

LEGITTIMAZIONE ATTIVA: SUCCESSIONE NEL CORSO DEL PROCESSO ESECUTIVO

Durante la pendenza del processo esecutivo è frequente che possano verificarsi fenomeni successori che modificano la rappresentazione del rapporto debito-credito cristallizzato nel titolo esecutivo, con il quale si è dato avvio all'azione ovvero si è depositato l'atto di intervento.

Tenuto conto che la pendenza della procedura, i cui tempi di durata sono noti tanto che le ultime riforme legislative al codice di procedura civile hanno interessato principalmente il processo esecutivo, non può impedire il materiale verificarsi di tali eventi, è importante valutare gli effetti che tali fenomeni producono sull'iter esecutivo in corso.

È da premettere che se la successione si verifica prima dell'instaurazione del processo esecutivo, non sorgono problemi interpretativi a mente dell'art. 475 cpc che prevede che la spedizione in forma esecutiva del titolo possa essere effettuata a favore della parte a beneficio della quale è stato pronunciato il provvedimento o stipulata l'obbligazione ovvero dei suoi successori.

Il controllo della regolarità formale della titolarità del credito in capo alla parte del processo esecutivo è poi già stato effettuato, in sede di verifica della documentazione in atti preliminare alla fissazione dell'udienza ex art. 569 cpc, dal Giudice dell'Esecuzione.

Se, viceversa, la successione avviene nel corso del processo esecutivo, che, a seguito della novella al codice di procedura esecutiva, dovrebbe svolgersi in un'unica udienza chiamata per i provvedimenti di cui all'art. 569 cpc, prima della delega delle operazioni di vendita, allora potrebbe accadere che il Giudice e il delegato vengano resi edotti dell'avvenuta successione al momento dell'invio della nota di precisazione del credito.

Si segnala che la Cassazione¹ ha affermato che, in pendenza del processo esecutivo, la successione del creditore comporta che il titolo esecutivo spiega la sua efficacia in favore del titolare del credito e di tutti i suoi successori, siano essi a titolo universale o a titolo particolare.

¹ Cfr. Cass. civ. Sez. III, n. 14096 del 01/07/2005, dove si legge: *“la successione a parte creditoris non è prevista espressamente dalla legge con riferimento al processo esecutivo, ma è stata ripetutamente considerata dalla giurisprudenza di questa Corte per consentire la prosecuzione del processo esecutivo dopo l'alienazione del credito sia al creditore originario, sia a quello subentrante (Cass. 8 dicembre 2003, n. 73; 6 luglio 2001, n. 9211; 15 settembre 1995, n. 9727; 20 marzo 1991, n. 2955; 7 aprile 1986, n. 2405).*

La Corte, infatti, ha considerato che al processo esecutivo può essere applicato il principio generale dettato dall'art. 111 cod. proc. civ. per il giudizio contenzioso, che consente la successione nel diritto controverso anche quando essa si determini in pendenza del processo esecutivo.

La conferma del principio richiede che siano chiari i limiti dell'estensione soggettiva del titolo esecutivo, con la precisazione che in questo giudizio interessa la portata attiva di tale estensione.

Con riferimento a questo particolare tema, in una fattispecie in cui il titolo esecutivo era costituito da sentenza di condanna ad un fare specifico, è stato già ritenuto che per la soluzione del problema soccorre la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 475 cod. proc. civ., secondo il quale il titolo esecutivo spiega la sua efficacia in favore del titolare del credito e di tutti i suoi successori, siano essi a titolo universale o a titolo particolare.

Ognuno di questi soggetti, infatti, può giovare dell'estensione degli effetti del giudicato favorevole contenuto nella sentenza fatta valere come titolo esecutivo, secondo la disposizione indicata dall'art. 2909 cod. civ., e può chiedere la spedizione del titolo in forma esecutiva, naturalmente quando questa è chiesta dalla legge:

Cass. 17 dicembre 2003, n. 601.

Pertanto, il successore nel titolo fatto valere quale titolo esecutivo, come non avrebbe l'obbligo di dimostrare neppure documentalmente la sua posizione al soggetto che deve spedire il titolo in forma esecutiva (cfr. art. 475 cpc), allo stesso modo non dovrebbe farlo fuori di questa situazione, quando il debitore non contesti questa qualità attraverso un giudizio di accertamento negativo in sede di opposizione all'esecuzione.

Conseguentemente il soggetto che chiede in sede di riparto l'attribuzione delle somme in forza del contratto di cessione, non avrebbe l'onere di dimostrare la sua posizione di successore, salvo che il creditore cedente ovvero il debitore contestino, mediante opposizione, l'assunto dell'intervenuto.

In ogni caso, ritengo che sia compito del professionista delegato, che riceve da parte dei creditori la precisazione del credito, accertare – almeno formalmente - la titolarità del credito in capo alle parti del processo esecutivo e tanto al fine della corretta collocazione nel progetto di distribuzione dei privilegi e per evitare l'insorgere di controversie distributive (nel caso di piano di riparto in presenza di più creditori) ovvero di opposizioni agli atti esecutivi (nel caso di progetto di attribuzione in presenza di un solo creditore).

Volendo inquadrare la successione nel processo esecutivo nel quadro codicistico, si deve segnalare che le uniche norme che disciplinano la vicenda successoria in corso di causa sono gli artt. 110 e 111 cpc, che – tuttavia – si riferiscono al processo di cognizione.

A norma dell'art. 110 cpc² se la parte viene meno per morte o per altra causa, il processo è proseguito dal successore a titolo universale o nei suoi confronti.

A norma dell'art. 111 cpc³ la successione a titolo particolare nella titolarità del diritto controverso ha un'incidenza specifica sullo svolgimento del processo solo se avviene *mortis causa*, perché in tal caso la prosecuzione è possibile solo nei confronti del successore; in mancanza il processo è interrotto.

Se, invece, la successione avviene a titolo particolare per atto *inter vivos*, allora la vicenda successoria non impedisce lo svolgimento del processo tra le parti originarie.

Lo stesso principio è stato affermato anche nel caso di cessione del credito avvenuta a processo esecutivo iniziato, allorchè, in accordo con il cessionario, l'originario creditore intendeva proseguirlo: sentenza 11 marzo 2004, n. 4985.

Eguale conclusione può essere raggiunta anche in termini più generali.

Il successore nel titolo fatto valere come titolo esecutivo, infatti, come non ha l'obbligo di dimostrare neppure documentalmente la sua posizione al soggetto che deve spedire il titolo in forma esecutiva (art. 475, secondo comma, cod. proc. civ.), allo stesso modo non deve farlo fuori di questa situazione, quando il debitore non contesti questa qualità attraverso un giudizio di accertamento negativo (opposizione all'esecuzione) in mancanza di questa contestazione, infatti, l'accertamento sarebbe superfluo”;

²Art. 110 cpc - Successione nel processo - *Quando la parte vien meno per morte o per altra causa, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto;*

³Art. 111 cpc - Successione a titolo particolare nel diritto controverso - *Se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie.*

Se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto.

In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti vi consentono, l'alienante o il successore universale può esserne estromesso.

La sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui, salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione;

Come detto, siffatte disposizioni riguardano il processo di cognizione e, dunque, occorre stabilire se le predette sono estendibili al processo esecutivo ed – in caso positivo – in che misura.

Sul punto sia in giurisprudenza sia in dottrina si rinvengono posizioni diverse, che di seguito si diranno, tuttavia, appare opportuno – al fine di esaminare la problematica – procedere alla disamina dei casi più frequenti di successione nel diritto di credito che possono verificarsi nel corso della procedura esecutiva.

A). MORTE DEL CREDITORE

Nel caso di morte del creditore, la dottrina ritiene univocamente che non ricorrono ragioni ostative all'applicabilità dell'art. 110 cpc⁴ e quindi:

-il processo non viene interrotto ai sensi dell'art. 299 cpc⁵;

- il processo può essere proseguito dagli eredi del creditore;

-il procuratore costituito per il *de cuius* può continuare ad espletare l'attività difensiva, in quanto la morte della parte non determina l'inefficacia della procura durante la pendenza del processo in applicazione del principio dell'ultrattività del mandato alle liti⁶.

