

Civile Ord. Sez. 1 Num. 20896 Anno 2019

Presidente: DI VIRGILIO ROSA MARIA

Relatore: DOLMETTA ALDO ANGELO

Data pubblicazione: 05/08/2019

sul ricorso 8371/2014 proposto da:

Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio società cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, piazza del Popolo n. 18, presso lo studio dell'avvocato De Marco Alfonso Annibale, rappresentata e difesa dall'avvocato Malvagna Simona, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

1

ord
1856
2019

↙

Fallimento n.37/11 della Diemme s.r.l. in Liquidazione, in persona del curatore dott.ssa Rossi Paola, elettivamente domiciliato in Roma, piazza Cola di Rienzo n. 68, presso lo studio dell'avvocato Zanello Andrea, rappresentato e difeso dall'avvocato De Sanctis Marcello, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso il decreto del TRIBUNALE di MACERATA, depositato il 21/02/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 05/06/2019 dal cons. ALDO ANGELO DOLMETTA.

FATTI DI CAUSA

1.- La Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio ha chiesto di essere ammessa al passivo del fallimento della s.r.l. Diemme in via di prelazione ipotecaria, in ragione di crediti derivanti da due distinti mutui, uno del settembre 2008, l'altro dell'ottobre 2009.

Il giudice delegato ha respinto la richiesta.

2.- Con riferimento a ciascuno dei mutui ha rilevato, in modo particolare, «la nullità e in subordine la simulazione dell'intera operazione (negozio di finanziamento, negozio di garanzia e destinazione della somma a pagamento si preesistente debito) per difetto di causa in quanto con il mutuo si è creata una obbligazione virtuale per ottenere delle garanzie ipotecarie. L'operazione ... non appare meritevole di tutela in quanto la Banca ha utilizzato il contratto di mutuo ipotecario non già per concedere un finanziamento, ma per costituire una ipoteca a garanzia di debiti

preesistenti chirografari» (nel caso dell'operazione del 2008, debiti da preesistente finanziamento del 2006; in quella del 2009, debito da scoperto di conto). «Nella sostanza, l'operazione non ha comportato la disponibilità delle somme mutate, essendo diretta al soddisfo di crediti verso la banca mutuante con la sostituzione di un debito non garantito con altro garantito interamente».

In via ulteriore, il giudice delegato – sempre con riferimento a entrambe le fattispecie - ha ritenuto, altresì, «in subordine la revocabilità ai sensi dell'art. 66 legge fall. e art. 2901 cod. civ. dell'intera operazione (negozio di finanziamento, negozio di garanzia e destinazione della somma a pagamento di preesistente debito) volta al pagamento anomalo di debito non scaduto con procedimento indiretto e con riqualificazione privilegiata del debito preesistente. L'operazione ha aggravato il dissesto della Diemme s.r.l. con la consapevolezza della Diemme e dell'istituto di credito; la preesistenza di altri debiti è rilevabile anche nel progetto di stato passivo». In via ancora ulteriore, il giudice ha inoltre ritenuto la «revocabilità ai sensi dell'art. 66 legge fall. e art. 2901 cod. civ. del negozio di garanzia».

3.- La Banca ha presentato opposizione ex art. 98 legge fall. avanti al Tribunale di Macerata. Che la ha respinta con decreto depositato in data 21 febbraio 2014.

4.- «Nel corso del 2008» - ha osservato il decreto – erano emersi rilevanti segnali di tensione finanziaria della società poi fallita, come dimostra l'innalzamento del livello della sua esposizione debitoria nei confronti della Banca e come altresì dimostra il fatto che una parte rilevante del mutuo del 2008 fu utilizzata per coprire assegni destinati a essere protestati; la banca quindi non poteva non sapere

della grave situazione in cui versava la società ed è altamente sintomatico il fatto che, nonostante ciò, anche l'anno successivo essa erogò altro mutuo – questa volta destinato a ridurre lo scoperto di conto corrente – nonostante fosse ormai evidente lo stato di incapacità della società poi fallita di fare fronte ai propri debiti; le due operazioni di mutuo, quindi, non ebbero altro scopo che quello di ottenere garanzie ipotecarie prima inesistenti, ma senza che a ciò corrispondesse alcuna forma di erogazione».

