

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DIDONE Antonio - Presidente -
Dott. BISOGNI Giacinto - rel. Consigliere -
Dott. FERRO Massimo - Consigliere -
Dott. DI MARZIO Mauro - Consigliere -
Dott. NAZZICONE Loredana - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. OMISSIS/2011 R.G. proposto da:

BANCA S.P.A.

- *ricorrente* -

nei confronti di:

FALLIMENTO S.R.L.

- *controricorrente* -

e sul ricorso incidentale proposto da:

Fallimento s.r.l.,

- *ricorrente incidentale* -

nei confronti di:

Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a.

- *resistente* -

avverso il decreto n. OMISSIS/11 del Tribunale di Napoli emesso il 21 settembre 2011 e depositato il 29 settembre 2011, RG n. OMISSIS/11;

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 6 giugno 2017 dal Consigliere Giacinto Bisogni.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Ordinanza, Corte di Cassazione, Sez. prima civile, Pres. Didone – Rel. Bisogni n. 25326 del 27 ottobre 2017

1. Banca s.p.a. ha proposto opposizione allo stato passivo del fallimento (OMISSIS) s.r.l. in seguito alla mancata ammissione dei crediti relativi a un contratto di mutuo fondiario e alla negoziazione di strumenti finanziari.

2. Il Tribunale di Napoli - sezione fallimentare ha respinto l'opposizione con decreto n. OMISSIS/2011 compensando le spese del giudizio.

3. Ha ritenuto il Tribunale quanto al credito di 927.164 Euro relativo al saldo debitore derivante dal contratto di mutuo fondiario che non era stata raggiunta la prova dell'erogazione della somma oggetto del contratto.

In particolare ha rilevato che sia il meccanismo negoziale pattuito (apertura di deposito cauzionale svincolabile sotto condizione in vista della definitiva esecuzione del contratto) sia la documentazione prodotta (atto notarile di mutuo contenente quietanza, tabulati del piano di ammortamento, bonifico alla società venditrice di immobile acquistato dalla mutuataria) non sono idonei ad attestare l'avvenuta erogazione della somma costituente l'oggetto del contratto di mutuo.

Il Tribunale ha ritenuto inammissibili e irrilevanti, ai fini della dimostrazione dell'avvenuta erogazione, sia la richiesta di ordine di esibizione che la prova testimoniale dedotta dalla banca ricorrente.

4. Quanto invece alla somma di Euro 165.000 pari al credito vantato dalla Banca per il saldo negativo del conto corrente derivante da negoziazione di strumenti finanziari (interest rate swap) il Tribunale ha ritenuto insussistente la prova della data certa antecedente il fallimento alla stregua dei criteri sanciti dall'art. 2704 c.c.

In particolare il Tribunale ha ritenuto che il timbro postale apposto sulla corrispondenza per autoprestazione non può considerarsi ex se fatto equipollente alla certezza della data.

La corrispondenza in corso particolare ha rilevato il Tribunale è stata sostituita dall'autoprestazione dei servizi postali che devono però seguire le indicazioni indicate da Poste italiane per rendere certa la data. Ciò non è avvenuto nella specie in cui il timbro postale risulta apposto solo sull'involucro destinato a contenere il documento che si pretende avere data certa - e cioè la richiesta con cui LA SOCIETÀ IN BONIS ha invitato la Banca di Roma, in qualità di garante della società fallita, a versare la somma di 180.759,91 Euro sul suo conto corrente - laddove se il timbro fosse stato apposto invece sulla scrittura si sarebbe potuto ritenere la assoluta incontestabilità della data del documento.

5. Contro la decisione del Tribunale di Napoli propone ricorso per cassazione BANCA SPA affidandosi a nove motivi di impugnazione.

6. Resiste con controricorso il fallimento della (OMISSIS) s.r.l. e propone ricorso incidentale.

7. Le parti depositano memorie difensive.

MOTIVI DELLA DECISIONE

8. Con il **PRIMO MOTIVO** di ricorso si deduce la contraddittorietà e insufficienza della motivazione per aver ritenuto che la quietanza contenuta nell'atto notarile non attesti l'avvenuta erogazione della somma da mutuare davanti al notaio nonostante il chiaro tenore della dichiarazione della parte mutuataria verbalizzata nell'atto.

9. Con il **SECONDO MOTIVO** si afferma la nullità del decreto impugnato per violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. con riferimento agli artt. 2700 e 2697 c.c. in quanto il Tribunale ha negato l'efficacia probatoria dell'atto pubblico su un fatto di cui il notaio ha attestato la verifica in sua presenza.