B).CAMBIO DI DENOMINAZIONE

Il cambio di denominazione non ha alcun rilievo, in quanto non è modificativo dell'identità della persona giuridica⁷ e quindi:

⁴ Cfr. nota n. 3;

⁵ Sul punto: Cass. civ. Sez. III, 13/06/1994, n. 5721: "L'istituto dell'interruzione non è applicabile al processo esecutivo";

⁶ Sul punto: Cass. civ. Sez. III, 08/02/2012, n. 1760: "Il principio di ultrattività del mandato alle liti, costituente una deroga alla regola per cui la morte del mandante estingue il mandato, secondo la disciplina generale della materia ai sensi dell'art. 1722 n. 4 cod. civ., opera solo all'interno della fase processuale in cui l'evento si è verificato, derivandone che, esaurito il grado in cui l'evento morte non dichiarato si è verificato, la legittimazione attiva e passiva compete solo alle parti reali e viventi; tale principio trova altresì applicazione quanto al precetto, atto di natura sostanziale più che processuale. (Cassando la decisione impugnata e decidendo nel merito, la S.C. ha dichiarato la nullità del precetto intimato dopo la pubblicazione della sentenza di primo grado dal procuratore della parte deceduta molti anni prima). (Cassa e decide nel merito, Trib. Cagliari, 18/09/2009)";

Cass. civ. Sez. II, 10/01/2006, n. 144: "La morte della parte costituita, verificatasi nel corso del giudizio, non determina automaticamente l'interruzione del processo, come causa estintiva del rapporto procuratorio ai sensi dell'art. 1722 n.4 cod. civ, essendo tale interruzione l'effetto di una fattispecie complessa costituita dalla verifica del decesso e dalla dichiarazione in udienza o dalla notificazione alle altre parti compiuta dal procuratore della parte deceduta; in mancanza di ciò, si verifica l'ultrattività del mandato al procuratore "ad litem", in virtù della deroga, di cui all'art. 300 cod. proc. civ. primo e secondo comma, alle norme che, sul piano sostanziale, disciplinano il rapporto procuratorio. Pertanto, il decesso della parte costituita, sopravvenuto nel corso del giudizio di primo grado e non denunciato dal procuratore, non priva quest'ultimo del potere di proporre validamente l'impugnazione per la parte deceduta";

Cass. civ. Sez. I, 20/09/1989, n. 3931: "La morte della parte costituita, che sia sopravvenuta nel corso del giudizio di primo grado, ma non abbia comportato l'interruzione del processo, in difetto di dichiarazione o notificazione dell'evento, su iniziativa del procuratore, non incide sull'operatività del mandato alla lite, sicché il procuratore medesimo, ove tale mandato contempli anche il giudizio di secondo grado, è legittimato a proporre gravame ed a costituirsi nel processo d'appello, in rappresentanza del defunto";

Contrarie alla massima: Cass. civ. Sez. III Ordinanza, 05/03/2009, n. 5387;

-non si verifica alcuna forma di successione nel processo esecutivo;

-la procura alle liti rilasciata al legale costituito resta valida ed efficace.

C).FUSIONE PER INCORPORAZIONE:

In via preliminare è d'obbligo premettere che la fusione di una società in una sola può realizzarsi in due modi:

1). fusione in senso stretto: le società preesistenti confluiscono all'interno di una società di nuova costituzione. In tal caso tutti i soggetti preesistenti vengono sostituiti da un nuovo soggetto, che prende il posto di tutte le società che si fondono e ne continua l'attività;

2). fusione per incorporazione: le società preesistenti confluiscono all'interno di una società preesistente (cd. incorporante), che assume tutti i diritti e gli obblighi delle società incorporate.

L'istituto è stato oggetto della riforma del diritto societario, avvenuta con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, in attuazione della L. 3 ottobre 2001, n. 366, e quelle successive, che – tra l'altro – ha eliminato quale effetto naturale della fusione l'estinzione della società incorporata⁸.

È da segnalare che - già prima della riforma - l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione⁹ era quello di ritenere che la fusione per incorporazione realizzasse una successione a titolo universale corrispondente alla successione "*mortis causa*" e producesse gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che diveniva il nuovo centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati.

Successivamente alla riforma e a seguito della nuova formulazione dell'art.2504 bis cc, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, valorizzando la lettera della disposizione, che non contiene più il riferimento all'effetto estintivo e sottolinea che la società che risulta dalla fusione o quella incorporante prosegue in tutti i rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione, ha affermato che la fusione tra società non determina, nelle ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, nè crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione in senso stretto, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione.

Si verifica, dunque, una vicenda meramente evolutivo - modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo¹⁰, con la conseguenza che la fusione secondo la nuova norma è una mera modifica che lascia sopravvivere tutte le società partecipanti alla fusione, sia pure con un nuovo assetto organizzativo reciprocamente modificato, e senza alcun effetto

⁷Sul punto: Cass. civ. Sez. III, Sent., 18/04/2012, n. 6058;

⁸Cfr. art. 2504 bis primo comma cc – EFFETTI DELLA FUSIONE - nel testo previgente: *la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte*;

Art. 2504 bis primo comma cc – EFFETTI DELLA FUSIONE - nel testo vigente: *la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione proseguendo in tutti i rapporti anche processuali anteriori alla fusione*;

⁹Sul punto: Cass. n. 4679/02; Cass. n. 10595/01;

¹⁰Cfr. ordinanza n. 2637/2006 seguita da Cass. Civ. n. 14526/2006;

successorio ed estintivo, attuandosi il semplice mutamento formale di un'organizzazione societaria già esistente.

Da ciò derivano le seguenti considerazioni¹¹:

-la fusione non genera alcun mutamento nella titolarità dei rapporti giuridici anche se posti in essere prima della fusione, restando la sostituzione nella titolarità dei rapporti pregressi limitata ai soli rapporti che in precedenza facevano capo alle società incorporate;

-l'originaria società intervenuta nel processo esecutivo, essendo sempre società incorporante, non può ritenersi estinta, con la conseguente validità della procura alle liti da questa rilasciata al legale costituito.

D).CESSIONE

Sicuramente maggiori problemi si pongono in caso di cessione dei crediti.

Da sempre, infatti, la cessione dei crediti è al centro di un intenso dibattito giurisprudenziale e dottrinale, teso a delineare con precisione i confini dell'istituto e divenuto ancora più acceso per effetto, prima dell'introduzione della Legge 21 febbraio 1991, n.52 che ha disciplinato la "Cessione dei crediti d'impresa", quindi, della Legge 30 aprile 1999, n.130 sulla c.d. "Cartolarizzazione dei crediti".

È prima di tutto necessario procedere all'esame della fattispecie della cessione del credito.

Con la cessione del credito il terzo cessionario si surroga nei diritti che il cedente vantava nei confronti del debitore.

A differenza della cessione del contratto, che opera il trasferimento dal cedente al cessionario dell'intera posizione contrattuale, con tutti i diritti e gli obblighi ad essa inerenti, la cessione del credito ha un effetto più limitato, dal momento che è circoscritta al solo diritto di credito derivato al cedente da un precedente contratto.

Il contratto relativo alla cessione del credito non necessita di una forma specifica e si perfeziona con il semplice consenso prestato dal cedente e dal cessionario.

Ai fini dell'efficacia della cessione nei confronti del debitore ceduto, l'art. 1264 cc prevede che:

1).la cessione produce effetti nei confronti del debitore ceduto, quando questi l'ha accettata¹² o quando gli è stata notificata¹³;

¹¹Cfr. Cass. Civ. Sez. III, Sent., 18/04/2012, n. 6058: *"La fusione tra società non determina, nelle ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, nè crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo - modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo.*

Si attua, dunque, un mutamento formale di un'organizzazione societaria già esistente, ma non la creazione di un nuovo ente, che si distingue dal vecchio, per cui la società incorporata sopravvive in tutti i suoi rapporti alla vicenda modificativa nella società incorporante con la conseguenza che la sentenza emessa nei confronti di un soggetto che nel corso del giudizio è stato incorporato a un altro è validamente emessa";

2).il debitore è liberato se paga al cedente prima dell'accettazione o della notificazione, salvo che il cessionario provi che lo stesso debitore era a conoscenza dell'avvenuta cessione.

E', comunque, da tenere presente che la notificazione dell'intervenuta cessione al ceduto, l'accettazione dallo stesso effettuata o la sua conoscenza non hanno alcuna incidenza sul mutamento della titolarità attiva del rapporto obbligatorio, in quanto la cessione del credito si perfeziona in forza del solo consenso legittimamente manifestato dal cedente e dal cessionario, secondo il principio dell'efficacia traslativa del consenso¹⁴.

Conseguentemente:

-non sussistono dubbi che la cessione del credito attribuisce senz'altro al cessionario le vesti di creditore esclusivo e, quindi, di esclusivo legittimato a pretendere la prestazione, anche se sia mancata la notificazione al debitore prevista dall'art.1264 cc;

¹²L'accettazione operata dal ceduto viene intesa, da una parte della dottrina, come una mera dichiarazione di scienza, mentre da un'altra parte della dottrina quale riconoscimento del debito verso il nuovo creditore. In ogni caso l'accettazione di cui all'art. 1264 cc non è destinata ad esprimere l'assenso del debitore ceduto al trasferimento del credito, a differenza dell'accettazione richiesta quando il credito non è liberamente trasferibile (ad esempio, credito nei confronti dello Stato o di altra Pubblica Amministrazione);

¹³La notificazione della cessione è la comunicazione del trasferimento del diritto di credito, fatta al debitore dal cedente o dal cessionario (cfr. Cass., 18/10/1957, n. 3936).

