

Quando il trasferimento di ipoteca è opponibile al fallimento?

Perchè un trasferimento di ipoteca possa essere opponibile al fallimento è comunque necessario che esso sia annotato a margine dell'iscrizione d'ipoteca prima o dopo la dichiarazione di fallimento.

Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 12.2.2013, n. 3402

...omissis...

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente censura la pronuncia della Corte d'appello laddove ha ritenuto di escludere il privilegio perchè la cessione del credito da parte del Banco di Sardegna alla soc. C. non era stata annotata a margine dell'ipoteca come richiesto dall'art. 2843 c.c., perchè, a prescindere dalla applicabilità o meno delle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 12, al testo unico bancario, essa ricorrente non aveva prodotto alcun documento attestante la propria qualità di intermediario bancario.

Deduce a tale proposito la ricorrente che essa aveva specificatamente dedotto nell'atto di appello la qualità in questione con indicazione del numero di iscrizione all'albo e tale circostanza non era stata contestata dalla controparte onde il fatto doveva ritenersi controverso senza necessità di prova specifica.

Con il secondo motivo di ricorso contesta la sentenza laddove ha ritenuto applicabile la L. Fall., art. 45, poichè nel caso di specie nessuna formalità (annotazione) era necessaria ed ha ritenuto invece non applicabile al caso di specie il D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 12, affermando la natura non retroattiva della predetta disposizione normativa entrata in vigore dopo la dichiarazione di fallimento della A srl.

Con il terzo motivo si sostiene che la ritenuta inopponibilità non avrebbe recato alcun pregiudizio al fallimento in quanto l'annotazione del trasferimento d'ipoteca non comportava la creazione di una nuova ipoteca ma solamente la sostituzione dell'iscrizione originaria.

Il primo motivo è fondato.

La Corte d'appello sia pure con la formulazione un pò ambigua (anche a non considerare che l'appellante non ha prodotto alcun documento attestante l'appartenenza a tale categoria di soggetti) ha chiaramente lasciato intendere che la mancanza di detta prova costituiva motivo di rigetto della domanda. L'espressione in questione deve infatti intendersi nel senso che l'appellante non aveva fornito la prova di appartenere alla categoria di soggetti in questione e che, dunque, in ragione di ciò la domanda era infondata.

La Corte d'appello non ha tuttavia tenuto conto del fatto che sulla qualità di intermediaria finanziaria della odierna ricorrente non era stata sollevata contestazione alcuna da parte della curatela fallimentare.

La giurisprudenza di questa Corte ha ripetutamente affermato che l'art. 167 cod. proc. civ., imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi del diritto preteso dalla controparte, considera la non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia

controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e dovrà, perciò, ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti. (ex plurimis Cass. 5356/09).

Ne consegue che la Corte d'appello ha illegittimamente proceduto ad una valutazione sull'esistenza di prova circa una data circostanza non oggetto di contestazione tra le parti e che, pertanto, doveva ritenersi acquisita in giudizio.

Il motivo va pertanto accolto.

Il secondo ed il terzo motivo, tra loro connessi, possono essere esaminati congiuntamente.

Gli stessi sono fondati.

Occorre preliminarmente esaminare la questione se, ai fini del riconoscimento del diritto di privilegio (nel caso di ipoteca costituita prima della apertura della procedura concorsuale), l'annotazione del trasferimento, ai sensi dell'art. 2843 c.c., debba essere effettuata in data anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento.

Un risalente orientamento di questa Corte ha desunto la necessità di detta anteriorità dalla natura costitutiva dell'annotazione e dalla circostanza che la L. Fall., art. 45, stabilisce che sono senza effetto rispetto ai creditori le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento (Cass. n. 3241-72 Cass. 1060-80; Cass. 5420/92; Cass. 18188/04).

Tale giurisprudenza è stata peraltro superata da un più recente orientamento (vedi Cass. 1669/2008; Cass. n. 3173/2008; Cass. 17664/07 Cass. n. 8983/1992; Cass. n. 9023/97), che questo Collegio condivide, che parte dalla premessa che il pagamento con surrogazione, analogamente alle altre forme di successione - in senso ampio - del credito, quale - come nel caso di specie - la cessione del credito, da luogo ad una successione nel rapporto obbligatorio per cui, trattandosi di una vicenda concernente esclusivamente la posizione attiva del creditore originario, al quale si sostituisce il cessionario ovvero il solvens, resta immutato nella sua oggettività il rapporto obbligatorio.

Sulla base di questa premessa è stato ritenuto che non possa utilmente invocarsi la L. Fall., art. 45, a mente del quale sono inopponibili alla massa le "formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi" se compiute dopo la dichiarazione di fallimento.

La ratio della citata L. Fall., art. 45, è, infatti, quella di impedire un pregiudizio ai creditori conseguente da atti compiuti dopo l'apertura della procedura concorsuale garantendo la cristallizzazione della situazione patrimoniale alla data del fallimento.

