



Civile Sent. Sez. 1 Num. 15344 Anno 2016

Presidente: NAPPI ANIELLO

Relatore: DIDONE ANTONIO

Data pubblicazione: 25/07/2016

**SENTENZA**

sul ricorso 13826-2010 proposto da:

BANCA POPOLARE DI MILANO SOCIETÀ COOPERATIVA A R.L.  
(c.f. 00715120150), in persona dei legali  
rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliata  
in ROMA, VIA DI SAN VALENTINO 21, presso l'avvocato  
FRANCESCO CARBONETTI, che la rappresenta e difende  
unitamente agli avvocati LOTARIO BENEDETTO DITTRICH,  
GIUSEPPE LOMBARDI, VINCENZO MARICONDA, giusta procura  
a margine del ricorso;

2016

1086

- **ricorrente** -

**contro**



L'ALCO S.P.A. (c.f. 00878430164), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA MICHELE MERCATI 51, presso l'avvocato ROMANO VACCARELLA, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati ANTONIO BRIGUGLIO, MARIACARLA GIORGETTI, ELENA PELLEREY CLAPASSON, giusta procura a margine del controricorso e procura in calce alla comparsa di costituzione di nuovo difensore;

- **controricorrente** -

**contro**

AV STRUTTURE S.P.A., HOLDING CINQUE V S.P.A., FALLIMENTO DELLA ACME S.R.L. UNIPERSONALE IN LIQUIDAZIONE;

- **intimati** -

avverso il decreto del TRIBUNALE di BRESCIA, depositata il 14/04/2010;  
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 30/05/2016 dal Consigliere Dott. ANTONIO DIDONE;  
udito, per la ricorrente, l'Avvocato DITTRICH LOTARIO BENEDETTO che si riporta;  
uditi, per la controricorrente, gli Avvocati VACCARELLA ROMANO e GIORGETTI M. CARLA che si riportano;  
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ANNA MARIA SOLDI che ha concluso per



l'accoglimento del ricorso limitatamente al motivo ottavo.

Ragioni di fatto e di diritto della decisione

1.- Con il provvedimento impugnato il Tribunale di Brescia - dichiarata l'inammissibilità per tardività dell'intervento di altri creditori (s.p.a. AV Strutture e s.p.a. Holding Cinque V) - ha parzialmente accolto l'impugnazione proposta dalla creditrice s.p.a. L'Alco avverso l'ammissione in via chirografaria del credito della s.c.ar.l. Banca Popolare di Milano nel passivo del fallimento della s.r.l. unipersonale Acme in liquidazione, riducendo il credito chirografario ammesso da euro 27.455.673,82 a euro 415.631,80.

Quest'ultimo importo era stato riconosciuto dalla società creditrice impugnante, la quale aveva rinunciato all'impugnazione dello stesso, mentre in relazione al restante credito ammesso al passivo in via chirografaria il tribunale ha ritenuto inidonea la prova documentale invocata dalla banca.

Contro il predetto decreto la banca ha proposto ricorso per cassazione affidato a otto motivi.

Resiste con controricorso la società creditrice impugnante mentre non hanno svolto difese il curatore del fallimento, la s.p.a. AV Strutture e la s.p.a. Holding Cinque V, società creditrici intervenute in sede di impugnazione.

Nel termine di cui all'art. 378 cod. proc. civ. le parti hanno depositato memoria.

3





2.1.- Con il primo motivo la banca ricorrente denuncia la violazione dell'art. 99 l. fall. e così sintetizza le censure, formulando opportunamente due quesiti sebbene non più richiesti ratione temporis:

a) se nel procedimento previsto dall'art. 99 l. fall., nella formulazione introdotta dal d.lgs. 169/2007, vi siano preclusioni a carico della parte convenuta in ordine all'allegazione di fatti c.d. "secondari", idonei, cioè, a fondare le presunzioni di cui all'art. 2729 c.c.;

b) se nel procedimento previsto dall'art. 99 l. fall., nella formulazione introdotta dal d.lgs. 169/2007, vi siano preclusioni a carico della parte convenuta in ordine allo svolgimento di nuove difese nel corso del procedimento e sino al deposito delle memorie conclusionali.