Si ritiene che la comunicazione non debba essere fatta necessariamente mediante ufficiale giudiziario, nelle forme previste dall'ordinamento processuale.

La giurisprudenza ritiene, infatti, che la notificazione della cessione costituisca atto a forma libera, non soggetto a particolari discipline o formalità (cfr. Cass., 12/05/1998, n. 4774).

Si ritiene, inoltre, che la notificazione della cessione possa essere fatta con l'atto di citazione, con il quale il cessionario conviene in giudizio il ceduto per ottenere il pagamento, o anche nel corso del giudizio.

Per quanto riguarda il contenuto della notificazione, occorre distinguere se la stessa sia posta in essere dal cedente o dal cessionario.

La notificazione compiuta dal cedente deve contenere la notizia dell'avvenuta cessione, con l'indicazione degli elementi essenziali ed identificativi dell'accordo traslativo del diritto di credito, mentre non è necessario notificare una copia integrale dell'accordo raggiunto fra cedente e cessionario (cfr.Cass., 15/05/1974, n. 1396; Cass., 20/11/1976, n. 4372).

Se invece la notificazione è effettuata dal cessionario, occorre che contenga, oltre alla comunicazione della cessione, anche la prova certa del trasferimento del diritto di credito.

Tale differenza si spiega considerando che il cedente è il soggetto che ha stipulato con il ceduto il contratto dal quale deriva il diritto di credito, per cui il ceduto ha conoscenza del cedente come il proprio creditore e ha la certezza di liberarsi pagando alla persona da questi indicata.

Tanto non può dirsi per il cessionario che, invece, è soggetto "estraneo" al ceduto, in quanto questi non partecipa al contratto di cessione. Pertanto, il ceduto ha la certezza di liberarsi pagando al cessionario solo se ha la prova che vi è la volontà del cedente di trasferire a questi il suo credito;

¹⁴Cfr. art. 1376 cc- CONTRATTO CON EFFETTI REALI - *Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato;*

-la comunicazione ha la sola funzione di escludere l'efficacia liberatoria del pagamento fatto al cedente, il quale, qualora, nonostante la cessione, abbia appreso le somme, sarà comunque tenuto alla restituzione dell'indebito.¹⁵

Per effetto della cessione il credito viene trasferito al cessionario comprensivo di tutti gli accessori, degli eventuali privilegi ed anche delle garanzie reali e personali¹⁶.

La generica formulazione della norma ha posto taluni problemi interpretativi specialmente con riferimento a quei crediti che, generalmente, anche se impropriamente, sono ritenuti "fattori accessori" del credito ceduto.

Ho cercato di evincere, dall'analisi della giurisprudenza di merito e di legittimità, le principali questioni di interesse.

LE SPESE PROCESSUALI

Il primo problema si pone per le spese giudiziali liquidate nel titolo azionato in via esecutiva.

Sul punto, la prevalente giurisprudenza di legittimità¹⁷ ha rilevato che, in tema di cessione del credito, la previsione del primo comma dell'art. 1263 cc deve essere intesa nel senso che il cessionario di un credito, il cui diritto sia stato riconosciuto con sentenza nei confronti del cedente e che sia rimasto estraneo al processo relativo a tale accertamento, pur potendo utilizzare come titolo esecutivo la sentenza favorevole al suo dante causa, non potrà avvalersi di tale sentenza nella parte in cui la stessa reca la condanna alle spese della controparte rimasta soccombente, spettando dette spese al suo dante causa, che le ha effettivamente sostenute, atteso che le pronunce relative alle spese del giudizio producono i loro effetti solo nei confronti delle parti processuali.

Per quanto riguarda le spese del processo esecutivo nell'eventualità che la cessione intervenga nel corso dell'esecuzione, è da premettere che le predette devono essere liquidate dal Giudice dell'Esecuzione al

¹⁵Cfr. sentenza n. 9579/10 del 12/7/2010 Tribunale di Napoli sez. V- Presidente Antonio Casoria: "In caso di cessione del credito, la mancata notifica al debitore ceduto consente la liberazione di quest'ultimo nel caso in cui abbia in buona fede adempiuto nei confronti del cedente, ma non influisce sulla piena validità di essa, oltre che sulla sua efficacia verso il debitore che ne abbia avuto conoscenza, o che ne abbia ricevuto la notifica, anche attraverso l'intimazione di pagamento";

¹⁶Cfr. Art. 1263 cc – ACCESSORI DEL CREDITO - *Per effetto della cessione, il credito trasferito al cessionario con i privilegi, con le garanzie personali e reali (2843) e con gli altri accessori. Il cedente non può trasferire al cessionario, senza il consenso del costituente, il possesso della cosa ricevuta in pegno; in caso di dissenso, il cedente rimane custode del pegno (1204). Salvo patto contrario, la cessione non comprende. i frutti scaduti (820 e seguente);*

¹⁷Cfr. Cass. civ. Sez. III, 25/02/2009, n. 4483: "Quando intervenga una cessione di diritti, non rientrano tra gli altri accessori relativi ai diritti ceduti, indicati dall'art. 1263 cod. civ., le spese processuali che, invece, rimangono di spettanza del dante causa che le ha effettivamente sostenute";

Cass. civ. Sez. III, 23-02-2006, n. 3998: "In tema di cessione del credito, la previsione del primo comma dell'art. 1263 cod. civ., in base alla quale il credito è trasferito al cessionario, oltre che con i privilegi e le garanzie reali e personali, anche con gli "altri accessori", deve essere intesa nel senso che il cessionario di un credito, il cui diritto sia stato riconosciuto con sentenza nei confronti del cedente e che sia rimasto estraneo al processo relativo a tale accertamento, pur potendo utilizzare come titolo esecutivo la sentenza favorevole al suo dante causa, non potrà avvalersi di tale sentenza nella parte in cui la stessa reca la condanna alle spese della controparte rimasta soccombente, spettando dette spese al suo dante causa, che le ha effettivamente sostenute, atteso che le pronunce relative alle spese del giudizio producono i loro effetti solo nei confronti delle parti processuali";

momento della distribuzione del ricavato o dell'estinzione della procedura¹⁸, in quanto il credito per dette spese non sorge al momento dell'anticipazione ex art. 90 cpc, ma solamente al momento della liquidazione.

Si ritiene, dunque, che, ove il cedente sia stato estromesso dal processo esecutivo, esse devono essere liquidate in favore del cessionario del credito, limitatamente agli esborsi da questi effettivamente sopportati.

Alla luce del principio che la cessione del credito (ovvero la successione a titolo particolare nel diritto controverso) incide solo sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio, infatti, non potrebbe presumersi che oggetto della cessione sia stato anche il diverso credito (futuro ed incerto) per le spese del processo esecutivo.

Ove, quindi, il creditore cedente che abbia proposto esecuzione o in essa abbia spiegato intervento, conservi interesse alla liquidazione o al rimborso delle spese da lui anticipate, dovrà rimanere all'interno¹⁹ del processo esecutivo, seppure al solo fine di veder liquidate in suo favore le spese sostenute.

Tuttavia, è opportuno procedere all'esame dell'atto di cessione, al fine di verificare se sono state oggetto di trasferimento anche le spese, a cui viene riconosciuto il privilegio ex art. 2770 cc, potendosi integrare la cessione di un credito futuro determinato ovvero determinabile.

IL MAGGIOR DANNO

Altra questione notevolmente dibattuta è se tra gli accessori del credito possa essere ricompreso il maggior danno per inadempimento ai sensi dell'art. 1224 comma 2 cc²⁰.