Si è così chiarito da parte della giurisprudenza in esame che "l'inopponibilità stabilita dalla L. Fall., art. 45, riguarda esclusivamente gli atti di disposizione suscettibili di vulnerare i diritti della massa dei creditori. L'annotazione del trasferimento dell'ipoteca, se eseguita dopo la sentenza di fallimento, comporta invece la mera sostituzione soggettiva nell'iscrizione originaria (e perciò anche nel grado) che assisteva il credito del creditore ipotecario surrogato, non la costituzione di una nuova ipoteca, e cioè non configura un atto pregiudizievole per il fallimento. In sostanza, essa comporta "un pregiudizio (di mero fatto, e del tutto legittimo) limitato ai creditori ammessi al riparto in posizione subordinata" (Cass. 16669/08; Cass. n. 3173 del 2008; Cass. n. 8983 del 2002).

Può dunque concludersi che nel caso di cessione del credito munito di ipoteca l'annotazione di detta cessione può essere opponibile al fallimento anche se annotata successivamente alla sua dichiarazione.

Tale annotazione, rientrando tra le varie formalità previste dalla L. Fall., art. 45, è, come è noto, disciplinata nel caso di specie dell'art. 2843 c.c., in base al quale l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca a margine della iscrizione della stessa

ha valore costitutivo e si configura perciò come un elemento integrativo indispensabile della fattispecie del trasferimento medesimo, per cui, ove non effettuata, comporta l'inefficacia del trasferimento stesso nei confronti dei creditori concorrenti, (Cass. 12/09/1997, n. 9023; Cass. n. 5420/1992).

Da ciò discende che, in generale, perchè un trasferimento di ipoteca possa essere opponibile al fallimento è comunque necessario che esso sia annotato a margine dell'iscrizione d'ipoteca prima o dopo la dichiarazione di fallimento.

Nel caso di specie è pacifico che detta annotazione non sia avvenuta. Sostiene la società ricorrente che nessuna formalità (annotazione) era necessaria dovendosi ritenere applicabile l'art. 58 del testo unico bancario, come modificato dal D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 12, che esclude la necessità di detta annotazione nel caso di cessione di crediti ipotecari in favore degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale previsto dal D.Lgs. n. 358 del 1993, art. 107 e che la sentenza impugnata aveva erroneamente affermato la natura non retroattiva della predetta disposizione normativa entrata in vigore dopo la dichiarazione di fallimento della A srl.

La doglianza della società ricorrente è fondata anche se nel caso di specie non è il problema dello jus superveniens che assume rilevanza preminente. Una volta accertato, infatti, che l'annotazione della cessione del credito ipotecario può intervenire in qualunque momento sia prima che dopo la dichiarazione di fallimento, ciò che conta è che la detta annotazione intervenga comunque nel corso della procedura di insinuazione al passivo o nella successiva fase di opposizione costituendo essa una condizione dell'azione.

Nella fattispecie in esame, è accaduto che nel corso del giudizio di opposizione allo stato passivo innanzi al tribunale è sopravvenuto il D.Lgs. n. 342 del 1999 che ha modificato l'art. 58 del T.U.B nel senso di escludere la necessità dell'annotazione nel caso che il cessionario del credito ipotecario sia, come nel caso di specie, una società intermediatrice finanziaria.

Ciò comporta che dal momento della entrata in vigore del predetto decreto legislativo il credito ipotecario della cessionaria ricorrente è divenuto opponibile ai terzi e quindi al fallimento, anche se la cessione non era stata annotata, realizzandosi così una delle condizioni dell'azione.

In altri termini, la sopravvenuta non necessità dell'annotazione ai fini della opponibilità alla massa può equipararsi, quanto ai suoi effetti, ad una annotazione effettuata dopo la dichiarazione di fallimento (anche in sede di giudizio di opposizione allo stato passivo) consentita nel caso di specie in ragione di quanto in precedenza detto.

Il ricorso va in conclusione accolto con conseguente cassazione della sentenza impugnata. Sussistendo le condizioni di cui all'art. 384 c.p.c., la causa può essere decisa nel merito con il conseguente accoglimento della opposizione allo stato passivo proposta con ricorso del 24.2.99 e per l'effetto con l'ammissione in via privilegiata ipotecaria per un ammontare di Euro 1.013.785,79 (pari a L. 1.962.963.021) di quella parte del maggior credito già ammesso al passivo in via chirografaria per il maggior importo di Euro 1.532.318,96 (pari a L. 2.966.983.241).

La novità e la peculiarità della questione giustifica la compensazione delle spese dell'intero giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e decidendo nel merito accoglie l'opposizione allo stato passivo proposta con ricorso del 24.2.99 e ammette in via privilegiata ipotecaria per un ammontare di Euro 1.013.785,79 (pari a L. 1.962.963.021) quella parte del maggior credito già ammesso al passivo in via chirografaria per l'importo di Euro 1.532.318,96 (pari a L. 2.966.983.241).