

**Cassazione Civile, Sezione III, Sentenza n. 5724 del 27/02/2019**

**Incombe sul creditore, che chiede la collocazione sussidiaria, l'onere di provare che, è rimasto incapiente nell'esecuzione direttamente promossa**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. \_\_\_ - Presidente -

Dott. \_\_\_ - rel. Consigliere -

Dott. \_\_\_ - Consigliere -

Dott. \_\_\_ - Consigliere -

Dott. \_\_\_ - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso \_\_\_ proposto da:

D. S.P.A., già U. S.P.A.

- ricorrente -

contro

S. S.R.L.

- controricorrente -

e contro

G., A., L. e Z.

- intimati -

avverso la sentenza n. \_\_\_ del TRIBUNALE di ROMA, depositata il \_\_\_;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del \_\_\_ dal Consigliere Dott. \_\_\_;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. \_\_\_, che ha concluso per l'accoglimento del 1 motivo e rigetto del 2 motivo di ricorso;

udito l'Avvocato \_\_\_ per delega non scritta;

udito l'Avvocato \_\_\_.

Svolgimento del processo

1. All'esito dell'espropriazione immobiliare iscritta al n. \_\_\_ r.g.e. del Tribunale di Roma - da desume - si intentata dalla dante causa di U. spa, con l'intervento di S. srl, su beni di G., A., L. e Z.- fu proposto alle parti

il progetto di distribuzione della somma ricavata e, nonostante la contestazione della precedente sia della ricostruzione dell'entità del suo credito che della quota di esso su cui riconoscere il privilegio ipotecario vantato, approvato con ordinanza del giudice dell'esecuzione in data \_\_\_, addotta come comunicata il \_\_\_.

2. Fu, in particolare, escluso il privilegio ipotecario sugli interessi moratori in dichiarata applicazione di Cass. 8657/98 e 4124/99, attribuito a totale soddisfo del credito della precedente l'importo di Euro \_\_\_ in via ipotecaria (oltre le spese in prededuzione per Euro \_\_\_) e riconosciuto invece il privilegio, ex artt. 2751 bis e 2776 cpv. c.c., all'interventore S. srl per Euro \_\_\_: ed il successore della precedente, D. spa, propose allora opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c., con ricorso depositato il \_\_\_.

3. Costitutosi solo l'interventore con richiesta di rigetto dell'opposizione, l'adito tribunale la respinse: in primo luogo, escludendo dal privilegio ipotecario gli interessi moratori invocati dalla precedente e, in secondo luogo, riconoscendo all'interventore il privilegio per avere quello dato la prova di avere, nel corso del procedimento esecutivo, infruttuosamente tentato l'escussione sui mobili; e condannò l'opponente, soccombente, alle spese di lite della sola controparte costituita, liquidandole in Euro \_\_\_, oltre spese generali e accessori.

4. Per la cassazione di tale sentenza, pubblicata il \_\_\_ col n. \_\_\_, ha proposto ricorso la D. spa, articolato su due motivi e notificato dal \_\_\_, cui ha resistito con controricorso S. srl; per la pubblica udienza del \_\_\_, infine, entrambe le parti depositano memorie.