¹⁸Cfr. Sez. 3, Sentenza n. 5310 del 07/12/1977 secondo cui: il credito per le spese d'esecuzione, anticipate dal creditore procedente ex art 90 cod proc civ, sorge non già di volta in volta, quando vengono compiuti i singoli atti esecutivi, bensì nel momento in cui viene emessa l'ordinanza di distribuzione, con la quale il giudice dell'esecuzione accerta e liquida le spese anticipate dal creditore e destina al soddisfacimento del relativo credito, con privilegio (artt 2755, 2770 cod civ), una parte della somma ricavata. Da ciò consegue che, qualora il giudice ometta per errore di liquidare le spese anticipate dal creditore limitandosi ad attribuirgli una somma in soddisfacimento del credito risultante dal titolo esecutivo e questi non produca opposizione ex art 617 cod proc civ, il pagamento effettuato dal debitore non può che essere imputato al credito risultante dal titolo esecutivo, e non già al credito per le spese processuali anticipate, che ancora non è sorto;

¹⁹ Cfr. Cass. civ. Sez. III n. 21107 del 31/10/2005 secondo cui: in caso di successione a titolo particolare nel diritto controverso, il processo prosegue fra le parti originarie, ma la sentenza ha effetto anche contro il successore a titolo particolare, il quale può intervenire o essere chiamato nel giudizio, divenendone parte a tutti gli effetti. Qualora sia rimasto estraneo al processo, il successore ne subisce gli effetti anche in sede esecutiva, ma è legittimato ad impugnare la sentenza sfavorevole al suo dante causa ovvero ad avvalersene se favorevole. Questa disciplina, che regola gli effetti che incidono sulla situazione sostanziale, non opera con riguardo agli effetti di rito, tra i quali è compresa la condanna alle spese, che riguarda solo le parti processuali. Pertanto detta condanna non spiega effetti nei confronti del successore a titolo particolare nel diritto controverso che sia rimasto estraneo al processo;

²⁰Cfr. art. 1224 cc - Danni nelle obbligazioni pecuniarie:

“Nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro [art. 1277 c.c.], sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali [artt. 820, 1282, 1284 c.c.], anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno [artt. 1382, 1591 c.c.] (1). Se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura.

Sul punto si rileva che la giurisprudenza di legittimità si è espressa favorevolmente, ritenendo che la locuzione "altri accessori", deve essere intesa nel senso che nell'oggetto della cessione rientri ogni situazione giuridica direttamente collegata al diritto stesso, che, in quanto priva di profili di autonomia, integri il suo contenuto economico o ne specifichi la funzione, ivi compresi tutti i poteri del creditore relativi alla determinazione, variazione e modalità della prestazione, nonché alla tutela del credito.

Ne consegue che nell'oggetto della cessione di un credito deve reputarsi incluso il diritto al risarcimento del maggior danno derivante dal ritardo nel pagamento del credito stesso (e maturatosi al momento della cessione), trattandosi di diritto che non può esistere o estinguersi se non congiuntamente al credito ceduto e che direttamente consegue al ritardo nell'adempimento dell'obbligazione principale.²¹

I PRIVILEGI ED I DIRITTI REALI DI GARANZIA

Non sussistono dubbi che alla cessione del credito consegua necessariamente il trasferimento dei privilegi e delle garanzie reali e personali.

Taluni problemi sono sorti in relazione a quanto disposto dall'art.2843 cc, che prevede che:

- la trasmissione o il vincolo dell'ipoteca per cessione, surrogazione, pegno, postergazione di grado o costituzione in dote del credito ipotecario, nonché per sequestro, pignoramento o assegnazione del credito medesimo si deve annotare a margine all'iscrizione dell'ipoteca;
- la trasmissione o il vincolo dell'ipoteca non ha effetto finché l'annotazione non sia stata eseguita;
- dopo l'annotazione l'iscrizione non si può cancellare senza il consenso dei titolari dei diritti indicati nell'annotazione medesima e le intimazioni o notificazioni che occorrono in dipendenza dell'iscrizione devono essere loro fatte nel domicilio eletto.

La questione degli effetti della mancata annotazione della cessione non è di poco conto, perché se si attribuisce all'annotazione effetto costitutivo, in caso di omissione, pur se la cessione del credito ha effetto a prescindere dall'annotazione prescritta dall'art. 2843 cc²², il cessionario non potrà beneficiare in sede di riparto della prelazione ipotecaria.

Al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento. Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori";

²¹Cfr. Cass. civ. Sez. I, n. 9823 del 15/09/1999 secondo cui "Tra gli accessori che si trasferiscono automaticamente con il credito ceduto devono ritenersi ricomprese - oltre ai privilegi e alle garanzie reali e personali - tutte le situazioni giuridiche direttamente collegate con il diritto stesso e costituenti il suo contenuto economico, le quali siano altresì prive di profili di autonomia rispetto alla concreta situazione giuridica ceduta. Tra queste deve essere incluso anche il risarcimento del maggior danno, ex art. 1224 comma 2 c.c., in quanto questo sorge solo in conseguenza del ritardo nell'adempimento dell'obbligazione principale e non può esistere nè estinguersi se non congiuntamente al credito ceduto";

²² Cfr. Cass. civ. Sez. III, n. 4419 del 10/07/1980 secondo cui la formalità dell'annotamento prevista dall'art 2843 cod civ ha effetto costitutivo solo in ordine al trasferimento dell'ipoteca, e non del credito garantito; pertanto, per il caso di cessione del credito, anche se garantito da ipoteca, nei rapporti col debitore ceduto (che non assume la qualità di terzo), è sufficiente, per rendere opponibile a lui la cessione, soltanto la notifica o la prova della sua conoscenza dell'avvenuta disposizione del credito, con la conseguenza che, in caso di pluralità di cessioni, prevale quella notificata per prima, pur se non annotata.

Sul punto, si segnala che la Cassazione²³ ha da sempre riconosciuto all'annotazione di cui all'art.2843 cc efficacia costitutiva nei confronti dei terzi, argomentando sulla chiarezza della norma in esame e considerando l'annotazione un elemento integrativo indispensabile della fattispecie del trasferimento medesimo.

Tuttavia siffatta impostazione genera conseguenze non condivisibili:

in primo luogo è da segnalare che l'art.2843 cc appare più una norma di tutela del cessionario, perché solo a seguito dell'avvenuta annotazione, egli non corre il rischio di essere pregiudicato nell'esercizio dei diritti connessi alla titolarità del diritto di prelazione, per l'omessa instaurazione del contraddittorio nei suoi confronti nei casi previsti.²⁴

²³In particolare la questione maggiormente esaminata è stata quella relativa al conflitto fra il creditore subentrante per surroga o per cessione del credito nell'iscrizione ipotecaria e la massa dei creditori del debitore fallito.

L'indirizzo prevalente può essere così schematizzato:

-l'annotazione prevista dall'art. 2843 cc ha efficacia costitutiva;

-detta efficacia riguarda i terzi (terzi rispetto al rapporto fra il creditore originario e il credito subentrante) e fra questi la massa dei creditori, nel senso che la surrogazione o la cessione del credito è opponibile ai terzi stessi solo se eseguita l'annotazione (e se eseguita prima del fallimento);

-i terzi ai quali si fa riferimento sono tutti i terzi senza distinzioni.

Tuttavia, pur se tali pronunce hanno riguardato quasi sempre il conflitto tra creditore subentrante e la massa dei creditori spesso si sono espresse in termini generali e spesso hanno affermato che la mancata o tardiva annotazione rende in opponibile il subingresso ipotecario nei confronti di tutti i terzi (non solo nei confronti del fallimento).

Cfr. Cass. civ. Sez. I, n. 3402 12/02/2013;: *"Salvo il caso di cessione ai sensi dell'articolo 58 del D.Lgs. n. 385/1993 (TUB), in ipotesi di cessione di credito garantito da ipoteca l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca a margine dell'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. civ. Sez. I n. 4137 del 21/03/2003 in base alla quale l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca, a norma dell'art. 2843 cod. civ., ha valore costitutivo e si configura perciò come un elemento integrativo indispensabile della fattispecie; ne consegue che il trasferimento dell'ipoteca a favore del creditore che abbia soddisfatto (nella specie, in forza di obbligazione fideiussoria) il credito munito di prelazione è inefficace nei confronti dei creditori concorrenti, ove non sia stata effettuata l'annotazione della surrogazione;

Cass. civ. Sez. I, n. 9023 del 12/09/1997 secondo cui: a norma dell'art. 2843 cod. civ. l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca ha valore costitutivo e si configura perciò come un elemento integrativo indispensabile della fattispecie del trasferimento medesimo; ne consegue che il trasferimento dell'ipoteca a favore del creditore che abbia soddisfatto il credito munito di prelazione è inefficace nei confronti dei creditori concorrenti, ove non sia stata effettuata l'annotazione della surrogazione;

Cass. civ. Sez. I, n. 5420 del 07/05/1992 secondo cui l'art. 2843 cod. civ. attribuisce all'annotazione del trasferimento dell'ipoteca lo stesso valore costitutivo che, relativamente al suo sorgere, è proprio dell'iscrizione, configurando in tal guisa un elemento integrativo indispensabile della fattispecie del trasferimento medesimo, il cui compimento in data anteriore al fallimento è condizione di opponibilità alla procedura concorsuale;

