



15851 17

REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

C J

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

NAPPI ANIELLO

Presidente

Opposizione allo stato passivo fallim.
Revocatoria incidentale
Di procedimento negoziale indiretto - Elusivo della par condicio creditorum.

DI VIRGILIO ROSA MARIA

Consigliere

GENOVESE FRANCESCO A.

Consigliere - Rel.

Ud. 19/04/2017 CC

ACIERNO MARIA

Consigliere

B

DOLMETTA ALDO ANGELO

Consigliere

Cron. 16851
R.G.N. 15684/2011

ORDINANZA

sul ricorso 15684/2011 proposto da:

MPS Gestione Crediti Banca S.p.a. (c.f. 92034880523), non in proprio ma in nome e per conto della Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. (cessionaria del credito ed incorporante della Banca Toscana S.p.a.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Flaminio n.76, presso l'avvocato Maccallini Carlo, che la rappresenta e difende, giusta procura in cale al ricorso;

-ricorrente -

contro

Fallimento Pulimars Multiservizi S.r.l. (c.f. 00291490662), in persona del curatore dott.ssa Mastroddi Maria Dolores, elettivamente domiciliato in Roma, Via L. Mancinelli n.65 presso l'avvocato

1

excl. 234
2017

Moscati Enrico, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Giffi Alessandro, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 82/2011 della CORTE D'APPELLO di L'AQUILA, depositata il 19/01/2011;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 19/04/2017 dal cons. GENOVESE FRANCESCO ANTONIO.

FATTI DI CAUSA

1. La Corte d'appello dell'Aquila ha respinto l'appello della **MPS Gestione crediti Banca S.p.A.** (d'ora innanzi, solo *MPS*), proposto in nome e per conto della Banca Toscana S.p.A., titolare del credito, contro la Curatela del fallimento ***Pulimars Multiservizi srl*** (d'ora innanzi, solo *Pulimars*), la quale aveva chiesto – con successo, già davanti al GD del Tribunale di Avezzano – il rigetto della domanda di *MPS* di ammissione al passivo di un credito ipotecario di € 269.661,56 (relativo alla sorte capitale ed agli interessi) risultante da un contratto di mutuo fondiario, poi confermata dal Tribunale in sede di opposizione allo stato passivo, in quanto l'operazione economica (nel suo ammontare, pari a circa 250.000,00 €) era stata effettuata non già per concedere nuove risorse finanziarie dalla Banca alla società *in bonis* ma solo allo scopo di garantire, con l'ipoteca, lo scoperto del conto corrente intrattenuto dalla società (all'incirca dello stesso importo del mutuo, sicché, nel giorno dell'accredito, la somma mutuata era stata destinata alla copertura del saldo passivo già esistente, al punto che – a somme versate – era risultato un attivo per il mutuatario di appena 40,14 €).

1.1. La Corte territoriale, pertanto, per quello che ancora interessa in questa sede, ha concluso per l'esistenza di un pagamento anormale, ai sensi dell'art. 67, n. 2, LF, finalizzato ad estinguere l'obbligazione



anteriore, senza la creazione di una effettiva e nuova disponibilità economica, rispetto al quale *MPS* non aveva provato l'*inscientia decoctionis*, se non altro considerato che, dai tabulati della centrale rischi della Banca d'Italia, emergeva che la società debitrice era già stata segnalata per «sofferenze bancarie» dalla Banca Popolare dell'Adriatico di Avezzano.

1.2. Più in particolare, lo strumento utilizzato dalle parti (la concessione di credito fondiario, ai sensi dell'art. 38 D. Lgs. n. 385 del 1993), integrerebbe gli estremi del «negozio indiretto in frode ai creditori», in quanto posto in essere solo per eludere il principio della *par condicio creditorum*; sicché, derivandone la nullità del contratto di mutuo, verrebbe meno - per inefficacia - anche la consequenziale iscrizione ipotecaria, posta a garanzia di una operazione illecita e la somma mutuata dovrebbe essere restituita alla massa, in moneta fallimentare, previa ammissione al passivo in via chirografaria (richiamo a Cass. n. 4069 del 2003).

2. Avverso tale decreto, ha proposto ricorso per cassazione **MPS Gestione crediti Banca S.p.A.**, con otto motivi, illustrati anche con memoria.