10. Con il **TERZO MOTIVO** di ricorso si afferma la nullità del decreto impugnato per violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. con riferimento agli artt. 2700, 2730, 2732, 2735 e 2697 c.c. nonché l'omessa e insufficiente motivazione per aver il Tribunale disatteso il disposto dell'art. 2732 c.c. secondo cui la confessione stragiudiziale non può essere revocata se non per errore di fatto o violenza.

11. Con il **QUARTO MOTIVO** di ricorso si deduce la contraddittorietà e l'insufficienza della motivazione per quello che riguarda la valutazione delle prove offerte dalla banca.

In particolare la banca rileva che era stata prodotta una serie di documenti redatti in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento che se letti correttamente e in maniera coordinata al contratto di mutuo fondiario avrebbero dovuto condurre a ritenere l'effettiva erogazione del mutuo.

12. Con il **QUINTO MOTIVO** di ricorso si deduce la nullità del decreto impugnato per violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. con riferimento agli artt. 2704, 2721, 2726 e 2697 c.c. in quanto il Tribunale ha, per un verso, reso una valutazione del tutto illogica del fatto storico costituito dal patto intervenuto FALLIMENTO e (OMISSIS) in forza del quale parte del prezzo di compravendita era stata pagata con l'impiego della somma percepita in forza del mutuo (specificamente mediante il retratto del mutuo fondiario). Per altro verso in quanto il Tribunale negando l'ammissibilità della prova per testi ha impedito illegittimamente di provare un fatto storico e cioè l'avvenuto pagamento del prezzo a mezzo del retratto del mutuo fondiario.

13. Con il **SESTO MOTIVO** di ricorso si deduce contraddittorietà e insufficienza della motivazione relativa alla ritenuta necessità di esibire gli estratti conto integrali del conto corrente di appoggio pure in assenza di alcun collegamento negoziale fra contratto di mutuo e di conto corrente.

14. Con il **SETTIMO MOTIVO** di ricorso si deduce la nullità del decreto impugnato per violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. con riferimento agli artt. 2697 c.c. e del D.Lgs. n. 385 del 1993, artt. 38 e 39 e art. 2697 c.c. La ricorrente afferma che il contratto di mutuo ben può perfezionarsi con il conseguimento della disponibilità giuridica della somma da parte del mutuatario, conseguimento che può ritenersi sussistente, come equipollente della *traditio*, nel caso in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario in modo tale da determinare l'uscita della somma dal patrimonio del mutuante e l'acquisizione della stessa da parte del patrimonio del mutuatario. Contesta la decisione del Tribunale perchè nella specie tale disponibilità doveva ritenersi concretizzata con l'accredito della somma da mutuare sul deposito cauzionale intestato alla società mutuataria. Schema negoziale questo da ritenere conforme al disposto della L. n. 88 del 1458, art. 2.

15. Con l'**OTTAVO MOTIVO** di ricorso si deduce la nullità del decreto impugnato per violazione e falsa applicazione degli artt. 115, 116 c.p.c. con riferimento agli artt. 1218, 1460 e 2697 c.c. nonché omessa, contraddittoria e insufficiente motivazione in quanto il tribunale

Ordinanza, Corte di Cassazione, Sez. prima civile, Pres. Didone – Rel. Bisogni n. 25326 del 27 ottobre 2017

ha finito per addossare al creditore anche la prova di un fatto negativo come l'inadempimento della controparte.

16. Con il **NONO MOTIVO** di ricorso si deduce la nullità del decreto impugnato per violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. con riferimento agli artt. 2704, 2698, 1218, 1460 e 2697 - 2698 c.c. nonché omessa, contraddittoria e insufficiente motivazione in relazione al credito chirografario derivante dal contratto di negoziazione di strumenti finanziari. Ciò in quanto il tribunale, andando di contrario avviso rispetto alla giurisprudenza di legittimità (Cass. civ. n. 9482/2002), non ha ritenuto idoneo a conferire certezza alla data di una scrittura privata non autenticata il timbro postale facente corpo unico con il foglio su cui era stato apposto.

17. Con l'unico motivo di ricorso incidentale il fallimento deduce violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5 in relazione all'art. 92 stesso codice rilevando l'omessa e comunque insufficiente motivazione circa la compensazione delle spese del giudizio di opposizione.

Ritenuto che:

18. I motivi dal primo all'ottavo possono essere esaminati congiuntamente perché concernono tutti la questione relativa alla effettiva erogazione della somma pattuita con il contratto di mutuo.

Il Tribunale infatti ha ritenuto che il contratto di mutuo sia stato concluso e che sia pacifica la data antecedente alla dichiarazione di fallimento ma ha rilevato la mancanza di prova in ordine alla effettiva erogazione della somma costituente l'oggetto del contratto.

