

Civile Ord. Sez. 1 Num. 16081 Anno 2019

Presidente: IOFRIDA GIULIA

Relatore: DOLMETTA ALDO ANGELO

Data pubblicazione: 14/06/2019

sul ricorso 17712/2014 proposto da:

Banca ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ s.p.a., anche quale incorporante la ~~XXXX~~
~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ s.p.a., in persona del legale rappresentante pro
tempore, elettivamente domiciliata in ~~XXXX, corso XXXXX n. XXXX~~
~~XXXX~~, presso lo studio dell'avvocato ~~XXXXXXXXXXXX~~, che la rappresenta e
difende unitamente all'avvocato ~~XXXXXXXXXXXX~~, giusta procura a
margine del ricorso;

-ricorrente -

nonché contro

~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, in persona del curatore dott.ssa ~~XXXXXXXXXXXX~~,
elettivamente domiciliato in ~~XXXX~~, Via ~~XXXXXXXXXXXX~~ n. ~~XX~~, presso lo
studio dell'avvocato ~~XXXXXXXXXXXX~~, rappresentato e difeso

O.l.
2337
2018

1.

dall'avvocato ~~Giuseppe...~~, giusta procura a margine del controricorso e ricorso incidentale;

-controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

Banca ~~Monte dei Paschi di Siena~~ s.p.a., anche quale incorporante la ~~Monte dei Paschi di Siena~~ ~~Monte dei Paschi di Siena~~ s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ~~Firenze, corso Vittorio Veneto n. 100~~, presso lo studio dell'avvocato ~~Giuseppe...~~, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ~~Giuseppe...~~, giusta procura a margine del ricorso principale;

-controricorrente al ricorso incidentale -

avverso il decreto del TRIBUNALE di SALERNO, depositato il 30/05/2014;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 20/12/2018 dal cons. ALDO ANGELO DOLMETTA.

FATTO E DIRITTO

1.- La s.p.a. ~~Monte dei Paschi di Siena~~ ha presentato domanda di insinuazione in via ipotecaria al passivo fallimentare della ~~Monte dei Paschi di Siena~~ per credito dipendente da mutuo, per sorte capitale, per sorte interessi, nonché per mora.

Il curatore ha proposto l'esclusione di tale credito dallo stato passivo. Ha osservato, in particolare, che «nonostante nel contratto di mutuo sia prevista la destinazione della somma a investimenti immobiliari, l'importo mutuato è servito semplicemente a coprire un precedente scoperto di conto corrente chirografario senza creare una provvista autonomamente utilizzabile e così trasformando un debito chirografario in debito privilegiato in epoca in cui erano già presenti in contabilità debiti concorsuali; prova ne è che la somma relativa al mutuo è stata accreditata sul conto corrente ... ripianando la notevole debitoria e non è stata mai addebitata in uscita sullo stesso conto». E ha rilevato la «nullità del contratto per mancanza di causa ai sensi dell'art. 1418 od. civ., con conseguente nullità delle ipoteche iscritte a garanzie ...; la nullità della causa del contratto ex art. 1344 cod. civ. per essere state

utilizzate le somme per il ripianamento di pregressa esposizione presso lo stesso istituto; la simulazione del contratto stipulato in frode alle ragioni dei creditori per avere trasformato un credito chirografario in un credito ipotecario».

Condividendo le deduzioni del curatore, il giudice delegato ha escluso il credito dal passivo del fallimento.

2.- A fronte dell'esclusione la Banca ha proposto opposizione avanti al Tribunale di Salerno.

Con decreto depositato il 30 maggio 2014, il Tribunale ha parzialmente accolto l'opposizione. Ha cioè escluso il «rango di privilegiato del credito perché l'atto di costituzione di ipoteca volontaria contenuto nel contratto di mutuo è privo di causa sapendo fin dalla sottoscrizione entrambe le parti che lo scopo dichiarato, investimento immobiliare, era simulato e che l'erogazione del mutuo avrebbe estinto debiti pregressi di natura chirografaria attribuendo alla società un finanziamento a lungo termine»; per l'effetto, ha ammesso il credito al chirografo.

L'articolata motivazione svolta dal Tribunale si snoda, sostanzialmente, lungo i passi qui in appresso riferiti.

3.1.- Risulta dimostrato - rileva dunque il decreto - che «la somma proveniente dal mutuo ipotecario è stata impiegata per ripianare l'esposizione debitoria di natura chirografaria; e che la Banca era a conoscenza della situazione economica della società.

