



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Vincenzo	PROTO	- Presidente -	R.G.N. 9292/04
Dott. Ugo Riccardo	PANEBIANCO	- Consigliere -	
Dott. Aldo	ECCHERINI	- Consigliere -	Cron. 15669
Dott. Francesco Antonio	GENOVESE	- Consigliere -	Rep. 6393
Dott. Luigi	SALVATO	- Consigliere rel. -	Ud. 19.05.2008

ORIGINALE  
CONTRIBUTO UNIFICATO

Oggetto  
Fallimento-Ammissione al passivo-Surrogazione nell'ipoteca-Annotazione Opponibilità

116669/08

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso proposto da:

Fallimento della società Cooperativa edilizia Alcide De Gasperi r.l., in persona del Curatore - elettivamente domiciliata in ROMA, via degli Scipioni n. 268/a, presso l'avv. Alessio Petretti, dal quale è rappresentato e difeso unitamente e disgiuntamente all'avv. Ernesto Tucci e in virtù di procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

Lorenzo Sporchia, Ileana Agata Bellaviti, Giacomina Falchetti e Ferruccio Alberti - elettivamente domiciliati in ROMA, via Ferdinando di Savona n. 3,

1163  
2008



dal quale sono rappresentati e difesi unitamente all'avv. Paolo Casetta, in virtù di procura a margine del controricorso;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Brescia del 5 marzo 2004;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 19 maggio 2008 dal Consigliere dott. Luigi Salvato;

udito per i controricorrenti l'avv. Maria Gloria Di Loreto, su delega, che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Marco Pivetti, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

#### **Svolgimento del processo**

1.- Lorenzo Sporchia, Ileana Agata Bellaviti, Giacomina Falchetti e Ferruccio Alberti (di seguito, Attori), con ricorso ex art. 101 l.fall. chiedevano di essere ammessi per i rispettivi crediti di £. 12.203.125, £. 25.129.712, £. 29.098.120 e £. 39.960.790, al passivo del Fallimento della società Cooperativa edilizia Alcide De Gasperi r.l., in persona del Curatore (*infra*, Fallimento), in privilegio.

Gli Attori esponevano di avere acquistato dalla società quattro appartamenti, gravati da ipoteca a garanzia di un mutuo non frazionato all'atto della vendita.

Il creditore ipotecario aveva iniziato procedura esecutiva



ed essi istanti avevano provveduto al versamento della somma di £. 180 milioni, ottenendo la conversione del pignoramento e l'estinzione della procedura esecutiva.

Il creditore ipotecario aveva in seguito iniziato una nuova procedura esecutiva e, quindi, essi avevano concordato con questi di pagare £. 178.465.743, ottenendo la cancellazione dell'ipoteca.

Pertanto, avevano pagato complessive £. 366.456.743, e cioè £. 106.391.666 in più rispetto a quanto avrebbero dovuto pagare al creditore ipotecario per le rate di mutuo a loro carico.

Gli Attori, a conforto della domanda, deducevano la surrogazione legale nella posizione del creditore ipotecario, relativamente alla somma da ultimo indicata.

Il curatore del Fallimento si opponeva all'ammissione del credito e, all'esito dell'istruzione della causa, il Tribunale di Bergamo, con sentenza del 18 luglio 2001, ammetteva al passivo del fallimento, tra i creditori chirografari, Lorenzo Sporchia, per £. 10.128.132, Ileana Agata Bellaviti, per £. 20.856.711, Giacomina Falchetti, per £. 24.150.341 e Ferruccio Alberti, per £. 33.165.879.

2.- Avverso detta sentenza proponevano appello gli attori, chiedendo, in sua riforma, l'accoglimento della domanda.

Si costituiva in giudizio il Fallimento, deducendo l'infondatezza del gravame.



La Corte d'appello di Brescia, con sentenza del 5 marzo 2004, in parziale accoglimento dell'appello, ammetteva gli Attori al passivo del Fallimento tra i creditori privilegiati, per le somme accertate dal Tribunale.

La sentenza, preliminarmente, richiamando alcune pronunce di questa Corte, affermava che, in virtù degli artt. 2843 e 2817 c.c., l'annotazione della surroga legale a margine dell'iscrizione dell'ipoteca ha natura costitutiva, non dichiarativa.

Tuttavia, secondo il giudice di secondo grado, questa premessa non fondava la conclusione dell'inopponibilità alla Massa dell'annotazione effettuata dagli Attori, in data successiva alla dichiarazione di fallimento.