Cass. civ. Sez. III, n. 4419 del 10/07/1980 che ha statuito che nel caso di cessione di credito ipotecario non annotata, occorre, per la cancellazione dell'ipoteca, il consenso dell'originario creditore iscritto, il quale è tenuto a prestarlo dopo aver ottenuto l'assenso del creditore cessionario;

Cass. Civ. n. 3222 del 27/12/1963: *"l'efficacia costitutiva dell'annotazione ha valore soltanto in rapporto ai terzi che hanno diritto reale sui beni ipotecati e non incide sulle obbligazioni delle parti (cedente e cessionario) del rapporto che dà luogo alla circolazione dell'ipoteca"*, aggiungendo che la cessione del credito ipotecario e la surrogazione valgono nei rapporti fra le parti anche in mancanza dell'annotazione;

²⁴E' il caso dell'avviso previsto dall'art.498 cpc o, ancora, alle ipotesi di integrazione del contraddittorio nel procedimento di purgazione delle ipoteche o nel giudizio di divisione;

È poi da segnalare che ritenere che l'annotazione anteriore sia necessaria per rendere opponibile il subentro nell'ipoteca (in forza di surroga o di cessione del credito) alla massa dei creditori, al creditore pignorante il bene o al terzo acquirente il bene significa svuotare di contenuto il diritto di ipoteca, omettendo di considerare che ciò che è rilevante e che resta fermo è l'originaria iscrizione ipotecaria con il grado che le è proprio sin dall'origine: detta iscrizione ipotecaria, risultando dai pubblici registri, era ben conoscibile dai soggetti terzi sopra indicati, i quali non vengono pregiudicati dalla sostituzione nella titolarità dell'ipoteca di un soggetto (il creditore subentrante) ad un altro (il creditore sostituito).

Ancora non appare compatibile con il sistema vigente ritenere che:

-se il creditore subentrante esegue l'annotazione dopo la trascrizione di un acquisto dell'immobile da parte del terzo non può opporre a costui l'iscrizione ipotecaria nella quale è subentrato, sebbene detta iscrizione sia anteriore: ne conseguirebbe la perdita del diritto di seguito (elemento indefettibile dell'ipoteca) ossia del diritto di procedere all'esecuzione del bene ipotecato nei confronti del terzo acquirente;

-se il creditore subentrante compie l'annotazione dopo la trascrizione del pignoramento del bene da parte di un altro creditore non può opporre a costui l'iscrizione ipotecaria nella quale è subentrato, sebbene detta iscrizione sia anteriore; ne conseguirebbe la perdita del diritto di prelazione (elemento indefettibile dell'ipoteca), ossia del diritto di essere soddisfatto in modo preferenziale sull'importo ricavato dalla vendita.

Tali criticità comporterebbero, quindi, lo svuotamento dell'ipoteca e il venir meno del suo carattere reale, motivo per il quale la dottrina ha sviluppato una lettura alternativa della norma.

In particolare siffatta lettura parte dall'esame dello scopo dell'annotazione, che serve a risolvere i conflitti fra i soggetti che subentrano nel medesimo credito ipotecario per cessione del credito o per surrogazione o altro, fra soggetti che vincolano il medesimo credito ipotecario per sequestro o per pignoramento o per altro e fra gli uni e gli altri: fra tutti i soggetti citati prevale il soggetto che per primo ha eseguito l'annotazione.

Viceversa l'annotazione non è idonea a risolvere i conflitti tra i citati soggetti e coloro che hanno interesse all'eliminazione dell'ipoteca (es. debitore, terzo acquirente del bene ipotecato, creditore pignorante), perché in tal caso si arriverebbe alle conclusioni innanzi richiamate, oltre a quella di considerare inefficace l'annotazione ipotecaria alla massa dei creditori del fallimento se eseguita dopo la pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento²⁵.

Alla luce di tali osservazioni si è sviluppata una lettura alternativa della norma e precisamente:

²⁵L'art. 45 Lf – FORMALITÀ ESEGUITE DOPO LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO – *le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori.*

L'orientamento prevalente innanzi indicato ritiene che l'annotazione ex art. 2843 cc è inopponibile alla massa dei creditori del fallimento se eseguita dopo la pubblicazione della sentenza di fallimento.

In realtà, la norma dispone l'inopponibilità al fallimento di tutti gli atti che abbiano ad oggetto beni del fallito, come tali idonei a diminuire la composizione patrimoniale e a ledere la garanzia patrimoniale della massa dei creditori, che, benché posti in essere prima del fallimento siano resi conoscibili dopo la dichiarazione di fallimento.

-la cessione del credito si perfeziona con l'accordo fra il cedente e il cessionario;

-la notifica della cessione del credito al debitore o l'accettazione della cessione da parte del debitore sono richieste per l'eventuale liberazione del debitore se effettua il pagamento al creditore cedente;

-nell'ipotesi di cessione di credito chirografario, in presenza di più cessioni a soggetti diversi, prevale il cessionario che per primo ha notificato la cessione ovvero che ha ottenuto l'accettazione del debitore con atto avente data certa;

-nell'ipotesi di cessione di credito ipotecario, in presenza di più cessioni a soggetti diversi, prevale la cessione di colui che ha annotato per primo.

Siffatta interpretazione della norma trova riscontro in alcune pronunce di merito²⁶

Si segnala, inoltre, una recente dottrina che ha riletto l'art. 2843 cc, che, come la teoria alternativa, ritiene che l'annotazione non ha la funzione di risolvere i conflitti con i terzi in genere, ma se ne discosta ritenendo che eventuali conflitti tra più cessionari del credito ipotecario devono essere risolti in base alle regole del diritto sostanziale.

Non sono state rinvenute pronunce conformi a tale indirizzo.

A quanto detto si collega direttamente il problema della successione nel processo esecutivo nel caso di cessione a titolo particolare per atto *inter vivos* e, dunque, sull'applicazione nel processo esecutivo dell'art. 111 cpc.

Sul punto è da segnalare che gli orientamenti della dottrina non sono univoci.

Più in particolare secondo alcuni l'art. 111 cpc sarebbe invocabile tanto nel processo esecutivo tanto nel giudizio di cognizione, con la conseguenza che il processo esecutivo procede tra le parti processuali originariamente intervenute.

Siffatta impostazione è stata seguita da costante e consolidata giurisprudenza²⁷, che ritiene che in pendenza del processo esecutivo, la successione a titolo particolare nel diritto del creditore procedente

²⁶ Si segnalano: Tribunale di Reggio Emilia 31/3/1995: "l'art. 2843 cc non si occupa del conflitto tra sub ingrediente e creditori (iscritti o chirografari) del proprietario del bene ipotecato...funzione della formalità ex art.2843 cc è quella di stabilire un criterio di referenza tra più aventi causa o vincolanti del credito ipotecario...l'antioriorità della annotazione assume così rilevanza per la soluzione dei conflitti di titoli relativi all'ipoteca e dunque nei rapporti tra il subingrediente e gli aventi causa o i creditori dell'originario creditore ipotecario ...in questa prospettiva la lettera dell'aer. 2843 comma 2 cc può essere intesa nel senso che l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca è sempre necessaria, ma mentre nei confronti del proprietario del bene (nonché dei suoi aventi causa e creditori) serve ad attestare la legittimazione ad esercitare il diritto di garanzia a seguito della successione nel rapporto ipotecario, nei confronti degli altri acquirenti o pignoranti dell'ipoteca serve a risolvere i conflitti tra i titoli di acquisto o di vincolo dell'ipoteca (prevale chi esegue per primo la formalità)";

ancora Tribunale di Milano del 22/5/1978: "l'annotazione non mette in essere un nuovo diritto reale di garanzia ma attesta soltanto il subentro in esso di altro titolare";

²⁷Cfr. Cass.civ.n.1036 del 29/04/1964: "il principio accolto dall'art.111 cpc ..per la sua portata di carattere generale è indubbiamente applicabile anche al processo esecutivo";

non ha effetto sul rapporto processuale che, in virtù del principio stabilito dall'art. 111 cpc, dettato per il giudizio contenzioso ma applicabile anche al processo esecutivo, continua tra le parti originarie, con la conseguenza che l'alienante mantiene la sua legittimazione attiva (*ad causam*) conservando tale posizione anche nel caso di intervento del successore a titolo particolare, fino a quando non sia estromesso con il consenso delle altre parti.

È, tuttavia, da segnalare che tale orientamento, limitando l'analisi all'aspetto puramente processuale della questione, non affronta il problema di come possa concretizzarsi il fine ultimo dell'esecuzione – cioè la realizzazione del diritto per cui si procede – nell'ipotesi in cui il processo sia proseguito dal dante causa non più titolare del diritto, posto che il ricavato della vendita non potrebbe andare a vantaggio del soggetto che vi ha partecipato solo formalmente.