3. La curatela ha resistito con controricorso e memoria illustrativa.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo mezzo di impugnazione (violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ. - Omessa pronuncia sul primo motivo di appello), la ricorrente *MPS* ha censurato l'omessa pronuncia della Corte territoriale in ordine alla sua eccezione d'inammissibilità (improponibilità o improcedibilità) della domanda di simulazione, per mancanza dell'autorizzazione da parte del GD, che l'aveva concessa solo con riferimento all'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 67 LF e non anche per l'altra.



2.Con il secondo (violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ. – Omessa pronuncia sul secondo motivo di appello), la stessa ricorrente ha censurato l'omessa pronuncia della Corte territoriale in ordine alla sua eccezione d'improcedibilità della domanda, in quanto proposta non mediante giudizio autonomo ma in via riconvenzionale, nel corso della fase di ammissione del proprio credito allo stato passivo fallimentare.

3.Con il terzo (violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ. – Omessa pronuncia sul quarto motivo di appello), la ricorrente ha censurato l'omessa pronuncia della Corte territoriale in ordine alla sua eccezione di nullità della domanda di simulazione dell'intera operazione, per violazione degli artt. 163 e 164 cod. proc. civ.

4.Con il quarto (violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ. – Omessa pronuncia sul quinto motivo di appello), la ricorrente ha censurato l'omessa pronuncia della Corte territoriale in ordine alla sua eccezione di inammissibilità della domanda nuova, poiché svolta in sede di memoria ex art. 183, V co., cod. proc. civ., con la quale avrebbe ricostruito la fattispecie sotto le forme dell'istituto del negozio indiretto.

6.Con il quinto (violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ. – Omessa pronuncia sul sesto motivo di appello), la ricorrente ha censurato l'omessa pronuncia della Corte territoriale in ordine alla sua eccezione di carenza d'interesse all'azione del curatore, in quanto necessitante della verifica di ammissibilità da commisurarsi rispetto al pregiudizio astrattamente configurabile per la massa, in dipendenza dell'effettuato atto solutorio.



6. Con il sesto (violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ. – Omessa pronuncia sul settimo e ottavo motivo di appello), la ricorrente ha censurato l'omessa pronuncia della Corte territoriale in ordine alle sue eccezioni di preclusione della revocabilità della garanzia ipotecaria per ammissione del credito di cui al mutuo al passivo del fallimento e di irrevocabilità della garanzia ipotecaria ai sensi degli artt. 38 D. Lgs. n. 385 del 1993 e 67 LF.

7. Con il settimo (violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ. – Omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione relativa ad un punto decisivo della controversia ovvero sulla erronea valutazione di un debito «scaduto»), la ricorrente ha censurato l'omesso esame, ovvero il travisamento dei fatti e dei documenti decisivi da parte della Corte territoriale, laddove ha ritenuto che l'operazione di finanziamento avesse natura solutoria e cioè finalizzata all'estinzione di un debito scaduto ed esigibile, perciò di un pagamento anormale, ex art. 67 n. 2 LF.

7.1. L'errore del giudice sarebbe costituito dall'affermazione che il debito era scaduto, mentre non lo sarebbe stato affatto, e che il conto era scoperto (mentre, invece, esso sarebbe stato regolarmente affidato per una cifra superiore a quella utilizzata).

8. Con l'ottavo (Omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione relativa ad un punto decisivo della controversia ovvero sulla erronea valutazione delle risultanze dei tabulati della Centrale rischi della Banca d'Italia, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ.), la ricorrente ha censurato la pronuncia della Corte territoriale in ordine all'elemento soggettivo della fattispecie revocatoria poiché la sottoscrizione del mutuo sarebbe avvenuta il 4 dicembre 2002 e la



segnalazione delle sofferenze alcuni mesi dopo, precisamente il 28 febbraio 2003.

*

9. Il ricorso è infondato e, pertanto, integralmente da respingere, per le ragioni che si vanno ad esporre.

*

10. Solo per comodità espositiva, può convenirsi con la curatela controricorrente, in ordine alla centralità dell'esame del quarto mezzo di cassazione, ossia della doglianza relativa alla presunta novità della domanda -proposta dal fallimento ed accolta dai giudici della fase di merito – perché essa avrebbe tardivamente illustrato l'esistenza di un negozio indiretto e in frode alla legge perché posto in essere, particolarmente, per violare il principio della *par condicio creditorum*.