La soluzione più restrittiva non poteva essere fondata sull'art. 45 l.fall., che concerne i soli atti idonei a diminuire l'integrità del patrimonio fallimentare, lesivi della *par condicio creditorum*.

Nella specie, l'annotazione aveva invece comportava la mera sostituzione di un nuovo creditore a quello originario, costituisce oggettivamente un atto neutro e, quindi, come affermato da questa Corte (Cass. n. 8983 del 1992) non comportava alcun pregiudizio alla Massa.

3.- Per la cassazione di questa sentenza ha proposto ricorso il Fallimento, affidato ad un motivo, illustrato con memoria; hanno resistito con controricorso gli Attori.



### **Motivi della decisione**

1.- Il ricorrente, con un unico motivo, denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 45 l.fall. (art. 360 n. 3 c.p.c.), deducendo che, in virtù di quest'ultima norma, l'annotazione ex art. 2843 c.c. non è opponibile ai creditori, se eseguita dopo la dichiarazione di fallimento, come affermato da questa Corte con la sentenza n. 1060 del 1980.

Inoltre, il richiamo dell'art. 45 l.fall., in quanto stabilisce l'inopponibilità delle sole formalità pregiudizievoli alla Massa non sarebbe corretto, occorrendo distinguere tra le norme della sezione terza e quelle della sezione prima della legge fallimentare, con la conseguenza che l'assunto in ordine alla necessità della sussistenza di un pregiudizio ed il riferimento all'inesistenza della violazione della *par condicio* sarebbero erronei.

2.- Il motivo è infondato e va rigettato, anche se la motivazione della sentenza impugnata deve essere integrata, ai sensi dell'art. 384 c.p.c.

2.1.- La questione posta dall'unico motivo richiede di stabilire quali siano le condizioni che devono essere soddisfatte da colui che paga il credito vantato dal creditore ipotecario del fallimento -surrogandosi, quindi, ex lege nel diritto di credito di quest'ultimo-, affinché possa ottenere il riconoscimento del diritto di privilegio correlato all'ipoteca (regolarmente costituita anteriormente



all'apertura della procedura concorsuale).

Nella giurisprudenza di questa Corte è pacifico sia che, ai fini del soddisfacimento del credito nell'ambito del fallimento, il surrogante deve presentare istanza di ammissione al passivo della procedura fallimentare (Cass. n. 3173 del 2008; n. 6469 del 1998; n. 8983 del 1992), sia che l'annotazione prescritta dall'art. 2843 c.c. ha efficacia costitutiva, quindi è indispensabile per il subingresso nella causa di prelazione e perché questa possa essere efficace nei confronti degli altri creditori (per tutte, Cass. n. 3173 del 2008; n. 17644 del 2007; n. 18188 del 2004; n. 8983 del 1992).

Di questi profili, benché debba darsi atto che un minoritario indirizzo della dottrina sostiene la natura di pubblicità dichiarativa dell'annotazione, non occorre qui occuparsi, in quanto è incontroverso che nella specie risultano soddisfatte entrambe le citate condizioni (gli Attori, dopo avere pagato il creditore ipotecario, hanno presentato appunto domanda di ammissione al passivo; la surrogazione è stata annotata, nell'osservanza dell'art. 2843 c.c.).

La questione richiede di stabilire esclusivamente se, ai fini del riconoscimento del diritto di privilegio (nel caso di ipoteca costituita prima della apertura della procedura concorsuale), l'annotazione del trasferimento, ai sensi dell'art. 2843 c.c., debba essere effettuata in data anteriore



alla sentenza di fallimento.

2.2.- La questione è stata risolta nel senso della imprescindibilità dell'annotazione del trasferimento dell'ipoteca in data anteriore al fallimento, quale condizione di opponibilità della formalità alla procedura concorsuale, da un risalente orientamento di questa Corte, espresso da due sentenze (Cass. n. 1060 del 1980; n. 5420 del 1992; a queste pronunce può aggiungersi la più remota sentenza n. 3241 del 1972, anche se, per quanto si precisa di seguito, contiene un'apertura a favore di una differente esegesi); una più recente pronuncia ha esaminato il caso, diverso, della annotazione del negozio dispositivo del grado di ipoteca (Cass. n. 18188 del 2004).

Non è riconducibile a questo indirizzo, la sentenza n. 4137 del 2003, benché la relativa massima la indichi come conforme alla sentenza n. 5420 del 1992.