Per tale motivo si è sviluppato un altro orientamento secondo cui l'art. 111 cpc sarebbe totalmente incompatibile con il processo esecutivo, trattandosi di attuazione del diritto già accertato²⁸.

Sul punto segnalo una pronuncia emessa dal Tribunale di Napoli nella persona del Giudice dott. Scoppa, confermata in appello, e successivamente riformata in Cassazione²⁹, che offre spunti interessanti di riflessione.

In particolare, la sentenza di primo grado aveva deciso il giudizio di opposizione all'esecuzione proposto dal debitore esecutato sul presupposto che non sussisteva il diritto della Banca ad agire esecutivamente perché lo stesso aveva ceduto il credito e, quindi, deducendo la carenza di legittimazione attiva in capo al creditore esecutante rimasto privo di titolo esecutivo.

Il Tribunale, partendo dal presupposto che solo ed esclusivamente chi è titolare del diritto è legittimato a farlo valere, aveva concluso per l'inapplicabilità alla procedura esecutiva del disposto di cui all'art. 111 cpc, spiegando che chi ha ceduto il titolo non ha diritto a porre in essere altri singoli atti del processo esecutivo, che è strutturato come una sequenza continua di atti ordinati assolutamente indipendenti, e che l'intervento della cessionaria era comunque inefficace e irrituale, essendo avvenuto dopo che, in un momento processuale precedente, era stata tempestivamente sollevata l'eccezione di carenza di legittimazione ad agire³⁰.

Cass.civ. n.9727 del 15/05/1995: *"in pendenza del processo esecutivo la successione a titolo particolare nel diritto del creditore procedente non ha effetto sul rapporto processuale che, in virtù del principio stabilito dall'art. 111 cpc detto per il giudizio contenzioso ma applicabile anche al processo esecutivo continua tra le parti originarie con la conseguenza che l'alienante mantiene la sua legittimazione attiva (ante causam) conservando tale posizione anche nel caso di intervento di successore a titolo particolare fino a quando non viene estromesso con il consenso delle altre parti"*; nello stesso senso Cass. Civ. n. 4985 del 11/03/2004.

²⁸ Cfr. Cass.civ. n. 3532 del 24/10/1975: *la norma detta per il giudizio di cognizione dal 3° comma dell'art. 111 cpc non può trovare applicazione nel processo di esecuzione, nel quale non si controverte circa l'esistenza già accertata dal titolo esecutivo, del diritto del creditore, ma se ne attua la concreta realizzazione;*

²⁹ Tribunale di Napoli, GI Dott. Scoppa sentenza n. 4940/03 del 25/3/2003; Corte di Appello sentenza n. 2666 dell'11/9/2009; Cass. sentenza n. 1552/2011 del 24/1/2011;

³⁰ Nella sentenza così si legge: *"invero la citata disposizione di cui al primo comma dell'art. 111 cpc, nel prevedere che, se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie, appare riferirsi precipuamente al processo contenzioso ove vi è effettivamente un diritto controverso. In sede esecutiva...non sussiste invece alcun diritto in contestazione e il processo stesso si configura quale insieme coordinato di atti preordinati alla soddisfazione del creditore e non può quindi prescindere dall'impulso della parte che sul piano sostanziale di quel diritto ne è titolare"*;

In conseguenza di quanto sopra, il Tribunale, in accoglimento dell'opposizione, aveva evidenziato l'inapplicabilità del disposto dell'art. 111 cpc al processo esecutivo, precisando che *"in considerazione della cessione del diritto della cui esecuzione si tratta, in pendenza del processo esecutivo, la parte obbligata ha diritto di far valere, attraverso l'opposizione all'esecuzione, un proprio interesse a non essere costretta a subire l'esecuzione del cedente che non ha più diritto a pretenderla"*.

La sentenza in esame è stata riformata in Cassazione³¹.

In particolare la Corte, richiamando una precedente pronuncia e precisamente la sentenza n.9211 del 06/07/2001³², ha statuito che il processo esecutivo può proseguire tra le parti originarie, tuttavia, in presenza di un'eccezione di carenza di legittimazione attiva del cedente, il cessionario deve manifestare la volontà di proseguire il processo esecutivo, depositando atto di intervento nella procedura stessa ovvero nel giudizio di opposizione.

Si profila una soluzione cd. intermedia, volta a ritenere applicabile l'art. 111 cpc al processo esecutivo con gli opportuni adattamenti legati alla peculiarità di tale processo.

Argomentando sulla base del principio espresso, potrebbero verificarsi i seguenti casi:

1).il cedente prosegue nel processo esecutivo pur essendo intervenuta la cessione, non essendo previsto alcun termine per la costituzione del cessionario;

ed ancora: *"in sede esecutiva l'attuazione della prestazione in favore di chi non ne è il legittimo titolare (e che del legittimo titolare verrebbe ad assumere la veste di sostituto processuale) varrebbe ad obliterare la efficacia stessa della cessione venendo la prestazione ad essere forzosamente eseguita nel patrimonio di un soggetto a favore del quale sul piano sostanziale, la medesima prestazione non potrebbe esser spontaneamente ed utilmente eseguita: evidenza come detto in palese contrasto con le ragioni stesse del procedimento esecutivo che mira a dare concreta attuazione ad una determinata pretesa proprio perché (ed in quanto) esistente sul piano sostanziale e non spontaneamente adempiuta dal debitore"*;

³¹Cfr. Cass. sez.VI n. 1552/2011 del 24/1/2011, che ha esaminato la sentenza, oggetto di gravame, richiamando la pronuncia della Corte di Cassazione n. 9211 del 6/7/2011 (posta alla base della decisione di primo grado), che statuiva sull'esclusione di un interesse giudizio dell'alienante alla realizzazione coattiva del credito, se l'acquirente vi si oppone, sul presupposto che *"il problema della possibile prosecuzione del processo esecutivo ad opera di chi sia subentrato a esecuzione già iniziata deve essere risolto in senso positivo segnatamente affermando, che ove la parte obbligata sollevi la questione, contestando la legittimazione dell'esecutante, il successore se vuole che il processo prosegua deve manifestare la sua volontà in tal senso nel processo esecutivo ovvero mediante intervento nel giudizio di opposizione cui abbia dato luogo l'iniziativa assunta dall'obbligato. E ciò in quanto con la successione nella titolarità del diritto di credito della cui esecuzione si tratta l'efficacia esecutiva del titolo non cessa"*.

³² Si tratta della sentenza che ha trattato con maggiore ampiezza della successione a titolo particolare per atto tra vivi nella posizione del creditore durante la pendenza del processo esecutivo, la cui decisione può essere così massimata: *"in considerazione della cessione del diritto della cui esecuzione si tratta in pendenza del processo esecutivo la parte obbligata secondo il titolo ha diritto di far valere, attraverso l'opposizione all'esecuzione, un proprio interesse a non essere costretta a subire l'esecuzione del cedente, che non ha più diritto a pretenderla. Se vi è intervento nel giudizio del successore la sentenza che decide sul punto può avere solo contenuto di un accertamento negativo del diritto della parte istante a proseguire il processo. Tuttavia il successore conserva il diritto di iniziare in seguito un nuovo processo esecutivo"*;

2). se il debitore contesta la legittimazione, allora il successore deve manifestare la sua volontà di proseguire nel processo esecutivo ovvero mediante intervento nel giudizio di opposizione cui abbia dato luogo l'iniziativa assunta dall'obbligato³³;

3).se, viceversa, il cessionario interviene nel processo esecutivo, allora l'alienante non ha interesse giuridico alla prosecuzione.

Conseguentemente l'eventuale intervento dell'avente causa del creditore nel processo esecutivo comporta l'estromissione automatica del dante causa senza necessità di acquisire il consenso delle altre parti, atteso che - diversamente operando - si impedirebbe al titolare del credito di decidere se portare avanti il processo esecutivo o determinare la sua chiusura anticipata, oltre che si arriverebbe alla conclusione che, in caso di estinzione del processo esecutivo, sarebbe necessario acquisire gli atti di rinuncia di due soggetti, avvicinandosi nella titolarità della stessa posizione.