«In effetti, dietro le operazioni in esame» - ha proseguito il decreto - «non v'è mai stata alcuna disponibilità delle somme da parte della società poi fallita, poiché la semplice scansione dei tempi, come ricostruita dal CTU, evidenzia la pressoché immediata destinazione delle somme al ripianamento dei debiti pregressi, con il non secondario vantaggio dell'avvenuta trasformazione di crediti chirografi in debiti ipotecari».

«Del tutto condivisibile quindi» - ha quindi concluso il decreto - «è stata la decisione del giudice delegato di ritenere (sul presupposto della nullità o in subordine della revocabilità) inefficaci entrambe le operazioni di mutuo», trattandosi di operazioni intese ad «alterare la *par condicio creditorum*»; «con l'ulteriore conseguenza di non potere nemmeno considerare la subordinata istanza di ammissione in chirografo, appunto perché mai v'è stata alcuna effettiva erogazione di somme in favore della società fallita».

5.- Avverso il decreto del Tribunale marchigiano insorge la Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, formulando ricorso per cassazione, articolato in tre motivi.

Resiste, con controricorso, il Fallimento.

6.- Entrambe le parti hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

7.- I motivi sono rubricati nei termini qui di seguito riportati.

Primo motivo: «violazione degli artt. 38 e 39 dlgs. 1993/385, nonché degli artt. 1813, 1814, 2033 e 2041 cod. civ.».

Secondo motivo: «violazione dell'art. 67 comma 1 n. 2 legge fall., anche in relazione all'art. 95 della stessa legge».

Terzo motivo: «violazione dell'art. 24 Cost. e dell'art. 39 cod. proc. civ.».

8.- Con il primo motivo, la Banca ricorrente viene a sviluppare più ordini di censure.

8.1.- Si afferma, in primo luogo, che la decisione del Tribunale di ritenere non ammissibile la domanda di insinuazione, «perché non vi è stata alcuna effettiva erogazione di somme in favore della società fallita», comporta la violazione degli artt. 38 e 39 TUB, «atteso che, nella nuova conformazione legislativa è ormai acquisito il principio per cui il mutuo previsto dalle norme anzidette non è qualificabile come un finanziamento di "scopo"».

8.2.- Si osserva inoltre che, se la «finalizzazione concreta del ricavo del mutuo per l'impiego della pianificazione dell'ammortamento non rispettato sostanzialmente equivale a una concreta indisponibilità», allora si «imporrebbe una diversa ricostruzione della fattispecie come negozio simulato», del che non è stata data prova («quasi come se l'istituto mutuante» - si segnala in proposito - «coprisse con danaro proprio una sua esposizione verso il debitore»). Nel caso, comunque, «resterebbero violati gli artt. 1813 e 1814 cod. civ.», la prima di queste disposizioni configurando il mutuo come un contratto reale, la

seconda «disponendo» che la somma mutuata diviene di proprietà del mutuatario».

8.3.- In ogni caso - ancora si rileva -, il Tribunale avrebbe dovuto ammettere il credito della Banca almeno in via chirografaria al rimborso delle somme erogate: questo «non potrebbe giammai essere escluso, a meno che non si pervenisse alla conclusione per cui fosse affermabile che la Banca, in sostanza, paga sé stessa, ciò che invero, razionalmente, deve escludersi». Perciò, non può non derivare «l'effetto restitutorio a favore della Banca erogatrice, almeno in moneta fallimentare, degli importi corrisposti, essendo venuto meno il titolo della attribuzione (art. 2033 cod. civ.) e dovendosi escludere, comunque, un arricchimento (art. 2041 cod. civ.) a favore della massa»

9.- Il motivo non merita di essere accolto.

In proposito, è da constatare, prima di ogni altra cosa, come il decreto del Tribunale marchigiano non faccia nessun riferimento alla normativa relativa alla materia del credito fondiario, né venga in qualche modo a presentare, o anche solo ad abbozzare, una qualificazione delle operazioni del settembre 2008 e dell'ottobre 2009 in termini di mutuo di scopo.

La prima censura svolta dal ricorrente (n. 8.1.), dunque, non viene proprio a confrontarsi, in realtà, con la *ratio decidendi* della pronuncia del Tribunale di Macerata.

