti poi ammesso ed utilmente collocabile, il risultato dell'esecuzione privilegiata, restituendo alla massa l'eventuale somma ricavata in più (Cass. 15 gennaio 1998, n. 314; 23 novembre 1990,



n. 11234; ed 11 marzo 1987, n. 2532).

Ritiene questo collegio (esclusa l'opportunità di provocare un intervento delle sezioni unite in questo caso, alla stregua di quanto si dirà poi esaminando il quarto motivo di ricorso) che sia da privilegiare la seconda delle due opzioni sopra riferite.

In effetti, posta la natura e l'origine della normativa speciale sul credito fondiario e ravvisata in essa una deroga alle regole generali della liquidazione dei beni nel fallimento, compatibile con la successiva vigenza dell'attuale legge fallimentare, occorre pur sempre interpretarla nel modo in cui meno vistoso risulti lo strappo rispetto ai principi ispiratori di detta legge e non si pervenga a disparità di trattamento irrazionali e poco giustificabili.

Allora, dovendosi tener fermo il già richiamato orientamento che ravvisa nella legge sul credito fondiario un privilegio di carattere meramente processuale, è del tutto logico ammettere che tale privilegio si sostanzi nella possibilità per l'istituto creditore non solo di iniziare o proseguire la procedura esecutiva individuale, ma anche - e soprattutto - di conseguire il risultato concreto cui tale procedura tende: ossia l'assegnazione della somma ricavata dalla vendita forzata dei beni del debitore, entro i limiti del pro-



prio credito, senza che per questo l'assegnazione ed il conseguente pagamento si debbano ritenere indebiti, e senza che si debba postulare - il che davvero varrebbe a svuotare il privilegio di ogni significato, trasformandolo in un gravoso e non remunerato onere - l'obbligo di immediatamente ed incondizionatamente rimettere al fallimento la somma così ricevuta.

Le già ricordate disposizioni del r. d. n. 646 depongono chiaramente in tal senso, ma da quelle medesime norme si ricava anche il carattere per certi versi provvisorio dell'assegnazione anzidetta (al pari dell'accredito delle rendite in pendenza di esecuzione: art. 42, primo comma, cit), reso ben evidente dal disposto dell'art. 55 del medesimo decreto, che addirittura consente all'istituto pretendere direttamente dall'acquirente dell'immobile espropriato la parte di prezzo versata corrispondente al proprio credito, maggiorato di accessori e spese, "salvo l'obbligo dell'istituto stesso di restituire a chi di ragione quel tanto coi rispettivi interessi per cui, in conseguenza della graduazione, non risultasse utilmente collocato". Disposizione, quest'ultima, che non sembra aver trovato applicazione nel caso in esame, in cui l'attribuzione al M del ricavato dell'espropriazione non è avvenuta a seguito di versa-



mento diretto da parte dell'acquirente; e che, nondimeno, è significativa di come il privilegio processuale contemplato dalla normativa di cui si tratta si esaurisca, appunto, nella possibilità per l'istituto mutuatario di ottenere subito quanto è comunque presumibile gli competerà, ma senza pregiudizio per il definitivo accertamento delle eventuali spettanze di altri creditori e quindi, appunto, in termini soltanto provvisori.

Se così è, però, il modo in cui poi è destinata a realizzarsi la definitiva graduazione delle ragioni creditorie degli aventi diritto, con il conseguente eventuale obbligo restitutorio a carico dell'istituto che ha proceduto all'esecuzione individuale, non può non risentire - né v'è ragione logica per cui non debba risentire - della frattanto intervenuta dichiarazione di fallimento del debitore. Il sopravvenire di tale dichiarazione impone, infatti, di coordinare la disciplina speciale di cui si sta parlando con le regole proprie della procedura concorsuale, le quali non consentono di realizzare alcuna forma di graduazione del credito che non sia coerente con quelle medesime regole. Nulla infatti induce a scorgere nelle disposizioni eccezionali sul credito fondiario - concernenti solo la fase di liquidazione dei beni del debitore fallito e non anche quella dell'accertamento del passivo - anche



una deroga al principio di esclusività della verifica fallimentare posto dall'art. 52 l. fall.

