

Civile Sent. Sez. 1 Num. 5087 Anno 2016

Presidente: DIDONE ANTONIO

Relatore: FERRO MASSIMO

Data pubblicazione: 15/03/2016

SENTENZA

Sul ricorso proposto da:

Cassa di risparmio di Ferrara s.p.a., in persona del l.r.p.t., rappr. e dif. dall'avv. Gustavo Olivieri, elett. dom. presso lo studio di questi in Roma, Largo Giuseppe Toniolo n.6, come da procura in calce all'atto

-ricorrente -

Pagina 1 di 6 - RGN 10457/2010

estensore cons. m. ferro

271
2016



Contro

Fallimento Previato costruzioni s.r.l., in persona del curatore fallim. p.t., rappr. e dif. dall'avv. Elena Biasin e dall'avv. Giuseppe De Majo, elett. dom. presso lo studio del secondo, in Roma, via Salaria n.332, come da procura a margine dell'atto

-controricorrente con ricorso incidentale-

per la cassazione del decreto Trib. Rovigo 9.3.2010, R.G. 1857/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del giorno 4 febbraio 2016 dal Consigliere relatore dott. Massimo Ferro;

udito l'avv. G.Olivieri per il ricorrente;

udito il P.M. in persona del sostituto procuratore generale dott. Lucio Capasso che ha concluso per l'accoglimento del ricorso principale e il rigetto del ricorso incidentale.

IL PROCESSO

Cassa di Risparmio di Ferrara s.p.a. impugna il decreto Trib. Rovigo 9.3.2010 con cui veniva rigettato il proprio reclamo interposto ai sensi dell'art.98 l.f. avverso la non ammissione al passivo del credito vantato per una parte in chirografo e per altra in qualità ipotecaria, secondo il primo decreto dal giudice delegato del fallimento Previato costruzioni s.r.l.

Ritene il tribunale che: a) non erano utilizzabili nel giudizio di opposizione i documenti allegati per la prima volta dall'opponente con il ricorso; b) non risultavano muniti di data certa i documenti stessi spediti in autoprestazione ma con timbratura non all'interno del foglio di scrittura; c) non poteva essere ammesso in grado ipotecario il credito vantato per finanziamento da mutuo, trattandosi - come da prospettazione del curatore e del giudice delegato - di contratto "simulato e quindi nullo", poiché risoltosi in operazione diretta all'estinzione di un precedente debito sul conto corrente, volto a creare apposita garanzia e dunque viziato sotto il profilo causale ex art.1418 co.civ.; d) detta garanzia, come da deduzione della curatela, appariva a sua volta ("peraltro") revocabile ex art.66 l.f. e 2901 cod.civ., posta la già sussistente decozione della debitrice.

Il ricorso è affidato a cinque motivi, cui resiste il creditore con controricorso e ricorso incidentale su un motivo.

I FATTI RILEVANTI DELLA CAUSA E LE RAGIONI DELLA DECISIONE

Con il *primo motivo* il ricorrente deduce il vizio di motivazione circa la ammissibilità della documentazione allegata al ricorso in opposizione, relativamente al credito non ammesso in chirografo ovvero senza grado ipotecario, avendo la parte, con quelle produzioni, assolto all'onere probatorio derivatole dalla pronuncia sui limiti dei



documenti di conformità all'originale e la prova di data certa, mal governo essendo stato fatto del potere discrezionale di ammissione delle prove stesse.

Con il *secondo motivo*, si deduce la violazione degli artt. 93,96,98,99 l.f. e 2697 cod.civ., nonché 112,113,115,116 cod.proc.civ., per avere il decreto impugnato trascurato la introducibilità, con il ricorso d'opposizione, anche di nuovi documenti, tanto più che tale facoltà era stata negata su un'eccezione tardiva della curatela.

Con il *terzo motivo*, si deduce il vizio di motivazione sul punto delle risultanze della CTU disposta in corso di giudizio d'opposizione e dei documenti allegati all'originaria domanda d'insinuazione al passivo, posto che il decreto, nel rigettare la domanda del credito in veste ipotecaria, ne ha presupposto la formazione contabile secondo una chiara antecedenza al fallimento del rapporto di conto corrente e dell'apertura di credito rispetto alla dichiarazione di fallimento.