Questa, invero, fa perno e si radica su un profilo strutturale interno alle due operazioni in esame: quello, appunto, per cui non vi è stata nessuna effettiva erogazione di danaro, né comunque avrebbe dovuto esservi secondo la specifica conformazione che alle operazioni medesime hanno concordemente assegnato Banca e cliente. Su questa base fondante la motivazione si sviluppa sul rilievo che

l'inserimento, in una simile struttura, di «nuove» ipoteche si collega, nel concreto, a una «cancellazione» delle somme già segnate a debito del cliente (alla mancata erogazione delle somme fa riscontro, naturalmente, la mancata sussistenza, in fattispecie, di un fatto di effettivo pagamento).

Per dedurne, poi, che le due operazioni intendono oggettivamente produrre, tra l'altro, il «non secondario vantaggio» di «trasformare crediti chirografi in crediti ipotecari» e per rilevare, inoltre, che le stesse sono senz'altro «inefficaci», dato che risultano in violazione delle norme di legge poste in funzione di protezione, se non altro, dei creditori del comune debitore (su questa problematica si sofferma, di recente, la pronuncia di Cass., 14 giugno 2019, n. 16081).

10.- Nessuna violazione delle norme degli artt. 1813 e 1814 cod. civ. può, d'altro canto, essere rimproverata al decreto impugnato.

Anche questa censura (cfr. sopra, n. 8.2.) sembra fraintendere l'approccio motivazionale del Tribunale, che non ha fatto discorsi di «finalizzazioni concrete del ricavo del mutuo», come per contro affermato dal ricorrente. In realtà, il decreto si è soffermato su di un passaggio precedente a quello dell'eventuale utilizzazione di un «ricavo»: per l'appunto constatando e accertando l'assenza di erogazione (come, peraltro, pure di messa a disposizione) di somme sul piano del fatto, in conformità del resto a quanto programmato dalle parti dell'accordo.

Ora, l'esito di questo accertamento – che non è sindacabile, di per sé, in sede di giudizio di legittimità (Cass., 21 febbraio 2018, n. 4202) – porta inevitabilmente le due operazioni, che qui sono concretamente in esame, fuori dall'orizzonte che risulta proprio (tipologico, si potrebbe anche dire) del contratto di mutuo.

La struttura contrattuale del mutuo implica, infatti, la consegna delle somme di denaro che ne costituiscono oggetto. E, per quanto possa essere realizzata anche a mezzo di forme assai rarefatte, comunque la *traditio* deve, per essere tale, realizzare il passaggio delle somme dal mutuante al mutuatario: farle muovere dal patrimonio dell'uno al patrimonio dell'altro, più precisamente. Appare chiaro, in effetti, che, senza il compimento di un simile passaggio - senza, dunque, il conseguente trasferimento della proprietà delle somme (art. 1814 cod. civ.), con la connessa, acquisita loro disponibilità ex art. 832 cod. civ. -, non potrebbe neppure ipotizzarsi, in ogni caso, la sussistenza dell'obbligo di restituzione che la parte finale della norma dell'art. 1813 cod. civ. pone in capo al mutuatario.

11.- Lungi dal realizzare spostamenti di danaro, trasferimenti patrimoniali e consegne, il «ripianamento» di un debito a mezzo di nuovo «credito», che la banca già creditrice metta in opera con il proprio cliente, sostanzia propriamente un'operazione di natura contabile (con una coppia di poste nel conto corrente - una in «dare», l'altra in «avere» - per l'appunto intesa a dare corpo ed espressione a una simile dimensione; diverso, naturalmente, è il caso in cui la posta a credito sia di montante superiore al debito del cliente in essere sul conto, per la parte del supero l'operazione ben potendo allora iscriversi nel contesto tipologico del contratto di mutuo).

Nell'accostarsi alla terza delle censure mosse nell'ambito del primo motivo (per cui il Tribunale ha errato nel non ammettere quanto meno al chirografo la pretesa per i crediti derivanti dalle operazioni di settembre 2008 e di ottobre 2009; cfr. il n. 8.3.), occorre rilevare che, tuttavia, queste due operazioni non si risolvono senza residui in operazioni di mera contabilità.

12.- Le stesse hanno infatti comportato (anche) un riposizionamento delle scadenze dei debiti pregressi: secondo quanto avviene in tutte le ipotesi (né potrebbe essere diverso), del resto, in cui si intenda rendere «contestuale» un'ipoteca, che nella realtà delle cose risulta costituita per garantire dei debiti che sono già in essere, scaduti o meno che siano (in tali ipotesi, l'accordo tra banca e cliente - se da un lato esclude la stessa eventualità di consegna e trasferimento di proprietà delle somme, giusta la compiuta posta «in dare» sul conto, che in via automatica ed immediata modifica il saldo ex art. 1852 cod. civ. -, dall'altro sposta in là nel tempo l'esigibilità del pregresso debito).

