

|                        |   |
|------------------------|---|
| <b>Data</b>            | <b>12/02/2013</b>                       |
| <b>Ente giudicante</b> | <b>CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE PRIMA</b> |
| <b>Numero</b>          | <b>3402</b>                             |

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

ha pronunciato la seguente:

**SENTENZA**

sul ricorso 24004-2006 proposto da:

**I. F. P. SPA**

- RICORRENTE -

*contro*

**FALLIMENTO SRL**

- CONTRORICORRENTE -

avverso la sentenza n. 568/2005 della CORTE D'APPELLO DI CAGLIARI - SEZIONE DISTACCATA DI SASSARI, depositata il 05/11/2005;

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con ricorso al Tribunale di Sassari, Sezione Fallimentare, depositato in data 24.2.1999, la " **I. F. P. SPA.**" proponeva opposizione ex art 98 L.F. contro il decreto del 10.2. 1999 con il quale il giudice delegato al **FALLIMENTO SRL** ." aveva ammesso al passivo in via chirografaria il complessivo credito di £.2.966.983.241 fatto valere nei confronti della società fallita, compreso quello di £.1.962.963.021 di cui essa aveva, invece, richiesto l'ammissione in via privilegiata ipotecaria, osservando, a giustificazione del mancato riconoscimento del rango privilegiato, che la cessione del credito, pur garantito da ipoteca, da parte del Banco di S. non era stata trascritta nella Conservatoria dei RR.II. di Sassari.

Deduceva l'opponente di essere iscritta all'albo nazionale degli intermediari finanziari e che il credito di cui si era resa cessionaria era soggetto alla disciplina dettata, in materia di cessione dei crediti d'impresa, dalla L.21.2. 1991 n.52 e, in particolare, all'art.58 D.Lgs. 1.9.1993 n.385, ove, in deroga al principio generale sancito dall'art.2843 cc, è stabilito che i privilegi e le garanzie esistenti a favore del cedente conservano la loro validità e il loro grado anche a favore del cessionario senza bisogno di alcuna formalità o annotazione.

Il Fallimento non si costituiva in giudizio.

Con sentenza in data 21.6.2001 il Tribunale rigettava l'opposizione Avverso tale sentenza, depositata l'8.8.2001, proponeva appello la "**I. F. P. SPA**" con atto di citazione ritualmente notificato l'8.7.2002.

Resisteva il Fallimento appellato.

La Corte d'appello di Cagliari, sezione distaccata Sassari, con sentenza n.568/05 rigettava il gravame.

Avverso detta sentenza ricorre per cassazione la **I. F. P. SPA** sulla base di tre motivi, illustrati con memoria, cui resiste con controricorso la curatela fallimentare.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il **PRIMO MOTIVO** di ricorso la ricorrente censura la pronuncia della Corte d'appello laddove ha ritenuto di escludere il privilegio perché la cessione del credito da parte del **BANCO SPA** alla **I. F. P. SPA** non era stata annotata a margine dell'ipoteca come richiesto dall'art.2843 cc. perché, a prescindere dalla applicabilità o meno delle modifiche apportate dall'art.12 d.lgs 342/99 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 l'art 45 l.f poiché nel caso di specie nessuna formalità (annotazione) era necessaria ed ha ritenuto invece non applicabile al caso di specie l'art 12 del d.lgs 342/99 affermando la natura non retroattiva della predetta disposizione normativa entrata in vigore dopo la dichiarazione di fallimento della **FALLIMENTO 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 po' 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 cpc, 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 cc, 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 l'art.45 1.fall., 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.898311992,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 , 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.

Sulla base di questa premessa è stato ritenuto che non possa utilmente invocarsi l'art.45 il 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* del citato articolo 45 111 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 dall'art. 45 1.fall 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 dall'art.45 1.f è, come è noto, disciplinata nel caso di specie dell'art.2843 cc 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, 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 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 dall'art.12 del d.lgs 342/99, che esclude la necessità di detta annotazione nel caso di cessione di crediti ipotecari in favore degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale previsto dall'art.107 del d.lgs 358/93 e che la

sentenza impugnata aveva erroneamente affermato la natura non retroattiva della predetta disposizione normativa entrata in vigore dopo la dichiarazione di **FALLIMENTO 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 decreto legislativo n.342/99 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 cpc, 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 lire 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 lire 2.966.983.241).

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

#### **PQM**

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 lire 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 lire 2.966.983.241).