

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE**

Composta dagli **Ill.mi Sigg.ri Magistrati:**

ANIELLO NAPPI – Presidente
ROSA MARIA DI VIRGILIO – Rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso *omissis*-2014 proposto da:

BANCA, nella qualità di successore della BANCA S.P.A

-ricorrente-

FALLIMENTO SOCIETÀ

-intimato-

Nonché da:

FALLIMENTO

-controricorrente e ricorrente incidentale-

Contro

BANCA, nella qualità di successore della BANCA S.P.A

- controricorrente al ricorso incidentale -

avverso il decreto del TRIBUNALE di ROVIGO, depositato il 01/03/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 15/01/2016 dal Consigliere Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato *omissis* che ha chiesto l'accoglimento e rigetto del ricorso incidentale;

udito, per il controricorrente e ricorrente incidentale, l'Avvocato *omissis* che si riporta al controricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. IMMACOLATA ZENO che ha concluso per l'accoglimento per quanto di ragione del ricorso principale e rigetta il ricorso incidentale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Sentenza, Cassazione Civile, sez. prima, Pres. Nappi - Rel. Di Virgilio, 7 marzo 2016, n. 4471

BANCA S.P.A., in proprio e quale rappresentante delle altre banche che avevano concesso in pool un finanziamento fondiario, proponeva opposizione all'esclusione dallo stato passivo del Fallimento della SOCIETÀ S.A.S. del credito di euro 6.008.295,94, di cui euro 1.9567,77 in via privilegiata ex artt. 2770 e 2777 c.c., ed euro 5.988.728,17 in prelazione ipotecaria ai sensi degli artt. 54 e 111 quater 1.f. e dell'art.2855,2° comma c.c.

Il G.D. aveva negato l'ammissione, ritenendo la mancanza di prova dell'avvenuto concreto trasferimento delle somme oggetto di mutuo nella disponibilità della fallita, stante l'inopponibilità al Fallimento della quietanza rilasciata dal legale rappresentante della società nell'atto notarile del 23/1/2001, al n. Rep. *omissis* del notaio *omissis*.

Il Curatore contestava la fondatezza dell'opposizione ed in ogni caso eccepiva la nullità del contratto di mutuo fondiario, per violazione dell'art. 117, 8° comma TUB contestando la natura fondiaria del finanziamento.

Il **Tribunale di Rovigo**, con decreto del **24/2-1/3/2012**, ha rigettato l'opposizione e condannato Banca alle spese.

Nello specifico e per quanto ancora rileva, il Tribunale ha escluso la valenza nei confronti del Fallimento della quietanza in oggetto quale confessione o comunque prova legale dell'avvenuta corresponsione della somma dedotta nel mutuo, da considerarsi prova liberamente valutabile dal giudice; ha ritenuto che un finanziamento di tale importo effettuato da banche non poteva fondarsi su una mera dichiarazione resa dall'asserito mutuatario, ma **essere documentato con atti aventi data certa ed allo scopo sarebbero stati utilmente valutabili la produzione degli estratti autentici e dei certificati di contabilità delle banche**, ai quali non poteva ritenersi equipollente il doc. 1, trattandosi di una mera nota informale, assistita da sigle illeggibili e non riferibili ad alcuna persona fisica determinata; né alcun effetto poteva riconoscersi al fax all. sub F, con l'indicazione di provenienza dalla SOCIETÀ S.A.S., quindi da un diverso soggetto, né all'ulteriore documentazione; non poteva pertanto ritenersi indispensabile il chiesto ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c..

Ricorre sulla base di otto motivi la Banca, successore di Banca S.p.A., per atto di fusione in data 17/10/2011, n. rep. *omissis* notaio *omissis*.

Si difende il FALLIMENTO con controricorso ed avanza ricorso incidentale condizionato affidato a due motivi.

La Banca ha depositato controricorso a ricorso incidentale.

Ambedue le parti hanno depositato le memorie ex art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.1.- Col PRIMO MOTIVO del ricorso principale, il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 1988, 2730, 2732, 2697 c.c. quanto alla prova dell'obbligazione restitutoria per la parte rimasta inadempita.

Sostiene che l'atto pubblico conteneva il riconoscimento del debito restitutorio e la promessa di pagamento del medesimo debito titolata, da cui l'applicazione dell'art. 1988 c.c., e quindi l'inversione dell'onere della prova a carico del dichiarante ed a favore del destinatario della dichiarazione, l'eventuale prova contraria avrebbe incontrato i limiti dell'art. 2732 c.c., e poiché contenuta in atto pubblico, avrebbe dovuto proporsi querela di falso; ma anche a non ritenere applicabili gli artt. 2700 e 2732 c.c., rimarrebbe in ogni caso l'inversione dell'onere della prova.

Sentenza, Cassazione Civile, sez. prima, Pres. Nappi – Rel. Di Virgilio, 7 marzo 2016, n. 4471

1.2.- Col SECONDO MOTIVO, strettamente correlato al primo, la Banca si duole del vizio di motivazione sul fatto controverso e decisivo dell'erogazione della somma, e sostiene che la motivazione si riferisce ad una fattispecie diversa da quella oggetto d'esame né nel caso il Curatore mai aveva proposto l'azione di simulazione.