Peraltro, pure è provato - prosegue lo stesso - che alla società «è stato da un lato attribuito uno stabile finanziamento» e, dall'altro, è stato «consentito di proseguire ad operare sul conto corrente tant'è che si chiude al momento del fallimento con un considerevole scoperto».

Ad avviso del Tribunale, tutto ciò comporta che si debba prendere in separata considerazione il «negozio accessorio costitutivo dell'ipoteca», da un canto, e, dall'altro, il «nuovo finanziamento a lungo termine».

π.

3.2.- Sotto il primo profilo, il Tribunale afferma la «nullità dell'ipoteca in applicazione dell'art. 1418 cod. civ.», rilevando che «in questo caso è provato inequivocabilmente che le parti hanno indicato uno scopo del tutto sin dall'inizio inesistente e anche illecito civilmente, perché è provato che le parti sapevano che non si trattava di un mutuo finalizzato a un investimento immobiliare, ma ad estinguere debiti pregressi di natura chirografaria».

3.3.- Sotto il secondo profilo, il Tribunale afferma che l'«ammissione in chirografo deriva dal fatto che è inequivocabilmente provato che con l'erogazione del mutuo le parti hanno per davvero voluto estinguere il debito sul conto corrente, hanno per davvero voluto contrarre un finanziamento a lungo termine e quindi non hanno simulato un mutuo non voluto, ma soltanto hanno simulato l'ipoteca. In questo caso è intervenuta una novazione perché la precedente obbligazione è stata sostituita da una nuova, assistita da una garanzia ipotecaria del tutto simulata e del tutto nulla per inesistenza e illiceità della causa».

4.- In appendice alla motivazione così condotta in punto di nullità dell'ipoteca e di validità invece della dilazione connessa con l'operazione, il Tribunale ha preso in esame l'eccezione revocatoria proposta dal curatore in sede di giudizio di opposizione.

In proposito, il decreto ha precisato in via ulteriore che «il fallimento ha provato che la Banca era a conoscenza della frode che andava a realizzare nei confronti degli altri creditori in ordine alla costituzione dell'ipoteca, trasformando un credito chirografario in un credito ipotecario». E ha altresì riscontrato che - essendo già sussistente «al momento della costituzione dell'ipoteca ... il debito di conto corrente ed essendo stato lo stesso trasformato in debito a lungo termine», non ancora estinto al momento della dichiarazione di fallimento - era da valorizzare «la frode ai creditori ... solo per l'ipoteca e la consapevolezza di ciò in capo all'Istituto di credito e al debitore».

«Per contro, non essendovi stata una vera e propria erogazione di nuova finanza, ma solo una trasformazione di uno scoperto di conto corrente in un

debito a lungo termine, non sussistono gli estremi della frode ai creditori, in particolare del danno, per revocare l'intera operazione economica».

5.- Avverso questa pronuncia è insorta la Banca, che ha proposto ricorso articolato in quattro motivi di cassazione.

Ha resistito il fallimento della ~~SAVIA~~, con controricorso. Nello stesso atto, il fallimento ha altresì svolto ricorso incidentale condizionato, per due motivi, e ricorso incidentale non condizionato, composto di quattro motivi.

La Banca ha poi depositato un apposito controricorso avverso il ricorso incidentale.

Entrambe le parti hanno altresì depositato memorie.

6.- I motivi di ricorso sviluppati dal ricorrente denunziano i vizi che qui di seguito vengono sintetizzati.

Il primo motivo assume violazione degli artt. 1418 e 1344 cod. civ. «anche in relazione agli artt. 1322 e 1343 cod. civ., nonché agli artt. 2809 - 2810 e al principio di accessorietà dell'ipoteca». Nella sostanza, il ricorrente giudica errata la pronuncia del Tribunale «nella misura in cui, pur ritenendo valido ed efficace il contratto di mutuo, esclude la garanzia ipotecaria ... sul presupposto di un'asserita nullità»; «l'ipoteca ha carattere di accessorietà rispetto al credito che intende garantire»: perciò, «non avrebbe potuto essere dichiarata la nullità della sola ipoteca e comunque certamente non per inesistenza e illiceità della causa»; al più, una simile ipoteca potrebbe essere revocabile (per quanto non nel caso di specie, precisa anche il ricorrente).