Infatti, nel caso deciso dalla prima di dette pronunce, il subingresso nella prelazione è stato negato, poiché il creditore non aveva provveduto alla annotazione del trasferimento dell'ipoteca. Dunque, non era in questione il profilo della necessità dell'anteriorità dell'annotazione rispetto all'apertura della procedura concorsuale, in quanto, nel caso deciso da detta sentenza, l'annotazione risultava del tutto mancante.

Questo orientamento ha desunto l'imprescindibilità della



annotazione in data anteriore alla apertura della procedura concorsuale dalla sua natura costitutiva e dalla circostanza che l'art. 45 l.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. Peraltro, questa norma renderebbe anche irrilevante approfondire se l'annotazione abbia efficacia costitutiva soltanto nei confronti delle parti o anche dei terzi

**2.3.-** Siffatta conclusione non è persuasiva ed è stata convincentemente contrastata da un diverso, più recente orientamento, al quale va qui data continuità (Cass. n. 3173 del 2008; n. 8983 del 1992; n. 9023 del 1997, sia pure come *obiter*).

La corretta soluzione della questione richiede di premettere che il pagamento effettuato dal terzo in favore del creditore ipotecario, stante l'effetto legale ed automatico della surrogazione, lascia immutato nella sua oggettività il rapporto obbligatorio, trattandosi di una vicenda concernente esclusivamente la posizione attiva del creditore originario, al quale si sostituisce il *solvens*.

Il pagamento con surrogazione, analogamente alle altre forme di successione -in senso ampio- del credito, dà luogo ad una successione nel rapporto obbligatorio. La circostanza che la modificazione è limitata al profilo soggettivo, restando





immutato quello oggettivo, rende chiara la ragione della necessità della presentazione della domanda di ammissione al passivo da parte del surrogante, anche se il creditore surrogato era già stato ammesso al passivo, ciò almeno nel sistema definito dalle norme qui applicabili *ratione temporis*, che impedisce di avere riguardo alle modifiche introdotte dalla riforma della legge fallimentare (quindi al nuovo testo dell'art. 115, secondo comma, l.fall.).

La fase di accertamento del passivo del fallimento ha inizio e si svolge, processualmente, nei confronti dei creditori che hanno proposto, in via tempestiva o tardiva, domanda di ammissione al passivo; il riparto può essere disposto solo a favore dei creditori che hanno proposto domanda e si sono sottoposti a verifica, non nei confronti di terzi estranei o di soggetti privi di legittimazione.

Dunque, la verifica in sede fallimentare si impone, poiché il riparto dovrà essere disposto in favore di un soggetto diverso da quello che aveva inizialmente presentato l'istanza. Il pagamento con surrogazione può, inoltre, dare luogo a questioni particolari, che richiedono un controllo circa l'entità del pagamento o l'efficacia del subingresso nell'ipoteca, e cioè in ordine a profili che trovano la loro naturale sede di decisione nel processo di verifica dello stato passivo, nel quale confluiscono gli interessi, eventualmente contrastanti, di altri creditori.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gh' followed by a flourish.



Tuttavia, per negare il diritto del creditore surrogante alla collocazione in privilegio, è insufficiente richiamare il valore di pubblicità costitutiva dell'annotazione, riconducendola tra le «formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi» che, se compiute dopo la dichiarazione di fallimento, sono inopponibili alla massa, ai sensi dell'art. 45 l.fall.

*Ratio* di detta norma è, infatti, quella di garantire la cristallizzazione della situazione patrimoniale alla data del fallimento, allo scopo di scongiurare un pregiudizio ai creditori conseguente da atti compiuti dopo l'apertura della procedura concorsuale. L'inopponibilità stabilita dall'art. 45 l.fall. riguarda, quindi, 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. n. 3173 del 2008; n. 8983 del 2002).



La rilevanza di questo profilo era stata peraltro già colta da una più remota pronuncia, che pure sembra da ricondurre all'orientamento più rigoroso e che, tuttavia, non aveva mancato di osservare: «può anche dubitarsi che l'annotazione del diritto di subingresso possa farsi rientrare tra le formalità che non sono opponibili ai creditor fallimentari secondo l'art. 45 l.fall., non mettendo in essere tale annotazione un nuovo diritto reale di garanzia, ma solo attestando il subentro in esso di altro titolare» (Cass. n. 3241 del 1972).