Lamenta che sia stata ritenuta tardiva l'allegazione di fatti esplicativi della relazione della società di revisione la cui acquisizione era stata disposta dallo stesso tribunale. Ciò in relazione alle poste passive risultanti sul conto corrente quale "storno" di somme (euro 20.000.000 e euro 6.800.000) indebitamente accreditate da funzionario infedele previo addebito su conto di terzi o interno alla banca.

Il motivo è infondato.

L'art. 99 comma 6 legge fall. prevede che anche chi resiste all'impugnazione del credito ammesso deve costituirsi con una memoria difensiva contenente, a pena di decadenza, le



eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione specifica dei mezzi di prova e dei documenti prodotti.

Nel caso in esame è la stessa ricorrente a riconoscere che altri erano i fatti allegati a sostegno della propria pretesa, non avendo tempestivamente allegato l'indebito accredito da parte di funzionario infedele.

2.2.- Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 2697 c.c. nonché vizio di motivazione lamentando che sia stata ritenuta la banca onerata di fornire la prova del credito già ammesso.

Censura la motivazione per aver ritenuto non provati i fatti costitutivi del credito in mancanza della prova della loro inesistenza.

Il motivo è infondato.

La distribuzione dell'onere della prova nel giudizio di impugnazione di un credito ammesso non può eludere il principio di cui all'art. 2697 c.c. Il creditore già ammesso rimane onerato della prova dei fatti costitutivi del suo credito; il creditore impugnante è onerato della prova dei fatti impeditivi o estintivi del credito controverso. Se viene dedotta la mancanza di prova dei fatti costitutivi del credito ammesso, occorrerà valutare se quella dedotta dinanzi al giudice delegato è idonea.

L'esigenza di stretta interpretazione delle norme in materia di decadenza impone di considerare che l'art. 99



comma 6, allorché esige « l'indicazione specifica dei mezzi di prova e dei documenti prodotti», distingue tra prove costituende e prove precostituite.

Per quanto attiene alle prove costituende, come ad esempio le testimonianze, non v'è dubbio che sia sufficiente la mera indicazione, essendo indiscusso che tali prove non sono «espletabili nella fase della verifica dello stato passivo, che ha natura sommaria » (Cass., sez. I, 2 dicembre 2011, n. 25872, m. 620453, Cass., sez. I, 25 febbraio 2011, n. 4708, m. 617279).

Diversamente deve ritenersi per i documenti, prove precostituite di cui il legislatore esige, a pena di decadenza, la già intervenuta produzione, come si desume dall'esplicito riferimento appunto ai «documenti prodotti» (Cass., sez. I, 6 novembre 2013, n. 24972, m. 628963).

2.3.- Con il terzo motivo la ricorrente denuncia violazione dell'art. 1988 c.c. nonché dell'art. 112 cod. proc. civ. e vizio di motivazione.

Così sintetizza le censure:

a) se sia viziata da nullità per violazione dell'art. 1988 c.c. il provvedimento con il quale il giudice del merito disconosca all'atto di ricognizione del debito posto in essere dal debitore fallito, in assenza di iniziative contrarie della curatela fallimentare, l'effetto proprio di *relevatio ab onere probandi* in capo al creditore del





fallimento, il cui credito venga opposto ex art. 98 e 99 l. fall. da altro creditore;

b) se sia violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato previsto dall'art. 112 cod. proc. civ. qualora il giudice del merito ometta di pronunciarsi in ordine all'esistenza ed opponibilità nei confronti di altro creditore opponente dell'atto di riconoscimento di debito posto in essere dal debitore in bonis e mai disconosciuto dalla curatela fallimentare, ponendo integralmente l'onere della prova del rapporto sottostante sul creditore che insta per l'ammissione del credito al passivo del fallimento;

c) se sia esistente e/o congruamente motivata la decisione del giudice a quo, che ritenga non esistente il credito vantato da uno dei creditori del fallimento ritenendo "non ... idonea a dar prova dell'effettivo credito" la dichiarazione avente ad oggetto la sua esistenza resa dal liquidatore della società stessa prima del fallimento, in assenza di qualunque eccezione o impugnazione o disconoscimento da parte della curatela del fallimento stesso.