#### Motivi della decisione

1. In via preliminare, la ritualità della notifica del ricorso almeno a mezzo posta ordinaria ad almeno alcuni dei contraddittori (gli intimati G., A., L. e Z.: essendosi completate le relative operazioni per il primo il \_\_\_ e per il secondo ed il terzo in data \_\_\_) esime dalla disamina della questione della ritualità o meno della prova - ai fini della procedibilità o dell'ammissibilità - della notifica del ricorso a mezzo posta elettronica (in apparenza eseguita il \_\_\_) a S. srl, siccome carente di asseverazione autografa di conformità del messaggio di posta elettronica con cui quella notifica avrebbe avuto luogo: questione resa complessa, anche in ordine all'applicazione dei principi affermati da Cass. Sez. U. 24/09/2018, n. 22438 (seguita già da Cass. ord. 30/10/2018, n. 27480, a mente delle quali *"il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dalla ultima notifica, di copia analogica del ricorso per cassazione predisposto in originale telematico e notificato a mezzo PEC, senza attestazione di conformità del difensore L. n. 53 del 1994, ex art. 9, commi 1 bis e 1 ter, o con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non ne comporta l'improcedibilità ove il controricorrente... non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale notificato agli D.Lgs. n. 82 del 2005, ex art. 23, comma 2"*) dalla circostanza non tanto dell'evidente tardività della notifica del controricorso (avvenuta non prima del 20/07/2017, benchè il relativo termine fosse scaduto il ventesimo giorno dal termine per la produzione della documentazione - di venti giorni dall'ultima notifica - da parte del ricorrente, per di più avutasi comunque il 21/11/2016), quanto piuttosto del dispiegamento di una simile contestazione soltanto con la memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c., e quindi con un atto da ritenersi inammissibile in dipendenza proprio della tardività del controricorso (fra molte: Cass. 14/03/2017, n. 6563; Cass. 30/04/2005, n. 9023).

2. Infatti, può farsi applicazione del principio della ragione più liquida (sul quale v., tra moltissime: Cass. Sez. U. 23/10/2107, n. 24969, p. 8 delle ragioni della decisione; Cass. Sez. U. 14/03/2018, n. 6335, p. 6 di dette ragioni), in base a cui deve ritenersi consentito al giudice esaminare un motivo di merito, suscettibile di assicurare la definizione del giudizio, anche senza valutare la fondatezza o meno di questioni pregiudiziali o preliminari: in particolare, anche a prescindere dalla verifica dell'interesse della ricorrente a dolersi di una pronuncia su di un'ordinanza che comunque riconosce in modo non equivoco l'integrale soddisfo di ogni sua pretesa creditoria, potendo fin d'ora concludersi che ciascuno dei motivi vada disatteso.

3. Orbene, quanto ai motivi dispiegati dalla ricorrente:

- col primo, essa lamenta *"violazione e falsa applicazione dell'art. 2855 c.c., comma 3"*: in estrema sintesi parendo dolersi che, rispetto alla precisazione del credito, erroneamente il professionista delegato - nel redigere il progetto di distribuzione, poi invece approvato dal giudice dell'esecuzione - avrebbe escluso ogni capitalizzazione e comunque avrebbe errato, come dimostrato dai prospetti genericamente richiamati, anche quanto ad esclusione degli interessi moratori dal privilegio ipotecario, sul punto richiamando, in addotto contrasto con la giurisprudenza applicata dalla sentenza gravata, la pronuncia di Cass. 6403/15;

- col secondo, deduce *"violazione e falsa applicazione dell'art. 2776 c.c., comma 2"*: ribadendo la tesi di un non rispettato onere, per il creditore professionista che invochi il privilegio generale sugli immobili, di un previo espletamento infruttuoso di una procedura esecutiva quale condizione per dispiegare intervento e per il riconoscimento del privilegio in sede di distribuzione, richiamata al riguardo soprattutto giurisprudenza di merito.

4. Il primo motivo è inammissibile: difettano, nel ricorso e senza che possa rilevare a colmare tale lacuna alcun altro atto successivo, gli elementi invece decisivi - se non sull'andamento della procedura esecutiva e sull'esatta identificazione degli esecutati e dell'esecutante originario, della somma ricavata e dei tempi degli interventi, quanto meno - sulla causa *petendi* azionata col ricorso per opposizione agli atti esecutivi (e non con il successivo atto di introduzione della fase di merito, irrilevante perché inidoneo a fissare il *thema decidendum*) e specialmente sulle differenti ipotesi di distribuzione via via succedutesi e tra loro contrapposte; in particolare, difettano soprattutto adeguati ed idonei stralci dei passaggi intermedi e l'indicazione puntuale delle ragioni di diritto in base alle quali pervenire ai risultati auspicati dall'odierna ricorrente e per contrastare analiticamente quelli invece accolti dal giudice dell'esecuzione col recepimento del progetto predisposto dal professionista delegato.