Il secondo motivo lamenta violazione dell'art. 1362 cod. civ. Ad avviso del ricorrente, la «ricostruzione operata dal Tribunale di Salerno del termine "investimenti immobiliari" è tale da determinare la violazione o falsa applicazione dell'art. 1362 cod. civ.».

Il terzo e quarto motivo di ricorso riguardano il tema dell'eccezione revocatoria. Il terzo motivo afferma la nullità del decreto per avere giudicato su un'eccezione «in realtà mai proposta dal fallimento». Il quarto motivo assume comunque violazione dell'art. 95, comma 3, legge fall. rilevando che il

Tribunale ha «posto a base della decisione un'eccezione in senso stretto ... non sollevata dalla parte».

7.- Il primo motivo di ricorso incidentale condizionato, articolato dal fallimento, assume violazione degli artt. 1418 - 1424, 1813 cod. civ. e 38 TUB. Posto che il ricavato era stato utilizzato da mutuatario, in accordo con il mutuante, allo scopo specifico e programmatico di estinguere una pregressa esposizione debitoria chirografaria della ~~Banca~~ *in bonis*, il Tribunale avrebbe dovuto dichiarare la nullità dell'intera operazione, non già della sola ipoteca.

Il secondo motivo di ricorso incidentale condizionato predica nullità del decreto e vizio di motivazione. Nel riprendere la sostanza del primo motivo, questo rileva in particolare una ragione di perplessità del provvedimento del Tribunale, posto che questo ha affermato che - per sé - il mutuo destinato non alla consegna delle somme al mutuatario, bensì allo specifico fine di estinguere pregresse esposizioni, è nullo, ma poi ha, nel concreto, dichiarato nulla la sola ipoteca.

8.- Il primo motivo di ricorso incidentale non condizionato, proposto dal fallimento, assume violazione degli artt. 1418, 1813, 2033 cod. civ. e 38 TUB. Il motivo ribadisce propriamente quanto manifestato in sede di primo motivo di ricorso incidentale condizionato, aggiungendo inoltre che il Tribunale ha illegittimamente ammesso il credito della Banca al passivo in via chirografaria, in quanto, essendo nulla l'intera operazione (non solo l'ipoteca), la Banca stessa avrebbe dovuto, per ottenere tale risultato, domanda di ripetizione dell'indebitato per il capitale a suo tempo versato (a titolo di scoperto).

Il secondo e terzo motivo assumono violazione dell'art. 99 legge fall., come pure nullità del decreto e del procedimento. «La domanda di ripetizione dell'indebitato» - assume il secondo motivo - «integra domanda nuova». «Il Tribunale ha erroneamente accolto una domanda di adempimento contrattuale, relativa all'ammissione in chirografo» - incalza il terzo motivo - «inammissibile perché formulata solo in sede di opposizione allo stato passivo».

7

Il quarto motivo lamenta violazione degli artt. 1418 e 1813 cod. civ. Il Tribunale ha affermato che, nella specie, è intervenuta una novazione del debito»: l'ammissione in via chirografaria - sostiene il motivo - è «incompatibile con lo schema logico della novazione».

9.- Il primo motivo del ricorso principale, il primo motivo del ricorso incidentale condizionato e il primo motivo del ricorso incidentale non condizionato (naturalmente, di là dal suo riferimento finale al tema della ripetizione di indebito) risultano sostanzialmente simmetrici. Tutti questi motivi censurano, infatti, la soluzione accolta dal Tribunale di Salerno perché intesa a ritenere in parte valida (là dove differisce nel tempo l'esigibilità delle somme da scoperto di conto e/o da mutuo) e in parte nulla (per il meccanismo di portare a contestuale un'ipoteca in realtà relativa a un credito già sorto) la complessiva operazione posta in essere dalla Banca con la società di poi fallita.

Convergenndo nel ritenere non corretta una soluzione così segmentata, i contrapposti motivi formulati dalle parti divergono poi sulla direzione da assegnare alla valutazione comunque unitaria dell'operazione; compiutamente nulla, per il ricorrente incidentale; secondo il ricorrente principale, per contro, affatto valida. L'ipoteca in quanto tale - aggiunge quest'ultimo (nel precisare, peraltro, il carattere solo astratto di questo rilievo, in ragione del terzo e del quarto motivo che ha provveduto a redigere) - potrà, casomai, essere revocabile.

