



11955.18

C.I.

**REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

ANTONIO DIDONE

Presidente

MASSIMO FERRO

Consigliere

ALBERTO PAZZI

Consigliere - Rel.

EDUARDO CAMPESE

Consigliere

GIUSEPPE FICHERA

Consigliere

Insinuazione al
passivo di credito
fondiario

Ud. 27/02/2018 CC

Cron. 11955

R.G.N. 1547/2013

ORDINANZA

sul ricorso n. 1547/2013 proposto da:

Banca Popolare di Ancona S.p.a., in persona del legale rappresentante
pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma,

Alberto

, giusta procura in calce al ricorso;

- *ricorrente* -

contro

Curatela del Fallimento
illimitatamente responsabili
persona dei curatori

Giuseppe S.n.c., nonché dei soci
Giuseppe e Cecilia, in

giusta procura in calce al controricorso;

- *controricorrente* -

*ord
386
2018*

avverso il provvedimento del Tribunale di Macerata, depositato il 17/12/2012;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 27/02/2018 dal consigliere Alberto Pazzi;

Rilevato che:

1. il Giudice delegato al fallimento della società Giuseppe s.n.c. e dei soci illimitatamente responsabili Giuseppe i e Cecilia ammetteva al passivo il credito chirografario vantato dalla Banca Popolare di Ancona s.p.a., rigettando invece l' insinuazione relativa al credito ipotecario perché non vi era la prova dell' effettiva consegna della somma, che era stata soltanto utilizzata per coprire lo scoperto di conto in capo alla fallita.

2. Il Tribunale di Macerata, con decreto del 17 dicembre 2014, respingeva l' opposizione proposta dalla Banca Popolare di Ancona ritenendo che lo scopo unico dell' operazione fosse stato quello di dare garanzia alle preesistenti esposizioni del pool di banche mutuanti e promuovere i relativi crediti dal rango chirografario a quello fondiario; l' unica disponibilità della somma da parte della mutuataria era stata quindi istantanea e meramente contabile, dato che l' importo mutuato era stato immediatamente riconsegnato alla capofila e la banca non aveva dimostrato che la società poi fallita avesse avuto in seguito la concreta possibilità di impiego dello stesso.

3. Ha proposto ricorso per la cassazione di tale pronuncia Banca Popolare di Ancona s.p.a., facendo valere quattro motivi di impugnazione.

Ha resistito con controricorso il fallimento della società i Giuseppe s.n.c..

Il fallimento controricorrente ha depositato memoria ai sensi dell' art. 380 *bis*.1 cod. proc. civ..

Considerato che:

4. il primo motivo denuncia la violazione e la falsa applicazione dell' art. 2697 cod. civ. poiché il Tribunale aveva ritenuto decisiva la pretesa omessa dimostrazione della disponibilità nei conti della fallita della somma mutuata, traendo da questa sola circostanza la dimostrazione della trasformazione dei crediti chirografari in crediti ipotecari, senza considerare che un simile onere probatorio incombeva sul fallimento, il quale ai sensi dell' art. 2697 cod. civ., a fronte della prova documentale del titolo della pretesa azionata, doveva suffragare le proprie eccezioni – di nullità del negozio in ragione della sua natura illecita e di revocabilità dell' operazione - fornendo la dimostrazione dell' esistenza di precedenti debiti non garantiti e della loro trasformazione, mediante il procedimento indiretto allegato, da debiti chirografari in debiti sorretti da prelazione ipotecaria.

Il secondo mezzo lamenta la violazione e la falsa applicazione dell' art. 115 cod. proc. civ., in quanto il Tribunale aveva ritenuto rilevante l' asserita mancanza di disponibilità della somma in questione nei conti della fallita quale ragione decisiva per la mancata omologazione del concordato preventivo proposto dalla mutuataria malgrado nessuna delle parti avesse mai introdotto in giudizio una simile questione.

Il terzo motivo di ricorso adduce l' omesso esame di un fatto deciso oggetto di discussione fra le parti, poiché il Tribunale non aveva considerato, come allegato dall' opponente, che la mutuataria dapprima aveva dato disposizione alla banca capofila per vincolare nel conto creditori n. 4727 a lei intestato la somma in precedenza erogata sul suo conto corrente n. 4726, quindi, una volta estinto il conto n. 4727, aveva ricevuto sul conto corrente ordinario n. 2527 a lei intestato la somma in origine erogata pari a € 4.967.500, al netto dell' imposta sostitutiva, somma che era stata successivamente prelevata per € 2.870.000.

GR

Il quarto motivo di ricorso censura l' omesso esame di un fatto deciso oggetto di discussione fra le parti, costituito dalla concreta operatività della società mutuataria la cui esposizione con Banca Popolare di Ancona s.p.a., a seguito dell' erogazione del mutuo, era aumentata e non si era affatto ridotta in conseguenza di coperture compiute mediante la somma mutuata.