L'art. 45 l.fall., come è stato correttamente osservato, non concerne le vicende circolatorie concernenti atti dispositivi o costitutivi del diritto di prelazione aventi data anteriore al fallimento, le quali sono neutre rispetto ai creditori concorsuali, in quanto non incidono sulla composizione quantitativa e qualitativa del patrimonio.

La correttezza di questa esegesi, quindi la necessità di avere riguardo al profilo del pregiudizio, è dimostrata dalla considerazione che la cessione del credito notificata al debitore fallito dopo la dichiarazione di fallimento dovrebbe essere inefficace, come mai invece è stato sostenuto, richiedendosi soltanto che il cessionario faccia valere la cessione mediante domanda di ammissione al passivo (Cass. n. 11038 del 2002; n. 6469 del 1998; n. 1997 del 1995).

A conforto di questa interpretazione e della necessità di



una esegesi attenta alla tutela degli interessi dei creditori, da ritenersi garantita, qualora l'atto non determini una modificazione *in peius* rispetto alla situazione esistente, poiché varia soltanto il soggetto del diritto e non è alterata la regola del riparto, è significativo che, in riferimento all'esecuzione individuale, l'art. 2916 c.c. stabilisce che, nella distribuzione della somma ricavata dalla esecuzione, non può tenersi conto delle ipoteche, anche se giudiziali, «iscritte» dopo il pignoramento.

L'art. 2843 c.c. nulla dispone, invece, al riguardo, «per la ragione che nella ipotesi di trasferimento della prelazione l'annotazione giova solo ad identificare il soggetto che ne è titolare nei riguardi degli altri concorrenti sul bene, non anche a costituire la garanzia, che, per essere già presente ed iscritta, non aggrava la posizione degli altri creditori concorrenti, essendo per loro indifferente che a soddisfarsi in via privilegiata sia o meno il cedente o il surrogante» (Cass. n. 17644 del 2007, il riferimento all'art. 45 l.fall. contenuto nella pronuncia è ininfluenza, costituente un chiaro *obiter*, non concernendo la fattispecie un caso di opponibilità dell'annotazione ad una procedura concorsuale).

Pertanto, la corretta interpretazione dell'art. 2843 c.c. conduce a ritenere, in armonia con gli artt. 2913, 2914 e 2915 c.c., che nel sistema codicistico è il pregiudizio dei creditori che giustifica la inefficacia degli atti successivi.



Nel caso in cui detto pregiudizio manchi, l'inefficacia non ha ragion d'essere e non trova specifici riferimenti che la giustificano e tali riferimenti, nel sistema fallimentare, non possono essere fondati soltanto sulla lettera dell'art. 45 l.fall.

In tal senso, va anche ricordato che, come di recente ha affermato questa Corte (sia pure in riferimento alla questione del carattere concorsuale del credito di regresso del fideiussore che abbia interamente soddisfatto il creditore dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale e della necessità o meno della presentazione da parte del garante di domanda di ammissione al passivo con riserva), «se è vero, poi, che la cristallizzazione delle situazioni debitorie alla data del fallimento è un principio essenziale della procedura fallimentare, è pur vero, però, che l'esigenza ad esso connessa può considerarsi realizzata qualora il fatto genetico della situazione giuridica da cui deriva l'obbligazione si sia verificato in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento».

Il principio della cristallizzazione del passivo esprime, infatti, «l'esigenza che non siano fatti valere, nel concorso fallimentare, pretese aggiuntive rispetto a quelle facenti parte del patrimonio del fallito alla data della sentenza di fallimento», ma «non può essere invocato al fine di escludere la rilevanza per la massa fallimentare di mutamenti



verificatisi nella titolarità di crediti preesistenti alla dichiarazione di fallimento» (Cass. n. 903 del 2008) e -può aggiungersi- neanche può giustificare l'inopponibilità della causa di prelazione sorta anteriormente al fallimento, qualora, come nella specie, si sia verificata una mera modificazione soggettiva nella titolarità del credito.

3.- In considerazione della complessità e della natura controversa della questione sussistono giusti motivi per dichiarare compensate le spese della presente fase.

**P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso e dichiara compensate tra le parti le spese della presente fase.

Così deciso in Roma il 19 maggio 2008.

Il Consigliere est.

dr. Luigi SALVATO

Il Presidente

dr. Vincenzo PROTO

**IL CANCELLIERE**

Rosella Sicilia

**CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
**Prima Sezione Civile**  
**Depositato in Cancelleria**  
**19/05/2008**  
**IL CANCELLIERE**