10.1. Devesi, infatti, convenire con l'anzidetta difesa sulla possibilità di dare una qualificazione d'ufficio alle domande giudiziali proposte dalle parti, una volta che, beninteso, le stesse abbiano offerto tutti gli elementi in fatto per giungere a quella conclusione.

10.2. Nel caso che ci occupa si assume l'inammissibilità della modificazione di una domanda giudiziale che, introdotta come diretta all'accertamento di una «novazione oggettiva ovvero simulazione relativa, con inefficacia del relativo negozio e condanna alla restituzione dei versamenti effettuati », nella memoria ex art. 183, n. 5, cod. proc. civ., attraverso la diversa qualificazione dell'operazione nei termini del negozio indiretto, si era convertita nella richiesta restitutoria del netto ricavo del mutuo ipotecario (perciò di ammontare diverso rispetto i versamenti effettuati).

10.3. Tale eccezione non ha pregio, ove si osservi che le Sezioni unite di questa Corte (nella Sentenza n. 12310 del 2015), venendo incontro al sostanza delle richieste della parte che ha ragione (e a non penalizzarla, per ragioni formali, seguendo i principi del giusto

6



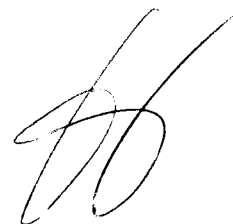
processo positivamente posti anche oltre la loro risalente fondazione da parte di una illustre e storica dottrina) hanno chiarito che «la modificazione della domanda ammessa ex art. 183 cod. proc. civ. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa ("petitum" e "causa petendi"), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali.».

10.4. Nel caso di specie, la modifica del *petitum*, anche sulla base della diversa qualificazione giuridica del fatto compiutamente rappresentato e senza mutamenti nella rappresentazione dello stesso, va considerato senz'altro ammissibile e dunque, correlativamente infondata la censura della ricorrente.

10.5. E ciò a prescindere dall'avvenuto esercizio dei poteri ufficiosi da parte del giudice in ordine ai fatti rappresentati e, quindi, del fatto che, come questa Corte (Sez. 1, Sentenza n. 7198 del 1999) ha già chiarito, «non viola il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato il giudice che, senza modificare i fatti posti a fondamento della domanda, proceda alla qualificazione giuridica della stessa pervenendo ad una qualificazione diversa da quella prospettata dalla parte», cosicché, in particolare, ad esempio «non ricorre violazione di quel principio allorquando il giudice, proposta dalla curatela del fallimento domanda di annullamento di un contratto concluso dal fallito, dichiara inefficace nei confronti della massa il contratto medesimo basandosi su elementi desumibili dalla citazione quali la data dell'atto e del fallimento, la "scientia decotionis", l'espresso riferimento alla "revocatoria" dell'atto».

*

7



11. Una volta considerata valida la prospettazione della curatela controricorrente, prima ancora di esaminare il cuore della controversia (ossia dei profili sostanziali della operazione economica, qualificata dal giudice come negozio indiretto posto in essere in frode alla legge), dev'essere esaminata la curatela incentrata su profili processuali o su richieste di riesame dei fatti, che in questa sede non possono trovare ingresso.

12. Quanto alla natura solutoria del pagamento, eseguito con la valuta tratta dalla provvista ottenuta con l'erogazione del mutuo ipotecario, che la ricorrente contesta con il settimo mezzo di cassazione, ad esempio, sono fondate le eccezioni sollevate dalla Curatela: a) quella di avvenuta formazione del giudicato, in rapporto all'affermazione contenuta nella sentenza del Tribunale (p. 7: «il conto corrente bancario n. 26931.48 non risulta che sia stato "affidato" mediante apertura di credito. La Banca non ha prodotto alcuno scritto a dimostrazione di tale affermazione»), non specificamente impugnata dalla odierna ricorrente; b) quella di irrilevanza della circostanza dell'avvenuto affidamento da parte della correntista, in ragione dell'esistenza (a norma dell'art. 2 del contratto di anticipazione) del potere insindacabile di chiedere il rimborso delle anticipazioni concesse alla propria cliente.