Con il *quarto motivo* il ricorrente deduce il vizio di motivazione sul punto della incompatibilità fra l'ipotizzata azione revocatoria dell'ipoteca e la simulazione del mutuo, avendo mancato il giudice di merito di accertare la reale volontà dei contraenti e finendo con il sanzionare un accordo simulatorio non rinvenuto.

Con il *quinto motivo*, si deduce la violazione degli artt.1414, 2901, 1343, 1345, 2878 co.1 n.3 cod.civ., 66 l.f., ove la pronuncia ha dichiarato la simulazione del contratto di mutuo pur accertando che l'operazione dissimulata era composta dal medesimo negozio, che dunque – e piuttosto - era voluto, nonché a sua volta revocabile l'ipoteca, nonostante tale garanzia venga meno se si estingue l'obbligazione garantita.

Con il *motivo del ricorso incidentale* il controricorrente fallimento deduce l'omessa pronuncia sulla domanda, proposta in via subordinata al tribunale, di declaratoria della revocabilità ex art.66 l.f. e 2901 cod.civ. del contratto di mutuo e della connessa costituzione della garanzia reale.

1. I *primi due motivi* del ricorso principale, da trattare in via congiunta perché connessi, sono *fondati*, con assorbimento del *terzo*. Si tratta di censure che colgono nel segno ove contestano al tribunale rodigino di aver invocato un'inesatta preclusione alle produzioni documentali in sede di opposizione allo stato passivo, peraltro non permettendo il limitato richiamo, per una generica "scrittura" munita solo di timbro in autoprodotto, di svolgere un ruolo probatorio integrante la non dimostrazione innanzitutto del credito denegato nella veste del chirografo. Va invero ribadito il principio per cui il giudizio di opposizione allo stato passivo del fallimento (come disciplinato a seguito del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169) non è un giudizio di appello, anche se ha natura impugnatoria, ed è pertanto regolamentato integralmente dall'art. 99 l.f., il quale prevede, al secondo comma, n. 4, che l'opponente deve indicare specificamente nel ricorso i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti prodotti, ivi compresa la documentazione già prodotta nel corso della verifica del passivo (Cass. 24972/2013). Ne è conseguito, secondo un indirizzo consolidato, che per la produzione di documenti a sostegno dell'istanza di ammissione al passivo, non trova applicazione il divieto di cui all'art. 345 cod.proc.civ., versandosi in un giudizio diverso da quello ordinario di cognizione e non potendo la predetta opposizione essere qualificata come un appello, pur avendo la detta natura impugnatoria; tale rimedio, infatti, mira a rimuovere un provvedimento emesso sulla base di una



cognizione sommaria e che, se non opposto, acquista efficacia di giudicato endofallimentare ex art.96 l.f., segnando solo gli atti introduttivi ex artt. 98 e 99 l.f., con l'onere di specifica indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti, il termine preclusivo per l'articolazione dei mezzi istruttori (Cass.4708/2011).

2. Il quarto e quinto motivo sono fondati. La censura contesta la coerenza della motivazione con cui, pervenendo al rigetto della domanda di credito, per un canto si dà atto che un effettivo mutuo sia stato concluso ed attuato, ma per altro se ne avversa la destinazione effettiva, posto che le somme così introitate dalla società debitrice sarebbero state illecitamente convogliate ad estinzione di sue passività pregresse. Il tribunale, con non chiara esposizione del quadro giustificativo del finale rigetto del ricorso, conclude con un giudizio di nullità del contratto di mutuo, assunto in violazione dell'art.1418 cod.civ. e vizio della relativa causa, ma al contempo – in premessa – laconicamente riconosce il fondamento del “rilievo del curatore e del G.D.” per la parte in cui si ritiene il contratto “simulato”, ed ancor più nullo perché diretto all'estinzione di debito pregresso e con costituzione di garanzia, di cui infine si predica (“peraltro”) la revocabilità ex artt.66 l.f. e 2901 cod.civ. Ritiene il Collegio che mancano altri, essenziali, riferimenti sulla concreta portata del debito preesistente, il suo ammontare, riferito all'entità e alla natura del mutuo (che la parte riferisce fondiario e del quale non sono state riportate le caratteristiche), la parte restituita e quella retrocessa ad estinzione dei debiti pregressi, nonché il raffronto temporale tra i singoli atti.