1.3.- Col TERZO MOTIVO, denuncia l'omesso esame di un documento decisivo ai fini della prova della consegna della somma, costituito dall'atto pubblico del 26/11/2004, Rep. n. *omissis* del notaio *omissis*: circa quattro anni dopo la stipulazione del contratto di finanziamento fondiario e l'atto di ricognizione di debito e promessa di pagamento del 23/1/2001, era stato stipulato tra le Banche finanziatrici e la società l'atto pubblico in oggetto, modificativo e di riscadenamento del debito, attestante il debito restitutorio, e non valutato dal Tribunale.

1.4.- Col QUARTO, il ricorrente principale denuncia il vizio di motivazione, insufficiente o incongrua sui documenti (scambio di corrispondenza del 21-29 dicembre 2000 tra Banca S.p.A. e Società, modulo di accompagnamento del messaggio di bonifico del 29/12/00, corrispondente scrittura contabile Banca S.p.A.), attestanti le modalità di erogazione del finanziamento e la sua esecuzione.

Inoltre, i bilanci della società riportavano il debito restitutorio come debito verso terzi.

1.5.- Col QUINTO, si duole del vizio di motivazione, in relazione al diniego dell'ordine di esibizione a Banca degli estratti conto del c/c bancario n. *omissis* dei mesi di dicembre 2000 e gennaio 2001.

1.6.- Col SESTO, denuncia la violazione o falsa applicazione dell'art.13 del d.l. 625/79 sostituito dall'art.30 l. 55/1990 e modificato dall' art.2, l. 197/91.

1.7.- Col SETTIMO, si duole della violazione o falsa applicazione dell' art. 99 1.f. con riferimento alle regole del contraddittorio, per la ritenuta inammissibilità della produzione documentale in prova contraria rispetto all'eccezione del Fallimento, di nullità del contratto di finanziamento, sollevata per la prima volta in comparsa di costituzione e risposta (questione ritenuta assorbita dal Tribunale).

1.8.- Con l'OTTAVO, denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 117 d.lgs 385/93 in relazione alla pretesa nullità del contratto di finanziamento fondiario, da ritenersi quanto meno mutuo assistito da garanzia ipotecaria senza i particolari privilegi del fondiaria o affetto da nullità parziale.

2.1.- Col PRIMO MOTIVO del ricorso incidentale condizionato, il Fallimento denuncia la violazione degli artt.38 e 117 d.lgs.385/93 nonché dell'art. 1418 c.c. e ripropone l'eccezione di nullità del contratto di mutuo fondiario e delle ipoteche conseguentemente iscritte.

2.2.- Col SECONDO, denuncia il vizio di omessa motivazione sulla sproporzione tra l'oggetto del finanziamento e l' entità delle garanzie offerte, da cui la nullità del mutuo fondiario.

3.1.- I due ricorsi, principale ed incidentale, sono stati riuniti, ex art.335 c.p.c.

I motivi primo e secondo del ricorso principale sono fondati nei limiti e per le ragioni che si vanno a spiegare.

L'atto pubblico del 23/1/2001, all'art.1, così dispone: "*La parte finanziata dichiara di avere ricevuto dagli Istituti finanziatori in data 29 dicembre 2000 la somma complessiva di Lire 12.000.000.000, pari ad euro 6.197.492,79 somma della quale con il presente atto rilascia ampia e liberatoria quietanza, riconoscendo che, per effetto dell'integrale erogazione del finanziamento, non ha più*

Sentenza, Cassazione Civile, sez. prima, Pres. Nappi - Rel. Di Virgilio, 7 marzo 2016, n. 4471

nulla a pretendere dagli Istituti finanziatori in relazione al finanziamento stesso"; ed all'art.2: "La parte finanziata ed il Garante confermano tutti i patti, le clausole e le condizioni assunte con il succitato contratto di finanziamento. Più in particolare la parte finanziata si obbliga a rimborsare, entro il termine del 4 novembre 2010, il finanziamento in n.17 (diciassette) rate semestrali alle scadenze e per gli importi risultanti dal piano dei pagamenti".

Secondo il Giudice del merito, tale dichiarazione va intesa come quietanza di pagamento che, nei confronti del Fallimento, non vale come confessione o comunque prova legale dell'avvenuta corresponsione delle somme dedotte nel mutuo, ma costituisce prova liberamente apprezzabile.

La conclusione assunta dal Giudice del merito è quindi basata sull'attribuzione alle dichiarazioni sopra riportate dell'unico valore di quietanza di pagamento; tale interpretazione risponde ad una lettura palesemente riduttiva del complesso degli atti contenuti nella dichiarazione; ed infatti, la dichiarazione resa da società in persona del legale rappresentante non configura o quanto meno non si limita ad una mera quietanza, che, come dispone l'art. 1199 c.c., attesta l'estinzione di un credito e va rilasciata dal creditore a richiesta e spese del debitore, ma, per quanto interessa ai fini della materia del contendere, **si concreta in due atti, di ricognizione di debito e di promessa di pagamento "titolata", come tali attestativi dell'obbligazione restitutoria del finanziamento.**

Di tali atti v'è certezza della data, atteso che sono contenuti nell'atto pubblico, e come tali sono opponibili al Fallimento.