13. Così con riferimento alla censura relativa all'elemento soggettivo della fattispecie (posta con l'ottavo motivo dell'odierno ricorso): la motivazione dei giudici di merito è imperniata sul momento dell'erogazione del mutuo, che è posteriore di un mese alla segnalazione della debitrice alla centrale rischi e, tale valutazione, come rettamente osservata dalla curatela, costituendo un libero apprezzamento dei fatti, non è suscettibile di riesame in questa sede (con la conseguente inammissibilità della censura).



14. E con riferimento alla doglianza portata dal quinto motivo (vale a dire, l'eccezione di carenza d'interesse all'azione proposta dal curatore), la stessa è infondata alla luce del seguente precedente (enunciato da Cass. Sez. 1, Sentenza n. 9479 del 2000): « il principio secondo cui l'azione è ammissibile solo qualora il curatore provi che, nonostante la garanzia, sussiste il pregiudizio per la massa - in quanto il credito soddisfatto non troverebbe comunque capienza totale o parziale per la concorrenza di crediti privilegiati "potiori" - non è applicabile allorquando il pagamento da revocare e che ha comportato l'estinzione dell'ipoteca è frutto di una più complessa operazione voluta dallo stesso creditore a suo vantaggio e nella quale il pagamento costituisce solo l'ultimo necessario atto non valutabile autonomamente (nella specie, una banca, titolare nei confronti del fallito di un credito per mutuo fondiario garantito da ipoteca non più revocabile, aveva erogato un mutuo all'acquirente dell'immobile ipotecato trattenendo dal medesimo l'importo del proprio credito o comunque riscuotendo dall'acquirente per delega; la S.C., in applicazione dell'esposto principio, ha confermato la decisione di merito di revoca del pagamento).».

14.1. Del resto, l'interesse della curatela a perseguire il risultato utile alla massa dei creditori è integrato dall'affermazione della nullità dell'operazione economica nel suo complesso che non può che comportare la nullità degli atti posti in essere per il suo perseguimento, con la conseguente caducazione della stessa iscrizione ipotecaria: «l'inopponibilità al fallimento del mutuo fondiario per nullità, simulazione ovvero revoca esclude il cosiddetto beneficio del consolidamento, previsto dall'art.39 comma 4, d.lgs. n.385 del 1993; ne consegue che, laddove la fattispecie sia ricostruita come procedimento indiretto anormalmente solutorio (costituito dal mutuo e dall'utilizzazione della somma accreditata a quel titolo ad estinzione

9



di preesistente credito del mutuante verso il mutuatario) e quindi il contratto di mutuo venga revocato, anche l'ipoteca perde la qualificazione, che deriva dal contratto, di ipoteca iscritta a garanzia del mutuo fondiario» (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 20622 del 2007).

15. In tal modo si entra anche nell'esame della sesta censura, riguardante i profili sostanziali dell'attività compiuta, che è complessivamente infondata alla luce della nullità dell'intera operazione indiretta, affermata dai giudici di merito, in coerenza con i principi di diritto già elaborati da questa Corte:

a) in tema di revocatoria fallimentare, l'erogazione di un mutuo fondiario ipotecario non destinato a creare un'effettiva disponibilità nel mutuatario già debitore in virtù di un rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale può astrattamente integrare le fattispecie del procedimento negoziale indiretto, della simulazione e della novazione (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4069 del 2003);

b) ai fini della revocatoria fallimentare di cui all'art. 67, primo comma, numero 3, legge fall., qualora venga stipulato un mutuo con concessione di ipoteca al solo fine di garantire, attraverso l'acquisto di titoli dati poi in pegno al mutuante, una precedente esposizione dello stesso soggetto o di terzi, è configurabile fra i due negozi - mutuo ipotecario e costituzione di pegno - un collegamento funzionale, ed è individuabile il motivo illecito perseguito, rappresentato dalla costituzione di un'ipoteca per debiti preesistenti non scaduti (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 12 del 2004);

c) in tema di revocatoria fallimentare, qualora venga stipulato un mutuo con concessione di ipoteca al solo fine di garantire, attraverso l'erogazione di somme, poi refluite in forza di precedenti accordi e prefinanziamenti, per il tramite di un terzo, nelle casse della banca mutuante, una precedente esposizione dello stesso soggetto o di terzi, è configurabile fra i negozi posti in essere - prefinanziamento,

mutuo ipotecario e pagamenti infragruppo - un collegamento funzionale, ed è individuabile il motivo illecito perseguito, rappresentato dalla costituzione di un'ipoteca per debiti chirografari preesistenti; tale garanzia è, pertanto, revocabile, in quanto concessa per nuovo credito, la cui erogazione è finalizzata all'estinzione di credito precedente chirografario (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 17650 del 2012).