Né, del resto, sembra appagante ipotizzare che il rispetto di tali regole sia assicurato nell'ambito della medesima procedura individuale, in forza dell'intervento in quella sede eventualmente spiegato dal curatore. L'attuazione dei meccanismi del concorso dei creditori contemplati dalla normativa concorsuale, in caso di fallimento del comune debitore, difficilmente pare compatibile con uno strumento - quale sarebbe l'intervento del curatore nella procedura esecutiva individuale - meramente eventuale e legato alla contingente conoscenza che il curatore medesimo abbia dell'esistenza di una tale procedura. Così opinando, inoltre, non si riesce a superare l'aporia - evidente proprio nel caso qui in esame - che si verifica in caso d'incolpevole ritardo del curatore nell'intervenire in una procedura esecutiva individuale che abbia già superato lo stadio dell'approvazione del progetto di distribuzione delle somme ricavate dalla vendita, così rendendo di fatto impraticabile ogni tentativo di realizzare in quella sede la conciliazione tra le regole proprie di detta procedura ed i principi informativi della partecipazione dei creditori al concorso fallimentare.



Ne derivano allora due conseguenze.

La prima è che solo attraverso l'insinuazione al passivo del fallimento l'istituto di credito fondiario può rendere definitiva l'assegnazione delle somme, già provvisoriamente avvenuta in suo favore al termine della procedura esecutiva individuale, perché solo così potrà realizzarsi quella graduazione dei crediti che ne è il presupposto indispensabile. E' quanto, del resto, unanimemente si ritiene debba accadere per il caso in cui la vendita fallimentare del bene ipotecato abbia preceduto nel tempo l'iniziativa individuale dell'istituto di credito fondiario, che resta in tal caso pur sempre tenuto a proporre domande di ammissione del proprio credito per consentire la verifica del privilegio che lo assiste da parte degli organi della procedura; e non vi sarebbero ragioni plausibili per escludere l'analogo onere sol perché l'iniziativa volta alla vendita coatta dei beni del debitore sia stata assunta per primo dall'istituto fondiario.

La seconda conseguenza è che, per definire la graduazione dei crediti aventi diritto a partecipare al concorso, ivi compreso quello dell'istituto mutuante, non è affatto necessario che il curatore assuma iniziative nel procedimento esecutivo individuale da detto istituto promosso e coltivato (salvo che al fine di far



valere in quella sede le eventuali ragioni del debitore
esecutato). Non può esser quella - lo si è già detto -
la sede in cui si attua l'accertamento e la graduazione
dei crediti concorrenti in deroga al principio di
esclusività della verifica fallimentare posto dall'art.
52 1. fall. E dunque, perché l'assegnazione conseguita
dall'istituto fondiario all'esito del procedimento ese-
cutivo individuale assuma o meno (in tutto o in parte)
carattere definitivo, è solo necessario che si compia
il normale procedimento di verifica dei crediti disci-
plinato da tale ultima norma e che ciascun credito sia
collocato nel rango che gli compete, secondo il piano
di riparto elaborato in base alle regole della procedu-
ra concorsuale.

8. Se le considerazioni fin qui svolte conducono al
rigetto dei primi tre motivi di ricorso, lo stesso non
può dirsi per il quarto.

Viene qui in evidenza la difesa proposta in via su-
bordinata nel giudizio di merito dal M
il quale aveva sostenuto che la curatela del fallimen-
to, per poter pretendere la restituzione di quanto il
medesimo istituto di credito aveva ricavato dalla più
volte menzionata esecuzione individuale sui beni della
debitrice fallita, avrebbe almeno dovuto dimostrare
l'esistenza di altri crediti concorrenti di grado po-



zione. Tale assunto è stato disatteso dalla corte d'appello con due sintetiche argomentazioni: in primo luogo perché il M non aveva a suo tempo proposto una domanda subordinata in tal senso, ed in secondo luogo perché non risultava provato che lo stato passivo ed il piano di riparto del fallimento fossero stati formati in via definitiva.