Escluso ogni tratto di erogazione di somme a credito, le due operazioni in discorso si mostrano dunque, all'evidenza, come ipotesi che vengono a concretizzare la figura del *pactum de non petendo ad tempus* (come sempre accade nelle ipotesi prese in considerazione nel n. 4 nel comma 1 dell'art. 67 legge fall. e come può facilmente accedere nelle ipotesi di cui al n. 3 della stessa norma).

13.- Ora, nel sistema vigente il patto di modifica del termine di scadenza dell'obbligazione è accordo che non comporta novazione (cfr., così, la norma dell'art. 1231 cod. civ.). Ne consegue che si tratta di patto per sé stesso inidoneo a supportare - da solo - una domanda di ammissione al passivo che abbia ad oggetto la restituzione di somme di danaro.

La domanda non potrà, dunque, che fare riferimento ai titoli che in origine hanno presieduto all'erogazione (nel concreto della fattispecie in esame, per il patto del settembre 2008 il finanziamento del 2006; per il patto dell'ottobre 2009, il debito da scoperto di conto).

Il ricorrente non ha assunto, tuttavia, di avere fondato la propria domanda di insinuazione sulla sussistenza di questi titoli.

14.- Il secondo motivo di ricorso assume che il Tribunale – stabilendo nel caso in esame la revocatoria fallimentare di pagamento anormali ex art. 67 comma 1, n. 2 legge fall. - ha errato nel ritenere la Banca a conoscenza dello stato di insolvenza della società poi fallita.

Ad avviso del ricorrente, la «difficoltà economica dell'impresa, quale espressione della sua criticità finanziaria in un certo momento storico, non deve trarre in inganno, perché il legislatore ha chiaramente posto la condizione per l'esercizio della revocatoria fallimentare nella conoscenza dello stato di insolvenza e non anche di una crisi economica del debitore».

15.- Il motivo è inammissibile.

Lo stesso, infatti, si sostanzia nella richiesta di una nuova valutazione dei fatti materiali che il Tribunale di Macerata ha posto a base della propria decisione, così istando per un giudizio per contro precluso all'esame di questa Corte.

La richiesta, per di più, appare formulata sulla scorta di considerazioni astratte e di taglio solo generico. Che muovono – è ancora da aggiungere - da una inesatta lettura del provvedimento del Tribunale, che non ha stabilito la revoca di pagamenti anormali, bensì l'inefficacia nei confronti del fallimento delle operazioni intervenute tra la Banca e la società poi fallita nel settembre 2008 e nell'ottobre 2009.

16.- Il terzo motivo di ricorso richiama la circostanza per cui - «allorché era già stata proposta la opposizione al decreto dello stato passivo» - la «curatela ha proposto in sede di cognizione ordinaria domanda di revocatoria per i pagamenti che, in forza dei contestati mutui in questa sede, sono stati eseguiti dalla Diemme direttamente o indirettamente».

Posta questa circostanza, il motivo prosegue affermando che, «stante il principio della prevenzione, la litispendenza non potrà essere dichiarata dalla Corte di Cassazione, ma di essa ci si riserva di fare eccezione nel giudizio pendente innanzi al Tribunale di Macerata, producendo gli atti della presente causa, in quanto tale adempimento occorre allo scopo di evitare una duplicazione di giudicati sul medesimo *thema decidendum*».

17.- Il motivo è inammissibile.

Lo stesso, in effetti, non risulta in alcun modo confrontarsi con il provvedimento del Tribunale di Macerata, che il ricorrente ha impugnato.

18.- In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la regola della soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte respinge il ricorso. Condanna il ricorrente al pagamento delle spese inerenti al giudizio di legittimità, che liquida nella somma di € 7.800,00 (di cui € 200,00 per esborsi), oltre spese forfettarie nella misura del 15% ed accessori di legge.

Dà atto, ai sensi dell'art. 13 comma 1 *quater* d.p.r. n. 115/2002, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, secondo quanto stabilito dalla norma del comma 1 *bis* dell'art. 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione civile, addì 5 giugno 2019.