15.1. Da ultimo, questa giurisprudenza, a cui la Corte - in questa sede - dà piena ed incondizionata applicazione, è stata ribadita da Cass. Sez. 1, Sentenza n. 3955 del 2016, con la quale è stato enunciato il seguente principio di diritto, pienamente applicabile al caso in esame: « è revocabile, ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2, l.fall., ed, in ogni caso, ex art. 67, comma 2, l.fall., la rimessa conseguente alla concessione di un mutuo garantito da ipoteca destinata a ripianare uno scoperto di conto, laddove il mutuo ipotecario ed il successivo impiego della somma siano inquadrabili nel contesto di un'operazione unitaria il cui fine ultimo è quello di azzerare la preesistente obbligazione. La garanzia ipotecaria non è espressione di autotutela preventiva, in quanto costituita per debito preesistente, in tutti i casi in cui il mutuatario non abbia ad acquisire contestualmente nuova disponibilità finanziaria, essendo, in tal caso, la garanzia associata ad un rischio di credito già in atto.».

15.2. Di conseguenza, cadendo - per la nullità frodatoria - l'intera operazione economica rivestita nelle forme negoziali menzionate (il mutuo ed il pagamento dello scoperto di conto non assistito da garanzia specifica), le censure sostanziali oggetto di specifica affermazione con il sesto mezzo di cassazione (ma, del pari, qui e la con tutti i mezzi di ricorso) vanno respinte perché infondate, con la riaffermazione del menzionato principio di diritto.

17



16. Gli ulteriori tre mezzi di ricorso (i primi tre in ordine numerico, ancora non esaminati), si rivelano, anche alla luce del complessivo ragionamento svolto, come infondati:

a) quello relativo all'autorizzazione da parte del GD, in quanto l'affermazione dell'esistenza dell'autorizzazione, resa dal Tribunale con riferimento all'azione revocatoria di base (a p. 11 e 12), e ribadita dalla Corte territoriale (a p. 7), che ha altresì ritenuto infondata la domanda di simulazione (onde l'irrilevanza della eventuale mancata autorizzazione della stessa), da un lato rende superfluo l'esame dello specifico contenuto dell'autorizzazione (una volta che l'azione di simulazione dell'intera operazione economica, autorizzata dal giudice, sia stata accolta, senza che occorra indulgere sul percorso giudiziale che ha portato a quell'esito), e dall'altro non è neppure stata censurata dalla ricorrente in fase di appello, sicché in ordine ad essa, può dirsi altresì formato un giudicato interno;

b) inammissibili sono il secondo ed il terzo motivo di ricorso, avendo il giudice di merito accolto la domanda sotto le forme dell'operazione economica indiretta posta in frode alla legge, senza che essa possa essere scalfita dai due mezzi in esame, in quanto quello (il terzo) relativo alla eccezione relativa alla domanda di simulazione della curatela appare ininfluenza rispetto alla qualificazione giudiziale concretamente prevalsa, tra le plurime avanzate, e quello (il secondo) riguardante la omessa pronuncia sull'eccezione di improcedibilità avanzata dall'odierna ricorrente in appello e concernente la proposizione in via incidentale della domanda della curatela, anziché in via autonoma; motivo palesemente infondato alla luce del diritto vivente (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 26504 del 2013) e per il quale resta ininfluenza la mancata esplicitazione della motivazione (evidentemente reiettiva, per implicito) posta a base del *dictum* giudiziale in appello.



17. In conclusione, il ricorso – complessivamente infondato - va respinto, e le spese del grado, liquidate come in dispositivo, poste a carico della società opponente, ~~in uno~~^{ma} con il riconoscimento dell'esistenza dei presupposti per il raddoppio del contributo unificato.

P.Q.M.

Respinge il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio che liquida in complessivi € 10.200,00, di cui € 200,00 per esborsi, oltre alle spese generali forfettarie, nella misura del 15%, ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, dichiara che ~~non~~^{NON} sussistono i presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della 1ª sezione civile della Corte di cassazione, il 19 aprile 2017, dai magistrati sopra indicati.

Il Presidente
Aniello Nappi