Si tratta però, come puntualmente denunciato dalla ricorrente, di affermazioni entrambe non condivisibili.

Va premesso che, come sembra ricavarsi anche da un passaggio dell'impugnata sentenza ed è comunque pacificamente riconosciuto dalla difesa del fallimento controricorrente, il M ha presentato domanda di ammissione al passivo della procedura concorsuale (pur negando in via di principio di esservi tenuto), consentendo in tal modo la verifica in quella sede del proprio credito e del privilegio (qui non processuale, ma sostanziale) che lo assiste.

Stando così le cose, e tenuto conto di quanto già prima s'è detto in ordine al diritto dell'istituto di credito fondiario di trattenere, sia pure in via ancora provvisoria, le somme ricavate dall'esecuzione individuale che il privilegio processuale le accorda, salvo l'obbligo di restituire quanto eventualmente ecceda le sue spettanze a seguito della graduazione dei crediti



definita in sede fallimentare, appare chiaro come compete al curatore il quale agisce per ottenere tale restituzione l'onere di dimostrare che quella graduazione ha avuto luogo e che il credito dell'istituto è risultato, in tutto o in parte, incapiente. Ed appare chiaro altresì, trattandosi di una condizione di fondatezza dell'azione proposta dal curatore, che l'accertamento dell'eventuale difetto di tale condizione non postula alcuna espressa domanda da parte dell'istituto convenuto (e neppure la proposizione di un'eccezione in senso stretto), dovendo in ogni caso il giudice vagliarne l'esistenza per potersi pronunciare sulla pretesa dell'attore.

La sentenza d'appello, che a siffatti principi non si è attenuta, deve perciò esser cassata per il profilo da ultimo esaminato.

9. Non si rende però necessario far luogo ad un giudizio di rinvio, non profilandosi la necessità di ulteriori accertamenti di fatto e potendo perciò questa corte provvedere direttamente alla decisione nel merito, ai sensi dell'art. 384, comma 1, c.p.c.

Infatti, come s'è già osservato, il M

ha regolarmente insinuato al passivo del fallimento il credito ipotecario per la cui riscossione aveva proceduto ad esecuzione individuale, e la curatela mai



sostiene di aver dedotto, né provato, l'esistenza di uno stato passivo e di un progetto di riparto del fallimento da cui risulti la presenza di altre ragioni creditorie prevalenti su quelle del M e tali da non poter essere soddisfatte se non previo recupero delle somme da quest'ultimo incassate. Ne consegue che la curatela non ha titolo per pretendere che il Monte dei Paschi si spogli delle somme incassate a seguito della predetta procedura esecutiva individuale, somme che legittimamente l'istituto mutuante trattiene ameno fin quando un simile progetto di riparto non sarà stato definito nell'ambito della procedura fallimentare e non ne risulterà l'eventuale incapienza del suo credito ipotecario.

10. La complessità delle questioni trattate e l'esistenza di precedenti giurisprudenziali difformi su punti qualificanti della controversia suggerisce di compensare tra le parti le spese dell'intero giudizio.

P.Q.M.

La corte:

1. rigetta i primi tre motivi del ricorso;
2. accoglie il quarto motivo;
3. cassa l'impugnata sentenza in relazione al motivo accolto e, pronunciando nel merito, rigetta le domande proposte nella presente causa dalla curatela del



fallimento della S.

S.P.A.;

4. compensa per intero tra le parti le spese di tutti i gradi del giudizio.

Così deciso, in Roma, il 26 ottobre 2004.

Il Consigliere estensore

Il Presidente

Renato Rordorf

Antonio Saggio

CORTE SUPREMA CASSAZIONE
Prima Sezione
Depositato L. Cancelleria
il 17 DIC 2004
IL CANCELLIERE

CANCELLIERE
Andrea Bianchi

CORTE SUPREMA CASSAZIONE
Si attesta la registrazione presso l'Agenzia
delle Entrate di Roma 2 il 4.02.05
serie 4 al n. 3114 versate € 206,11
apposta in calce alla copia autentica
(art. 278 T.U. n°115 del 30/5/2002)
ferlani