

Quando il trasferimento di ipoteca è opponibile al fallimento? Annotazione alla sentenza della Cassazione Civile 3402/2013

di Federica Federici

Massime

Il trasferimento di ipoteca è opponibile al fallimento solo laddove esso venga annotato a margine dell'iscrizione ipotecaria, prima o dopo la relativa dichiarazione; il cessionario del credito, cui la garanzia accede, può quindi ottenerne l'ammissione privilegiata al passivo allorché l'annotazione intervenga durante la fase di insinuazione od in quella successiva di opposizione, costituendo essa una condizione dell'azione.

Perché 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 cessione del credito munito di ipoteca l'annotazione di detta cessione può essere opponibile al fallimento anche se annotata successivamente alla sua dichiarazione.

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.

Quaestio juris

1. 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?
2. (Sub quaestio) Efficacia retroattiva del D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 12 (jus superveniens)?
3. L'annotazione del trasferimento d'ipoteca comporta la creazione di una nuova ipoteca o solamente la sostituzione dell'iscrizione originaria?
4. Per essere opponibile al fallimento quali sono i requisiti formali necessari?

Normativa di riferimento

1. Art. 2843 cod. civ.
2. D. Lgs. n. 342 del 1999, T.U.B., artt. 12 e 58.
3. Legge fallimentare, art. 45.
4. Art. 167 cod. proc. civ.

Nota esplicativa

In via preliminare rispetto ai motivi di gravame (tre e tutti accolti), la Corte di Cassazione evidenzia un errore di valutazione della Corte d'Appello, la quale aveva ritenuto la mancanza della prova (quella di appartenere alla categoria di soggetti intermediari finanziari) come motivo di rigetto della domanda, in quanto infondata. Secondo la Cassazione l'errore della Corte d'Appello è stato di non aver tenuto conto del fatto che sulla qualità di intermediaria finanziaria della ricorrente non era stata in precedenza sollevata contestazione alcuna da parte della curatela fallimentare.

Ciò equivale per Corte d'appello ad aver 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.

Circa le questioni di cui al punto 1 e 2 un risalente orientamento della Cassazione ha desunto la necessità dell'antioriorità 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 però 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), condiviso dalla Corte nella pronuncia de quo, il quale 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, dà luogo ad una successione nel rapporto obbligatorio. Questo comporta che, 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 sicché 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.

Relativamente alla questione di cui al punto 3, ne consegue che secondo tale approccio giurisprudenziale "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 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).

Conclude la Corte 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. Questa conclusione rappresenta il precipitato logico del percorso argomentativo della Corte e consente di rispondere alla questione di cui al punto 4.

Invero, tale annotazione, rientrando tra le varie formalità previste dalla L. Fall., art. 45, è 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.

La doglianza della società ricorrente sarebbe stata fondata - a giudizio della Corte - 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).

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 argomentato dalla Corte, che nelle ultime parole della sentenza stessa ha voluto sottolineare la peculiarità della questione sottoposta.

Sentenze e precedenti conformi e difformi

1. La giurisprudenza della Cassazione 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).

2. Sull'antiorità dell'iscrizione di privilegio vedi Cass. n. 3241-72 Cass. 1060-80; Cass. 5420/92; Cass. 18188/04. In senso difforme un più recente

orientamento (vedi Cass. 1669/2008; Cass. n. 3173/2008; Cass. 17664/07 Cass. n. 8983/1992; Cass. n. 9023/97), 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, dà 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.

3. Vedi Cass. 16669/08; Cass. n. 3173 del 2008; Cass. n. 8983 del 2002.