5. Il primo motivo di ricorso è fondato.

In vero in presenza di un contratto di mutuo di cui il mutuante fornisca prova documentale a suffragio delle proprie pretese creditorie è onere della curatela, che eccepisca in via alternativa la nullità del contratto a motivo della sua natura illecita ovvero l' esistenza di un procedimento indiretto anormalmente solutorio costituito dall' erogazione di un mutuo fondiario e dall' utilizzazione della somma accreditata a quel titolo per l' estinzione di un preesistente credito chirografario del mutuante verso il mutuatario, dare dimostrazione dei propri assunti, in quanto simili difese non si limitano a contestare la tesi attorea, ma si impernano su circostanze diverse da quelle poste a base della domanda e si risolvono quindi nell' allegazione di fatti modificativi del diritto vantato da parte attrice, il cui onere probatorio ricade, a mente dell' art. 2697, comma 2, cod. civ., sull' eccipiente.

Né è possibile invocare in senso contrario il principio di vicinanza della prova, non applicabile allorché le circostanze da provare rientrano nella piena conoscibilità ed accessibilità di entrambe le parti, come accade nel caso in cui la documentazione relativa all' evoluzione del rapporto contrattuale rientri nella disponibilità di entrambe le parti.

Il provvedimento impugnato ha fatto perciò erronea applicazione della norma sopra richiamata ritenendo che la banca dovesse dare prova della concreta disponibilità della somma mutuata da parte della società mutuataria, quando invece era la curatela di quest' ultima a dover

Aberti

suffragare le eccezioni sollevate dimostrando l'asserto su cui le stesse si fondavano, vale a dire che la somma data a mutuo era stata impiegata per intero per ripianare preesistenti esposizioni e promuovere il credito bancario al rango di privilegiato.

6. Il secondo motivo di ricorso è fondato.

L'istituto di credito ricorrente, a fronte dell'insistito riferimento all'interno del provvedimento impugnato alla correlazione fra il mutuo in parola e la procedura concordataria instaurata dalla società prima della dichiarazione di fallimento, ha lamentato che il Tribunale avesse rafforzato le proprie considerazioni in merito all'esistenza di un negozio indiretto volto a costituire una garanzia reale per debiti pregressi sostenendo, in assenza in atti di alcun accenno in tal senso e facendo ricorso alla propria scienza privata, che la mancata omologazione era stata giustificata in principalità dal fatto che la somma mutuata non era stata rinvenuta nei conti e nella disponibilità della società mutuataria.

La doglianza, inerendo la regola relativa al divieto per l'organo giudicante di fondare la propria decisione su prove non introdotte dalle parti, è riconducibile alla violazione di una norma procedurale relativa alla disponibilità delle prove e legittima questo collegio all'esame degli atti processuali, da cui risulta che nessun accenno in tal senso fu fatto da ambo le parti.

In mancanza di alcuna allegazione e dimostrazione compiuta dalle parti il Tribunale ha erroneamente posto a base della propria decisione anche conoscenze che, non configurando un fatto notorio bensì una scienza privata del giudice, non rientravano nella congerie istruttoria su cui era possibile fondare la decisione, ai sensi dell'art. 115, comma 1, cod. proc. civ. (Cass. n. 3980/2004).

OK

8. Il terzo e il quarto motivo di ricorso, da trattarsi congiuntamente stante la comune natura dell' omissione denunciata, sono parimenti fondati.

L' odierna ricorrente lamenta in primo luogo il mancato esame da parte del collegio dell' opposizione delle prove fornite dalla banca in ordine al fatto che, al verificarsi delle condizioni previste in contratto, Banca delle Marche s.p.a. aveva svincolato le somme erogate e costituite in deposito cauzionale al momento della stipula del contratto di mutuo, mettendo in seguito la somma nell' effettiva disponibilità della società finanziata, tanto che quest' ultima aveva in seguito avuto modo di prelevarne in maniera consistente.

In secondo luogo il Tribunale avrebbe omesso di constatare che la Banca Popolare di Ancona s.p.a. in realtà non aveva visto affatto diminuire l' ammontare degli affidamenti concessi a seguito dell' erogazione del

mutuo, i quali erano al contratto sottostante, il cui importo è di €

dall' altro la ben diversa natura del ricorso al credito come strumento di ristrutturazione del debito a cui sia seguita l' erogazione di nuova liquidità da parte della banca, la quale in questa eventualità sarebbe funzionale non tanto all' azzeramento della preesistente esposizione debitoria, tutelando il mutuante mediante un' ipoteca configurabile come garanzia non contestuale, ma a rimodulare, per il tramite di nuove condizioni negoziali o rinnovate tempistiche dei pagamenti, l' assetto complessivo del debito nel contesto di una nuova veste giuridico-economica degli anteriori rapporti, in quanto in questo caso il finanziamento, cui accede l' ipoteca, è destinato ad assicurare ulteriori disponibilità al debitore in conformità alle regole di corretta gestione di un rischio contestualmente assunto e, per questo, nuovo (Cass. n. 3955/2016).

Aratti

In accoglimento del ricorso presentato da Banca Popolare di Ancona s.p.a. il decreto impugnato andrà quindi cassato con rinvio al Tribunale di Macerata in diversa composizione, il quale rinoverà l' esame dell' insinuazione attenendosi ai principi sopra enunciati e avrà cura di provvedere alla liquidazione delle spese anche di questa fase di giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa il decreto impugnato e rinvia al Tribunale di Macerata in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma in data 27 febbraio 2018.

Il Presidente

[Handwritten signature]