3. Osserva il Collegio che la giurisprudenza di questa Corte ha conosciuto, nell'ultimo ventennio, una progressiva evoluzione infine attestata sul principio secondo cui l'erogazione di un mutuo ipotecario non destinato a creare un'effettiva disponibilità nel mutuatario, già debitore in virtù di un rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale, non integra necessariamente né le fattispecie della simulazione del mutuo (con dissimulazione della concessione di una garanzia per un debito preesistente) né quella della novazione (con la sostituzione del preesistente debito chirografario con un debito garantito). Essa può integrare, invece, – e normalmente integra – una fattispecie di procedimento negoziale indiretto, nel cui ambito il mutuo ipotecario viene erogato realmente e viene utilizzato per l'estinzione del precedente debito chirografario.

Tale affermazione, in questa sede condivisa, rileva sia per ciò che attiene al profilo della revocatoria della garanzia ipotecaria per debiti preesistenti (art. 67, co.1, nn. 3 e 4, l.f., testo *pro tempore*), sia per ciò che attiene al profilo della revocatoria di pagamenti (in sé, ex art. 67, co.2 ovvero in quanto eseguiti con mezzi anomali, ex art. 67, 1 co. n.2 l.f.), essendo legata all'inopponibilità del mutuo.

In particolare essa rinvia la *ratio* nel progressivo superamento della parzialmente dissonante tesi (Cass. 11496/1997 e Cass. 84/1999) per cui, in caso di mutuo finalizzato a conseguire l'estinzione di un anteriore debito, il procedimento, caratterizzato da motivo illecito (per violazione della *par condicio creditorum*), avrebbe come effetto finanche l'impossibilità di ammettere al passivo le somme mutate dalla



banca, siccome conseguente alla dichiarazione di inefficacia dell'ipoteca, tesi erroneamente ed in via pregiudiziale fatta propria dal tribunale nella presente vicenda.

4. A fronte di simile minoritario indirizzo, la giurisprudenza di legittimità si è data carico della constatazione che il mutuo destinato all'estinzione di debiti pregressi, senza creazione di nuova liquidità, per quanto inefficace nei confronti della massa, è da considerare comunque in effetti sorretto dalla volontà dei contraenti, costituendo dunque un atto voluto, e non simulato. Il che suppone doversi riconoscere poi, a differenza di quanto accade per i casi di simulazione, il diritto del mutuante di insinuarsi al passivo quanto alle somme erogate in vista dell'estinzione del debito preesistente, benché in chirografo attesa la revocabilità dell'ipoteca.

Tale garanzia, da questo punto di vista, resta insensibile alla fattispecie di consolidamento prevista dall'art. 39 d.lgs. n. 385 del 1993 (norma non citata *ex professo* in decreto ma rilevante nella specie, secondo le allegazioni delle stesse parti), stante che la revocatoria finisce con l'attingere non (atomisticamente) l'ipoteca in sé, ma l'intero procedimento negoziale indiretto (leggibile in termini di collegamento) nel contesto del quale è coinvolto il mutuo su cui l'ipoteca si fonda, secondo l'indirizzo preferibile (Cass. 4096/2003, 23669/2006, 20622/2007, 17200/2012, 1807/2013). In questo caso, ove il mutuo ipotecario risulti stipulato a copertura di un'esposizione debitoria pregressa, il fallimento, sussistendone i presupposti, ha la possibilità di impugnare l'intera operazione, ai sensi dell'art.67 l.f., in quanto diretta ad estinguere con mezzi anormali la precedente obbligazione, e pure le rimesse effettuate con la provvista in quanto abbiano avuto carattere solutorio (Cass. 5265/2007).