La Corte ritiene che tale ricostruzione della vicenda negoziale sia in contrasto con la giurisprudenza richiamata dal decreto impugnato (Cass. civ., sez. 1, n. 7116 del 21 luglio 1998) secondo cui il momento perfezionativo del negozio di mutuo, contratto reale ad efficacia obbligatoria, coincide, di regola, con la cd. "traditio" - con la consegna, cioè, del denaro, o di altra cosa fungibile, al mutuatario che ne acquista la proprietà -, ovvero con il conseguimento della disponibilità giuridica della "res" da parte di quest'ultimo, per effetto della creazione, da parte del mutuante, di un autonomo titolo di disponibilità, tale da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio della controparte, a prescindere da ogni successiva manifestazione di volontà del mutuante. E' pertanto infondato, l'argomento centrale della motivazione del decreto impugnato secondo cui la costituzione presso la BANCA SPA di un deposito cauzionale infruttifero intestato alla mutuataria (OMISSIS), destinato ad essere svincolato all'esito dell'adempimento degli obblighi e alla realizzazione delle condizioni contrattuali, non possa considerarsi come effettiva erogazione della somma da parte della banca mutuante perché la costituzione del deposito, oltre a non essere provata, non aveva comunque realizzato quella piena disponibilità giuridica considerabile come equivalente alla traditio materiale della somma.

Il Tribunale non ha considerato che, con il contratto di mutuo, stipulato davanti al notaio OMISSIS il 29 gennaio 2007 in Torre Annunziata, le parti hanno dato atto che l'utilizzazione da parte della mutuataria della somma di 801.000 Euro avveniva "con valuta in data odierna" mentre quanto alla somma residua di 1.022.000 Euro hanno dato atto della destinazione della stessa al deposito cauzionale.

Inoltre il Tribunale, contraddittoriamente, non ha considerato rilevante la circostanza per cui nel richiedere l'ammissione al passivo la Banca ha dedotto di aver mantenuto quest'ultima

Ordinanza, Corte di Cassazione, Sez. prima civile, Pres. Didone – Rel. Bisogni n. 25326 del 27 ottobre 2017

somma vincolata nel deposito cauzionale sino allo spirare del termine finale previsto dal contratto per lo svincolo in favore della mutuataria e ha dichiarato che - a seguito dell'inadempimento degli obblighi assunti dalla mutuataria - ha imputato la somma stessa a compensazione della posizione debitoria della (OMISSIS) nei suoi confronti.

Infine non è stata tenuta in conto dal Tribunale la prova dell'effettiva erogazione della somma di 801.000 euro, al netto degli oneri fiscali, fornita da parte della Banca in via documentale con richiesta di provare ulteriormente l'effettiva utilizzazione della somma con la prova testimoniale.

In definitiva il Tribunale ha imposto alla ricorrente l'onere di provare non solo quanto già attestato dal contratto ma di provare altresì l'inesistenza di fatti ostativi alla utilizzazione, da parte della società fallita, delle somme mutate, in conseguenza della risoluzione o dalla non esecuzione del contratto di mutuo, ponendo così le condizioni per una inversione ingiustificata dell'onere della prova.

19. Il **NONO MOTIVO** è infondato.

La decisione del Tribunale di Napoli, contrariamente all'assunto della ricorrente, appare invece conforme alla giurisprudenza di questa Corte (cfr. da ultimo Cass. civ. sez. 6-1 N. 5346 del 2 marzo 2017) secondo cui, ai fini di attribuire efficacia a una scrittura privata non autenticata, nei confronti dei terzi, la data risultante dal timbro postale deve ritenersi data certa della scrittura se quest'ultima forma un corpo unico con il foglio sul quale è impresso il timbro postale.

La decisione si fonda nel caso specifico su una valutazione di merito che non è censurabile in questa sede (cfr. Cass. civ. sez. 1 n. 5561 del 19 marzo 2003 secondo cui l'apprezzamento se un fatto o un atto possa essere considerato equipollente di quei fatti tipici indicati dall'art. 2704 c.c., come idonei ad offrire certezza sull'anteriorità della formazione del documento è rimesso al giudice del merito ed è insindacabile, in sede di legittimità, se sorretto da motivazione adeguata).

20. Il ricorso va pertanto accolto nei sensi di cui in motivazione con conseguente cassazione del decreto impugnato e rinvio al Tribunale di Napoli che, in diversa composizione, deciderà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

Il ricorso incidentale deve considerarsi assorbito.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso principale nei sensi di cui in motivazione, cassa il decreto impugnato e rinvia al Tribunale di Napoli che, in diversa composizione, deciderà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 6 giugno 2017.

Depositato in Cancelleria il 27 ottobre 2017

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