CARTOLARIZZAZIONE DEL CREDITO: CESSIONE IN BLOCCO EX ART. 58 LB

Se la cessione di credito è uno strumento cui da sempre si è fatto ricorso nelle operazioni economiche, assume un'importanza ed un'influenza numericamente maggiore rispetto al passato, atteso che – in seguito alle innovazioni normative di cui all'art. 58 del D.Lgs. 385/1993³⁴ e soprattutto alla legge n. 130/1999 (cd. Legge sulle cartolarizzazioni)³⁵ – sempre più istituti di credito tendono a cedere in blocco i loro crediti a sofferenza, attraverso un'operazione così sintetizzabile:

³³In tal caso l'intervento del cessionario, siccome volto ad approfittare del processo esecutivo in corso, lungi dall'essere precluso dopo la contestazione da parte del debitore deve invece ritenersi ammissibile per tutto il corso dell'insorto giudizio di opposizione all'esecuzione (così Cass. sez. VI-III, ordinanza 24/1/2011 n. 1552);

³⁴ Art. 58 - (Cessione di rapporti giuridici):

1. La Banca d'Italia emana istruzioni per la cessione a banche di aziende, di rami d'azienda, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco. Le istruzioni possono prevedere che le operazioni di maggiore rilevanza siano sottoposte ad autorizzazione della Banca d'Italia;

2. La banca cessionaria dà notizia dell'avvenuta cessione mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. La Banca d'Italia può stabilire forme integrative di pubblicità;

3. I privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestati o comunque esistenti a favore del cedente, nonché le trascrizioni nei pubblici registri degli atti di acquisto dei beni oggetto di locazione finanziaria compresi nella cessione conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione. Restano altresì applicabili le discipline speciali, anche di carattere processuale, previste per i crediti ceduti;

4. Nei confronti dei debitori ceduti gli adempimenti pubblicitari previsti dal comma 2 producono gli effetti indicati dall'articolo 1264 del codice civile;

5. I creditori ceduti hanno facoltà, entro tre mesi dagli adempimenti pubblicitari previsti dal comma 2, di esigere dal cedente o dal cessionario l'adempimento delle obbligazioni oggetto di cessione. Trascorso il termine di tre mesi, il cessionario risponde in via esclusiva.

6. Coloro che sono parte dei contratti ceduti possono recedere dal contratto entro tre mesi dagli adempimenti pubblicitari previsti dal comma 2 se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità del cedente.

7. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle cessioni in favore dei soggetti, diversi dalle banche, inclusi nell'ambito della vigilanza consolidata ai sensi degli articoli 65 e 109 e in favore degli intermediari finanziari previsti dall'articolo 106;

³⁵L'approvazione definitiva della legge sulla cartolarizzazione dei crediti ha consentito la realizzazione anche in Italia delle operazioni di cartolarizzazione.

L'art. 1 dispone che la legge si applichi ai crediti pecuniari, sia esistenti sia futuri, individuabili in blocco se si tratta di una pluralità di crediti".

un soggetto (cd. *originator*) trasferisce un portafoglio di crediti, selezionati secondo criteri quantitativi e qualitativi, da lui generati nei confronti dei suoi clienti ad una società appositamente costituita per quella singola operazione (cd. *special purpose vehicle o SPV*), la quale emette obbligazioni o altri titoli di credito similari (cd. *securities*) ed utilizza l'importo ricavato dal collocamento dei titoli per l'acquisizione dei crediti ceduti dall'*originator*.

L'unica condizione necessaria di fattibilità dell'operazione è lo status soggettivo delle parti contrattuali, dovendo avere le società coinvolte determinati requisiti richiesti ex lege.

La cessione può avvenire sia nella forma pro-soluto che pro-solvendo. Sembra che la Legge 130/99 non abbia voluto porre limitazioni alla forma della cessione per evitare di precludere eventuali tecniche innovative di cartolarizzazione e/o realizzare operazioni per fini specifici.

I crediti oggetto della cessione, essendo normalmente una pluralità di rapporti, possono essere individuabili "in blocco".

Per la individuabilità "in blocco" dei crediti occorre far riferimento a criteri oggettivi di omogeneità idonei a consentire ai debitori (e ai terzi in generale) la conoscibilità della cessione sulla base della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Per quanto concerne, invece, il riferimento ai "crediti futuri", questi sono sicuramente quelli non ancora sorti ma derivanti da un rapporto contrattuale già esistente che esplicherà i suoi effetti in futuro, in quanto sono note le condizioni contrattuali circa i modi e i tempi dei pagamenti. E' dubbia invece la riconducibilità nei crediti futuri di quei crediti per i quali non vi sia ancora un rapporto contrattuale, ma soltanto una aspettativa che si basa su stime storico-statistiche. La loro individuabilità ai fini dell'efficacia pubblicitaria avverrebbe attraverso i criteri oggettivi indicati per i crediti "in blocco".

Con riferimento alla operazione di cessione, la legge prevede un quadro normativo di favore che, sulla base della pubblicazione della cessione sulla Gazzetta Ufficiale e attraverso l'applicazione dei meccanismi dell'art. 58 T.U. bancario, facilita tra l'altro l'opponibilità ai terzi, il trasferimento delle garanzie accessorie e le eventuali trascrizioni nei pubblici registri.

Nel nostro ordinamento la segregazione dei crediti ceduti si realizza ora attraverso:

1. la cessione di tali crediti ad una società cessionaria specializzata nelle operazioni della specie (art. 3);
2. il vincolo di destinazione, in via esclusiva, delle somme corrisposte dai debitori ceduti alla soddisfazione dei diritti incorporati nei titoli emessi per l'acquisto dei crediti cartolarizzati (oltre che per pagare i costi della procedura) (art. 1, comma 1, lett. b).

La Legge istituisce una nuova tipologia di intermediario finanziario specializzato nella realizzazione delle operazioni in esame, le "società per la cartolarizzazione dei crediti" che si rendono cessionarie dei crediti da cartolarizzare ed emettono i titoli oggetto della cartolarizzazione. Le due funzioni possono essere svolte anche da due soggetti diversi (cessionario ed emittente), entrambi qualificati quali "società per la cartolarizzazione dei crediti" e disciplinati dalle medesime norme.

La disciplina delle "società per la cartolarizzazione dei crediti" prevede:

- l'esclusività dell'oggetto sociale nella realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione;
- la separazione del patrimonio della "società" rispetto al portafoglio di crediti ceduti e tra i più portafogli oggetto di operazioni di cartolarizzazione diverse, al fine di "segregare" i patrimoni ceduti;
- l'applicazione alle stesse della disciplina del titolo V del T.U. bancario, ad eccezione, tra le altre, della previsione inerente il capitale minimo di L. 1 mld.

L'attività svolta dal cessionario, rientrando nel titolo V del T.U. bancario, comporta l'obbligo di iscrizione del Vehicle nell'elenco generale ex art. 106 e, ai sensi del Decreto del Ministero del Tesoro del 4 aprile 2001, anche a quello "speciale" ex art. 107, anche in assenza dei requisiti dimensionali.

I margini di flessibilità normativa consentiti dal T.U. bancario permettono infatti di definire con normativa secondaria (Decreto del Ministero del Tesoro) sia i criteri specifici per l'iscrizione delle società del tipo in esame nell'elenco speciale (art. 107, 1° comma T.U. bancario) che la individuazione di requisiti patrimoniali particolari (art. 106, 4° comma lett. b);

La peculiarità di siffatta operazione economica è individuabile negli effetti da essa prodotti sia tra le parti sia rispetto ai terzi, in quanto, in quanto l'art. 58 comma 2, 3 e 4 della legge bancaria prevede:

- a).la notificazione della cessione mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale;
- b).l'iscrizione della cessione presso il Registro delle Imprese;
- c).la conservazione dei privilegi e delle garanzie ipotecarie stabilite a favore del cedente senza bisogno di alcuna formalità (vi è, dunque, l'esonero della disposizione di cui all'art. 2843 cc).

Alla luce di ciò, dunque, i privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, che assistono i crediti ceduti, si trasferiscono in capo al cessionario, conservando la loro validità e il grado, senza necessità di annotazione o altra formalità, se non quella della pubblicazione dell'intervenuta cessione sulla Gazzetta Ufficiale, che ha i medesimi effetti di cui alla comunicazione ex art.n1264 cc, e dell'iscrizione della cessione presso il Registro delle Imprese.

Dalla data della pubblicazione della notizia dell'avvenuta cessione nella Gazzetta Ufficiale, sui crediti acquistati e sulle somme corrisposte dai debitori ceduti sono ammesse azioni soltanto a tutela dei diritti incorporati nei titoli emessi, dalla stessa o da altra società, per finanziare l'acquisto di tali crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione.

Dalla stessa data la cessione dei crediti è opponibile:

- a).agli altri aventi causa del cedente, il cui titolo di acquisto non sia stato reso efficace verso i terzi in data anteriore;
- b).ai creditori del cedente che non abbiano pignorato il credito prima della pubblicazione della cessione.

Ai pagamenti effettuati dai debitori ceduti alla società cessionaria non si applica la revocatoria fallimentare.