5. Tale carenza impedisce di valutare se sia stata adeguatamente attinta da valida censura l'unica *ratio decidendi* posta dalla qui gravata sentenza a base della reiezione del primo motivo di opposizione, che si incentra nella non spettanza del privilegio sugli interessi moratori: in via dirimente, in quanto l'unico dato esistente in ricorso dà atto di un totale riconoscimento del credito azionato a totale soddisfo e per l'intero in via ipotecaria, ciò che esclude necessariamente che sia stata errata l'applicazione dell'art. 2855 c.c., riguardante una ripartizione tra privilegio e chirografo degli accessori del credito ipotecario che non c'è stata in concreto.

6. Non può quindi verificarsi se sia stata fatta o meno corretta applicazione, quanto alla spettanza o meno del privilegio ipotecario sugli interessi moratori, della consolidata giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale *"nei crediti per capitale assistiti da ipoteca deve essere tenuto distinto l'ambito operativo dell'art. 2855 c.c., commi 2 e 3, atteso che il comma 2, disciplina i limiti di estensione della garanzia ipotecaria agli "interessi corrispettivi", individuandoli nel triennio ivi considerato (biennio precedente ed anno in corso al momento del pignoramento) e sanzionando con la nullità gli accordi non conformi ai limiti legali, mentre il comma 3, ha per oggetto la disciplina dei limiti di estensione della garanzia ipotecaria agli "interessi moratori" (tali dovendo in ogni caso qualificarsi, ex art. 1219 c.c., comma 1, gli interessi maturati dopo la notifica del precetto), i quali, successivamente all'anno del pignoramento e fino alla data della vendita beneficiano dell'estensione del medesimo grado della originaria garanzia ipotecaria, ma solo nella misura ridotta ex lege al tasso legale"* (tra le ultime: Cass. 02/03/2018, n. 4927; in precedenza, nello stesso senso: Cass. 28/07/2014, n. 17044; Cass. 15/01/2013, n. 775; così superate le remore, desumibili nel senso dell'esclusione in ogni caso degli interessi moratori dal privilegio ai sensi dell'art. 2855 c.c., commi 2 e 3, di Cass. 24/10/2011, n. 21998, nonché di altre pronunce precedenti), 7. È quindi impossibile verificare se ed in che misura la statuizione della sentenza qui gravata, della non estensione del privilegio ex art. 2855 c.c. (senza distinzione tra secondo e comma 3) agli interessi moratori, benché effettivamente imprecisa per l'assolutezza della sua enunciazione (perché non si fa carico della differenziazione tra i detti due commi, che assoggettano a regime diverso i due tipi di interessi), abbia in concreto apportato negative conseguenze per il creditore, al quale, stando ai pochi

dati trascritti in ricorso, è stato assegnato per intero e tutto con privilegio ipotecario il credito come ricostruito dal giudice dell'esecuzione per il tramite del suo ausiliario professionista delegato.

8. Il secondo motivo, se non inammissibile a sua volta per la irrimediabile carenza in ricorso dei riferimenti alle concrete modalità di dispiegamento delle contestazioni avverso il riconoscimento del privilegio ex art. 2751 bis c.c., è senz'altro infondato.

9. Infatti, per la consolidata giurisprudenza di questa Corte, *"ai fini dell'art. 2776 c.c. - il quale dispone che i crediti indicati nell'art. 2752 c.c., aventi privilegio generale sui mobili, nel caso di infruttuosa esecuzione su di essi, siano collocati sussidiariamente sul prezzo degli immobili, con preferenza rispetto ai creditori chirografari - incombe al creditore, che chiede la collocazione sussidiaria, l'onere di provare di essere rimasto incapiente nell'esecuzione direttamente promossa e di essere stato impossibilitato ad intervenire nelle precedenti esecuzioni perché il suo credito non era ancora certo, liquido ed esigibile, ovvero che il suo intervento era (o sarebbe) stato superfluo per l'insufficienza del patrimonio mobiliare del debitore a soddisfare il suo credito, anche se privilegiato"* (Cass. 01/03/1968, n. 673; Cass. 19/12/2016, n. 26101; Cass. 08/03/2017, n. 5809; Cass. ord. 03/10/2018, n. 24125).