10.- Il Collegio osserva che la tematica così sollevata - quale appunto relativa alla sorte da riservare a un'operazione connotata a un tempo dal meccanismo di portare a contestuale un'ipoteca relativa a un debito pregresso e dal riposizionamento della scadenza di detto debito - riveste una rilevanza affatto particolare. Con la conseguenza che si manifesta senz'altro opportuna la trattazione in pubblica udienza della medesima, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 375 cod. proc. civ.

Per segnalare, pur se in termini sintetici, la rilevanza della questione sollevata dalla fattispecie concreta occorre richiamare, in primo luogo, taluni enunciati che sono stati formulati dalla sentenza delle Sezioni Unite di questa Corte 25

ottobre 1993 n. 10603. Ha rilevato questa pronuncia che «l'illiceità cui fa riferimento l'art. 1345 cod. civ. è quella stessa delineata dagli artt. 1343 e 1344 cod. civ. ai fini dell'illiceità della causa, per cui il «motivo è illecito, e - se comune alle parti e decisivo per la stipulazione - determina la nullità del contratto, quando consiste in una finalità vietata dall'ordinamento, perché contraria a norma imperativa o ai principi di ordine pubblico o del buon costume, ovvero perché diretta a eludere (mediante la stipulazione di un contratto (di per sé lecito), una norma imperativa»; «l'intento delle parti di recare pregiudizio ad altri, quindi, ove non sia riconducibile a una di dette fattispecie, non è illecito, non rinvenendosi nell'ordinamento una norma che sancisca - come per il contratto in frode alla legge - l'invalidità del contratto in frode ai terzi ai quali l'ordinamento appresta, invece, altri rimedi a tutela dei loro diritti»: non dà, in specie, «luogo a nullità del contratto l'intento di frodare i creditori (il cui diritto è altrimenti tutelato, come, ad es., con le azioni revocatorie)».

Si deve poi altresì richiamare, in proposito, la successiva pronuncia di Cass. 26 settembre 2016, n. 19196, secondo cui la «disposizione dell'art. 216 comma 3 legge fall. non dà luogo alla nullità del contratto, ma costituisce il presupposto degli atti lesivi della *par condicio creditorum*. L'art. 1418 comma 1 cod. civ., con l'inciso "salvo che la legge disponga diversamente" impone infatti all'interprete di accertare se il legislatore, anche nel caso di inosservanza del precetto, abbia consentito la validità del negozio predisponendo un meccanismo idoneo a realizzare gli effetti voluti dalla norma».

Rispetto al quadro di riferimento fornito dalla giurisprudenza di questa Corte, la fattispecie concretamente in discorso risulta proporre due ordini di peculiarità, che potrebbero manifestarsi non privi di significato.

L'alterazione dei rapporti stabiliti dalla legge con gli altri creditori chirografari - che segue alla «contestualizzazione» dell'ipoteca per un debito pregresso - nell'operazione in discorso è realizzata per il tramite del riposizionamento delle scadenze del medesimo, per il mezzo cioè della concessione di un nuovo differimento dell'esigibilità della relativa prestazione. Si pone dunque il quesito

l.

se questo profilo dell'operazione risulti in sé stesso assorbito dal meccanismo rimediabile dell'azione revocatoria (così come viene in sostanza a ritenere il provvedimento impugnato) o se non debba invece indagarsi, tenuto conto anche delle specifiche pattuizioni poste a servizio del riposizionamento, se nei fatti si tratti di un tentativo di recupero dell'impresa in crisi, che si manifesti plausibile, o per contro si risolva in artificiale mantenimento in vita di un'impresa ormai decotta o comunque sprovvista della possibilità di onorare il debito contratto (cfr. gli artt. 217, n. 4 e 218 legge fall.).

L'apprestamento di una simile operazione, d'altro canto, reca pure con sé – perché intesa a evitare che un'ipoteca introdotta a garanzia di un debito pregresso venga fatta oggetto di revoca – l'indicazione di un ulteriore atteggiamento della Banca, come inteso a spostare in là nel tempo il *dies* di decorrenza della revocatoria delle ipoteche contestuali. Con la conseguente proposizione di un ulteriore interrogativo circa il nesso tra la detta indicazione e il corpo dell'operazione: se cioè trattasi di un profilo facente sostanzialmente parte della struttura e della funzione della medesima o, per contro, di una semplice sua ricaduta accidentale, quando non propriamente occasionale.

P.Q.M.

La Corte dispone la rimessione dei ricorsi alla pubblica udienza della Prima Sezione civile.

Così stabilito in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione civile, addì 20 dicembre 2018.