Il motivo è infondato.

L'inclusione della banca nell'elenco dei creditori redatto dal liquidatore della società poi fallita non può essere equiparato a un riconoscimento del debito.



Quand'anche lo fosse esimerebbe il destinatario del riconoscimento dall'onere della prova, ma non escluderebbe la possibilità per il terzo di contestare il rapporto sottostante.

2.4.- Con il quarto motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 2697 c.c. nonché vizio di motivazione lamentando che non sia stata valutata la sentenza resa in giudizio civile tra la ricorrente e la società debitrice in bonis, conclusosi nel 2008, dopo la dichiarazione di fallimento della società (2006).

Il motivo è infondato perché la sentenza fu pronunciata dopo la dichiarazione del fallimento, talché non è opponibile ai creditori concorsuali, incluso Alco.

2.5.- Con il quinto motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 2729 c.c. nonché vizio di motivazione lamentando che non siano stati valutati singolarmente e globalmente gli elementi di prova dedotti (attestazione Acme, dichiarazioni di altri creditori della società, sentenza del 2008 del Tribunale di Brescia, relazione della società di revisione, certificazione della banca ai sensi dell'art. 50 t.u.b., estratto notarile del libro giornale della banca).

Il motivo è inammissibile perché veicola censure in fatto non deducibili in sede di legittimità.

2.6.- Con il sesto motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1173, 1332, 1427, 2730 e



2732 in relazione alla negata efficacia degli atti di riconoscimento del credito da parte della s.p.a. L'Alco, così sintetizzando le censure:

a) se la dichiarazione rea da un concreditore che riconosca l'esistenza del credito di un altro concreditore nei confronti del comune debitore sia per esso vincolante nel successivo procedimento concorsuale;

b) se il concreditore che abbia riconosciuto l'esistenza del credito di un altro concreditore nei confronti del comune debitore possa disconoscere l'efficacia della relativa dichiarazione al di fuori dei casi di nullità o annullabilità dei contratti e della richiesta di (revoca) invalidazione della confessione ex art. 2732 c.c.

Con il settimo motivo la ricorrente denuncia vizio di motivazione in relazione all'omessa valutazione del riconoscimento di cui al motivo precedente.

Il sesto e il settimo motivo sono infondati - là dove non sono inammissibili perché versati in fatto - perché non si può assegnare significato di confessione stragiudiziale alla mancata contestazione del credito vantato dalla banca nel corso di trattative intese alla ristrutturazione del debito della società poi fallita. La motivazione esibita in proposito dal giudice del merito è incensurabile.

2.7.- L'ottavo motivo, relativo alla dedotta omessa motivazione in ordine all'esclusione del credito ammesso



insinuato in prededuzione ma ammesso in chirografo, pari a euro 240.000,00 è fondato.

Infatti, l'impugnazione riguardava l'intero credito ammesso in via chirografaria, pari a euro 27.455.673,82 (così come si desume dal provvedimento impugnato: pag. 1) e il tribunale ha ammesso il credito in via chirografaria limitatamente alla somma di euro 415.631,80, relativo a "crediti vantati da terzi v/ACME s.r.l., acquistati da BPM", <<restando di contro escluso l'ulteriore credito di euro 26.800.042,02, oltre interessi, già ammesso al passivo del fallimento>>.

Sennonché, l'importo di euro 26.800.042,02, sommato a quello di euro 415.631,80 è pari a euro 27.215.673,82 e tale somma non corrisponde a quella del credito complessivamente ammesso al passivo in chirografo (euro 27.455.673,82) concretamente impugnato.

In proposito, però, manca qualsiasi motivazione. Talché, in accoglimento dell'ottavo motivo, il provvedimento impugnato deve essere cassato con rinvio per nuovo esame e per il regolamento delle spese al Tribunale di Brescia in diversa composizione.

P.Q.M.

La Corte accoglie l'ottavo motivo e rigetta i rimanenti; cassa il provvedimento impugnato e rinvia per nuovo esame e per le spese al Tribunale di Brescia in diversa composizione.

· Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 30 maggio  
2016