Non è quindi in discussione la certezza della data del documento nel quale sono contenuti i due negozi; altra cosa è la posizione del curatore rispetto ai due negozi.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, la posizione del curatore "*quando eserciti diritti già nel patrimonio del fallito, non equivale a quella di un terzo ma consiste nel subentro nella stessa posizione del fallito*" (così, tra le altre, le pronunce 3020/2008, 8914/2003), perché "*non rappresenta la massa dei creditori la quale pure si giova del risultato utile in tal modo perseguito, ma rappresenta il fallito, spossessato, nella cui posizione giuridica egli subentra*" (così la pronuncia 9685/2004). Ne consegue che, subentrando il curatore nella posizione del fallito in relazione al rapporto di cui in oggetto, **l'atto negoziale di riconoscimento di debito produce l'effetto di cui all'art.1988 c.c.**, per cui il destinatario della ricognizione di debito è legittimato a conseguire l'ammissione al passivo fallimentare del proprio credito a norma dell'art.1988 c.c., **fino a quando il curatore non vinca tale presunzione fornendo la prova contraria** (e sul principio, può richiamarsi la pronuncia 5972/1981, che ha affermato che il possesso, da parte di un istituto di credito, di assegni tratti dal fallito su altra banca legittima l'istituto medesimo a conseguire l'ammissione al passivo fallimentare di credito di importo corrispondente a quello dei titoli, in forza di presunzione di rapporto sottostante a norma dell'art. 1988 cod. civ. -negoiazione e pagamento degli assegni-, fino a quando il curatore non vinca tale presunzione fornendo la prova contraria).

Deve pertanto ritenersi fondata la prospettazione fatta valere dal ricorrente in subordine, mentre è infondata la tesi avanzata in principalità, che vorrebbe recuperare la giurisprudenza sulla quietanza, dapprima e a ragione contestata, e quindi prospettare la valenza di confessione della dichiarazione negoziale.

Sono state pertanto richiamate impropriamente dalla Corte del merito le pronunce di questa Corte relative alla quietanza ed alla azione di simulazione, mai fatta valere dal Fallimento.

3.2.- L'accoglimento dei primi due motivi del ricorso principale, nei limiti di quanto sopra rilevato, comporta l'assorbimento dei motivi dal terzo al sesto.

Sentenza, Cassazione Civile, sez. prima, Pres. Nappi - Rel. Di Virgilio, 7 marzo 2016, n. 4471

I motivi settimo ed ottavo riguardano il profilo di nullità del contratto di finanziamento fondiario fatto valere dalla Curatela, per il mancato rispetto del c.d. limite di finanziabilità, ex artt.38 e 117 del TUB, questione ritenuta assorbita dal Tribunale, stante la ritenuta mancata prova dell'effettiva erogazione del finanziamento.

Anche i due motivi del ricorso incidentale condizionato del Fallimento riguardano detto profilo di nullità del contratto. Processualmente, i motivi del ricorso principale, riguardando la questione della nullità del contratto non valutata dal Tribunale, vanno dichiarati per mancanza di statuizione suscettibile di impugnazione.

I motivi del Fallimento sono invece infondati, atteso che come rilevato nelle pronunce 26672/2013 e 22446/2015, l'art. 38 del d.lgs. 385/1993, che, a tutela del sistema bancario, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, attiene ad un elemento necessario del contratto concordato fra le parti, qual è l'oggetto negoziale, e, pertanto, non rientra nell'ambito della previsione di cui all'art. 117 del medesimo decreto, il quale attribuisce, invece, all'istituto di vigilanza un potere "confermativo" o "tipizzatorio" del contenuto del contratto, prevedendo clausole-tipo da inserire nel regolamento negoziale a tutela del contraente debole; ne deriva che il superamento del limite di finanziabilità non cagiona alcuna nullità, neppure relativa, del contratto di mutuo fondiario.

4.1.- Conclusivamente, vanno accolti nei sensi di cui in motivazione i primi due motivi del ricorso principale, assorbiti i motivi dal terzo al sesto, e dichiarati inammissibili i motivi settimo ed ottavo; va respinto il ricorso incidentale; conseguentemente, va cassata la pronuncia impugnata, con rinvio al Tribunale di Rovigo in diversa composizione, che si atterrà a quanto sopra rilevato, e provvederà anche alla statuizione sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie nei sensi di cui in motivazione i primi due motivi del ricorso principale, assorbiti i motivi dal terzo al sesto, e dichiara inammissibili i motivi settimo ed ottavo; respinge il ricorso incidentale; cassa la pronuncia impugnata in relazione ai motivi accolti, e rinvia al Tribunale di Rovigo in diversa composizione, anche per le spese del presente giudizio.
Così deciso in Roma, in data 15 gennaio 2015.

Depositato in Cancelleria il 7 marzo 2016

**IL PRESIDENTE
IL CONSIGLIERE ESTENSORE**

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*