5. Si tratta di orientamento che deve essere ulteriormente ribadito, con l'aggiornata precisazione, ai fini qui d'interesse, che va tenuta ben distinta un'operazione simile da quella volta al rifinanziamento del debitore. Il ricorso al credito come strumento di ristrutturazione del debito – cui del resto si rivolge l'attuale normativa a mezzo degli istituti di cui agli artt. 182bis, 182quater, 182quinquies l.f. – consente invero di rinegoziare i finanziamenti bancari anche nei riguardi di debiti scaduti, condizione che in sé, involgendo ambiti di diffusa economia reale e meritevolezza causale ormai tipicizzata, non può assumere alcuna riprovevolezza ordinamentale, nemmeno sul piano concorsuale.

L'elemento caratteristico di siffatto tipo di ricorso al credito consiste tuttavia in un'operazione di effettiva, poi, erogazione di nuova liquidità da parte della banca, funzionale non solo (e non tanto), quindi, all'azzeramento o consistente diminuzione della preesistente esposizione debitoria, con tutela rafforzata della banca mediante ipoteca configurabile come garanzia non contestuale, ma alla rimodulazione, per il tramite di nuove condizioni negoziali – per esempio afferenti il tasso di interesse – o rinnovate tempistiche dei pagamenti, dell'assetto complessivo del debito nel contesto di una nuova veste giuridico-economica degli anteriori rapporti. In ciò può concretamente stabilirsi il discrimine tra le due tipologie di operazioni, costituito dalla preesistenza o meno del rischio di credito effettivamente assunto dalla banca: laddove essa eroghi effettivamente nuova liquidità al debitore, nel contesto di un'operazione



non piegata all'unico obiettivo del rientro né dunque preordinata ad estinguere semplicemente l'obbligazione pregressa ripianando, con l'ipoteca, il rischio di credito già mal apprezzato al momento della sua insorgenza, si conforma alla sua funzione economica istituzionale, munendo l'impresa di nuove risorse suscettibili di rifinanziarla. Si tratta di funzione in tal caso connaturata all'essere il finanziamento, cui accede l'ipoteca, destinato per l'appunto ad assicurare ulteriori disponibilità al debitore in conformità alle regole di corretta gestione di un rischio contestualmente assunto e, per questo, nuovo.

A tali principi non si è attenuto il tribunale rodigino, che contraddittoriamente, come sopra evidenziato, ha frainteso la finalizzazione estintiva assunta dalla nuova finanza da mutuo con una non perpiscua figura di simulazione-nullità, pur riconoscendo che al suddetto finanziamento aveva fatto seguito un principio di restituzione rateale non altrimenti ricostruito nella complessità dell'unitaria operazione e comunque neutralizzando l'intero procedimento negoziale in una errata negazione aprioristica di ogni credito insinuabile, benché la ricostruzione del medesimo poggiasse sulle risultanze di una consulenza tecnica d'ufficio che piuttosto lo affermava come erogato.

6. Parimenti, le affermazioni incerte sulla revocabilità, rese in termini non diretti e senza affrontare la gerarchia di rilevanza di tale domanda, per come svolta dal curatore, danno conto di una pronuncia in cui nella sostanza l'affermazione non è entrata quale *ratio decidendi*, derivandone la *inammissibilità* del *ricorso incidentale* del fallimento controricorrente, posta la devoluzione integrale del contraddittorio, anche sul punto, di nuovo al giudice di merito.

Il ricorso principale va dunque accolto quanto ai motivi primo, secondo, quarto e quinto, assorbito il terzo; va dichiarato *inammissibile* il ricorso incidentale; ne consegue la cassazione del decreto con rinvio al tribunale.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso principale quanto ai motivi primo, secondo, quarto e quinto, assorbito il terzo; dichiara *inammissibile* il ricorso incidentale; cassa con rinvio al Tribunale di Rovigo, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del presente procedimento.

Roma, 4 febbraio 2016