10. Al riguardo, ben può ammettersi che l'infruttuosità - quale presupposto per il privilegio stesso, a sua volta collegato alla natura del credito in ragione del particolare valore intrinseco riconosciutogli dall'ordinamento - dipenda da una mera prognosi - purché fondata su elementi probanti e cospicui - e non comporti l'imposizione al creditore della previa sopportazione di costi ed oneri con ogni probabilità inutili per potersi avvalere di quello che resta pur sempre un privilegio e quindi un trattamento di miglior favore.

11. Ma, ad ulteriore specificazione del visto principio di diritto, incontestato - o, se non altro, non risultando dal ricorso essere stato contestato tempestivamente - nella fattispecie che l'esecuzione sia stata o si sia prospettata infruttuosa, l'altra questione sul tempo in cui il tentativo andava esperito va risolta considerando che le condizioni per essere preferiti nella distribuzione debbono sussistere al momento in cui possono essere fatte valere e quindi al tempo della distribuzione stessa e non a quello in cui l'azione esecutiva è esercitata: è, in altri termini, con riferimento al concorso che quelle condizioni debbono operare, non incidendo invece sulla legittimità dell'intervento (e, dopo la riforma del 2005/06, sulla sussistenza del potere o della legittimazione a dare impulso alla procedura esecutiva).

12. Pertanto, il principio di diritto già consolidato va precisato nel senso che *"ai fini dell'art. 2776 c.c. - il quale dispone che i crediti indicati nell'art. 2752 c.c., aventi privilegio generale sui mobili, nel caso di infruttuosa esecuzione su di essi, siano collocati sussidiariamente sul prezzo degli immobili, con preferenza rispetto ai creditori chirografari - incombe al creditore, che chiede la collocazione sussidiaria, l'onere di provare che, purché prima di partecipare alla distribuzione nella quale invoca il privilegio, ma non già anche prima di avere dispiegato l'azione esecutiva (pure soltanto mediante intervento), è rimasto incapiente nell'esecuzione direttamente promossa ed impossibilitato ad intervenire nelle precedenti esecuzioni (ad esempio, perché il suo credito non era ancora certo, liquido ed esigibile), ovvero che il suo intervento era (o sarebbe) stato superfluo per l'insufficienza del patrimonio mobiliare del debitore a soddisfare il suo credito, anche se privilegiato"*. E di esso non risulta fatta, nella controversia in esame, un'erronea applicazione da parte della qui gravata sentenza.

13. L'inammissibilità del primo motivo e l'infondatezza del secondo comportano il rigetto del ricorso e la condanna della soccombente ricorrente alle spese del giudizio di legittimità, benché limitatamente alle sole attività defensionali dello studio della controversia e della partecipazione all'udienza di discussione in dipendenza della vista tardività del controricorso (secondo la stessa giurisprudenza richiamata al precedente punto 1 delle ragioni della decisione), di cui va disposta l'attribuzione per la richiesta in tal senso del difensore della controricorrente associazione professionale.

14. Va infine dato atto - mancando ogni discrezionalità al riguardo (tra le prime: Cass. 14/03/2014, n. 5955; tra moltissime altre: Cass. Sez. U. 27/11/2015, n. 24245) - della sussistenza dei presupposti per l'applicazione del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, in tema di contributo unificato per i gradi o i giudizi di impugnazione e per il caso di reiezione integrale, in rito o nel merito.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente e con attribuzione al suo difensore per dichiarazione anticipo, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro \_\_ per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro \_\_ ed agli accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, il 19 gennaio 2019.

Depositato in Cancelleria il 27 febbraio 2019

Studio Legale Rossi e Martini