Ebbene in questi casi, tenuto che le cessioni avvengono in blocco indipendentemente dall'individuazione del singolo credito e dal fatto che esso sia o meno già oggetto di azione esecutiva, accade spesso che la cessione, che ha ad oggetto normalmente crediti a sofferenza, riguardi posizioni debitorie per le quali il cedente aveva già incardinato la procedura, con la conseguenza che – per i motivi sopra indicati – se il cessionario non interviene, la stessa prosegue tra le parti originarie.

Nel caso in cui il cessionario depositi nel corso della procedura esecutiva la comparsa di costituzione, con la quale comunica l'intervenuta cessione, fermo quanto statuito dalla Cassazione in ordine alla circostanza che l'unico soggetto legittimato ad eccepire la carenza di legittimazione attiva è il debitore ovvero il cedente, è opportuno esaminare i documenti posti alla base della richiamata cessione e, dunque, la corrispondenza tra il titolo azionato e i criteri identificativi del credito così come indicati nell'estratto della Gazzetta Ufficiale.

CESSIONI DEI CREDITI AVENTI NATURA FONDIARIA

Un breve cenno meritano sicuramente le questioni sottese alla cessione dei crediti di natura fondiaria sia per la particolare natura del credito ceduto, sia per i privilegi processuali ad esso accordati.

Da qui il problema della sopravvivenza dei privilegi di natura sostanziale e processuale alla cessione dei crediti fondiario se avviene al di fuori delle operazioni di cartolarizzazione.

In tale ultimo caso, infatti, non sussiste alcun dubbio sulla permanenza dei privilegi, in quanto l'art. 58 Lb al terzo comma prevede l'applicabilità della disciplina anche di carattere speciale prevista per i creditori ceduti³⁶, la cui *ratio* è quella di mirare a soddisfare svariate esigenze, prima delle quali quelle dello stesso cedente, cui viene consentita la trasformazione di singole attività, relativamente illiquide, in strumenti liquidi e negoziabili e il conseguente riequilibrio della propria struttura finanziaria³⁷.

Al di fuori di tali operazioni, invece, la giurisprudenza di merito e di legittimità ha sempre affermato che alla cessione del credito fondiario non corrisponde la cessione dei privilegi processuali stabiliti per tale particolare credito.

Le disposizioni di cui al R.D. n. 646/1905 (come quelle stabilite dalla legislazione successiva) hanno, infatti, natura di norme eccezionali³⁸, in quanto creano a favore degli istituti di credito fondiario ovvero al soggetto Banca³⁹ una situazione di privilegio, strettamente legata sia alla natura del credito sia alla natura del creditore.

La *ratio* di tali norme, infatti, ha spiccata natura pubblicistica e deve ravvisarsi non solo nella causa o natura del credito, né nella funzione delle somme riscosse, né nell'economia processuale, quanto nella qualità soggettiva del creditore procedente (un istituto di credito).

Conseguentemente i privilegi stabiliti in favore di chi amministra il credito non si giustificano nei confronti degli stessi soggetti, che non hanno la qualità di creditori fondiari (per essere ad esempio divenuti cessionari al di fuori di schema di cartolarizzazione)⁴⁰.

³⁶L'art. 4 comma 1 della legge n. 130 del 30/4/1999 richiama alle disposizioni contenute nell'art. 58 comma 1, 2 e 3. In particolare il comma 3 sancisce che *"Restano altresì applicabili le discipline speciali, anche di carattere processuale, previste per i crediti ceduti"*.

Emerge, così, in modo rilevante il particolare *favor* del legislatore in merito all'esecuzione che ci occupa, la quale da procedura soggettivamente riservata e qualificata, è divenuta oggi uno strumento generalizzato di tutela oggettivamente connesso a finanziamenti che abbiano almeno originariamente fatto capo ad una banca, indipendentemente dal titolare attuale e dalle qualità soggettive del creditore che agisca esecutivamente per il recupero del credito;

³⁷Sul punto si segnala ordinanza del 25/5/2001 del Tribunale di Napoli – GE dott. Pica- ove si legge: *"i crediti derivanti da mutui fondiari rappresentano una delle tipologie più idonee ad essere oggetto di operazioni di cartolarizzazione, anche al fine di trasferire situazioni in sofferenza, per cui risulta difficile giustificare un'opzione interpretativa penalizzante proprio per quei soggetti (Istituti di credito fondiario), a cui favore sono stati predisposti strumenti speciali di più sollecita e sicura soddisfazione delle posizioni creditorie (onde favorire il buon funzionamento del meccanismo del credito; considerato oltretutto che ...nella prassi la cessione di un portafoglio di crediti fondiari avviene in favore di una società che normalmente è l'emanazione della stessa cedente e che, comunque, la cedente offre ampie ed efficaci garanzie in ordine alla solvenza dei debitori ceduti .. sicchè continua a sussistere quell'esigenza che ha indotto il legislatore ad apprestare speciali mezzi di tutela in favore degli istituti mutuanti.."*;

³⁸Cfr. Cass. n. 1395/1999; Cass. n. 10017/1998; Cass. n. 5806/1994;

³⁹L'art. 38 del TU n. 385/1993, in adempimento della delega di cui all'art. 25 l. 19/2/1992, n. 142 per l'attuazione della direttiva del Consiglio 89/646/CEE, ha esteso a tutte le banche la possibilità di concedere crediti fondiari.

È, dunque, venuto meno il principio di specializzazione funzionale degli istituti abilitati;

⁴⁰Sul punto si segnala Cass.civ. Sez.III n.14003 del 26/07/2004: *in materia di esecuzione immobiliare le disposizioni in materia di credito fondiario di cui al RD n.646 del 1905 – ancora vigenti alla data di entrata in vigore della legge n. 175 del 1991, abrogata solo a far data dal 1 gennaio 1994 al TU di cui al DRP n. 385/1993 – le quali prevedono che, per i prestiti concessi in base a detta legge, l'azione esecutiva individuale possa essere iniziata o proseguita dall'istituto di credito fondiario anche durante il fallimento del debitore, con la distribuzione del ricavato secondo le*

Alla luce di ciò, dunque, non deve ritenersi esteso il privilegio previsto dall'art. 41 del TU n. 385/1993 al cessionario, che non riveste la qualifica di Banca ovvero di cessionario ai sensi dell'art. 58 Lb.

Sul punto si segnala un'ordinanza emessa dal Tribunale di Napoli nella persona del Giudice dell'Esecuzione dott. Pica⁴¹, che ha motivato la mancata estensione sul presupposto che il trattamento di favore nella fase di distribuzione e il consequenziale affievolimento del controllo giurisdizionale sul compimento degli atti esecutivi nella fase espropriativa trova la sua *ratio* nella particolare qualifica del creditore Banca, su cui si può fare affidamento che, in caso di versamento da parte dell'aggiudicatario (o del custode) di somme superiori a quelle spettanti, restituisca subito all'avente diritto quanto ricevuto in esubero.

Del pari non può ritenersi esteso al cessionario la facoltà di iniziare e/o proseguire l'azione esecutiva anche dopo il fallimento del debitore, trattandosi di prerogativa che l'art. 41 co. 2 cit. riserva espressamente solo al creditore-banca⁴².

regole proprie di detta esecuzione, hanno natura di norme eccezionali, in quanto attribuiscono alcuni cd. privilegi processuali a favore degli istituti di credito fondiario, in considerazione della natura del credito e del creditore allo scopo di tutelare il sistema di formazione e di funzionamento del credito fondiario. Pertanto, siffatti privilegi processuali non spettano al cessionario del credito vantato dall'istituto di credito fondiario, il quale essendosi reso altresì aggiudicatario del bene intenda esercitare la propria facoltà di compensare il proprio credito con il prezzo di aggiudicazione ex art. 585 secondo comma cpc, ciò può fare esclusivamente qualora abbia provveduto a dar previamente annotare la cessione del credito e l'ipoteca in quanto l'annotazione ha efficacia costitutiva e, conseguentemente, il trasferimento dell'ipoteca a favore del creditore che abbia soddisfatto il creditore munito di prelazione è inefficace nei confronti dei creditori concorrenti, in mancanza dell'annotazione della surrogazione.

⁴¹ Sul punto si segnala: Tribunale di Napoli 03/03/2009 GI dott. Pica: *In caso di cessione di un credito fondiario, non competono al cessionario i privilegi processuali di cui all'art. 41 T.U. n. 385/1993 (salvo che nei casi di cessione regolata dall'art. 58 co. 3 del T.U. n. 385/1993). In particolare, il cessionario non può iniziare e/o proseguire l'azione esecutiva anche dopo il fallimento del debitore, trattandosi di prerogativa che l'art. 41 co. 2 cit. riserva espressamente solo al creditore-banca.*

⁴²Sul punto cfr. nota 41.