



PROCURA GENERALE **della Corte di cassazione**

Sezione 1^a civile

Udienza Pubblica del 9 settembre 2020

Sostituto Procuratore Generale

Giovanni Battista Nardecchia

Causa n. 13, r.g. n. 17712/2014

Rel., Cons. Dolmetta

M. spa (di seguito: M.) presentava domanda di insinuazione al passivo del fallimento della V. srl per un credito dipendente da mutuo per sorte capitale ed interessi.

Il curatore eccepiva l'esclusione del credito perché l'importo mutuato era stato destinato alla copertura di un precedente scoperto di conto corrente chirografario senza creare una provvista autonomamente utilizzabile trasformando un debito chirografario in debito privilegiato; rilevava la nullità del mutuo ex art. 1344 cc e la simulazione del contratto stipulato in frode ai creditori, eccepiva altresì la nullità del mutuo trattandosi di mutuo di scopo con mancato perseguimento delle finalità convenute.

Il gd non ammetteva il credito nel passivo del fallimento.

M. proponeva opposizione ed il tribunale accoglieva parzialmente l'opposizione ammettendo il credito in via chirografaria escludendo il rango privilegiato.

Il Tribunale giungeva a tale decisione con la seguente motivazione: risulta provato che la somma mutuata è stata impiegata per ripianare l'esposizione debitoria di natura chirografaria e la Banca era a conoscenza della situazione economica della società; che alla società è stato attribuito uno stabile finanziamento consentendo alla stessa di proseguire ad operare sul conto corrente che si è chiuso al momento del fallimento con un notevole scoperto; che si doveva considerare separatamente il negozio accessorio costitutivo dell'ipoteca da una parte e il nuovo finanziamento a lungo termine dall'altra.

Con la conseguenza che da una parte il Tribunale ha affermato la nullità dell'ipoteca ex art. 1418 cc dall'altra il credito è stato ammesso in via chirografaria perché con l'erogazione del mutuo le parti hanno 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 l'ipoteca.

La Banca ha proposto ricorso e la curatela resisteva con controricorso.

Il primo motivo assume violazione degli artt. 1418 e 1344 c.c. “anche in relazione agli artt. 1322 e 1343 c.c., nonché agli artt. 2809-2810 e al principio di accessorieta' 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 accessorieta' 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 primo motivo di ricorso incidentale condizionato, articolato dal fallimento, assume violazione degli artt. 1418-1424, 1813 c.c. e art. 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 s.r.l. in bonis, il Tribunale avrebbe dovuto dichiarare la nullità dell'intera operazione, non già della sola ipoteca.

Il primo motivo di ricorso incidentale non condizionato, proposto dal fallimento, assume violazione degli artt. 1418,1813,2033 c.c. e art. 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'indebito per il capitale a suo tempo versato (a titolo di scoperto).

Il Collegio con ordinanza interlocutoria n. 16081/2019 del 14/6/2019 ha ritenuto che la tematica sollevata rivestisse “*una rilevanza affatto particolare*” e, pertanto, ne ha disposto la trattazione in pubblica udienza ai sensi dell'art. 375 c.p.c.

Come sottolineato dalla Corte tutti questi motivi censurano 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.

Anche se poi le parti naturalmente divergono sulla sorte da assegnare alla valutazione comunque unitaria dell'operazione; compiutamente nulla, per il fallimento; valida per M..

Le ragioni sottese all'ordinanza interlocutoria della Corte vanno ricercate, in prima battuta, nella necessità di stabilire se nei casi in cui il mutuo stipulato per “*contestualizzare*” un'ipoteca per debiti pregressi si possa configurare un contratto in frode alla legge, ed in quanto tale nullo, oppure se l'intento di frodare i creditori non

generi un caso di nullità, posto che l'ordinamento prevede altri rimedi per tutelare la posizione dei creditori concorrenti.

Nell'Ordinanza vengono richiamate due pronunce precedenti che farebbero propendere per il secondo orientamento: l'enunciato delle Sezioni Unite 25 ottobre 1993, n. 10603 (secondo 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)»); nonché la pronuncia 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».

La Corte con il richiamo alle predette decisioni sembra aderire, sia pur implicitamente, al costante orientamento giurisprudenziale, per il quale la frode a danno dei creditori (e, più in generale, dei terzi) non implica, di per sé sola, la nullità del contratto e degli atti attraverso i quali è realizzata, in quanto gli interessi dei creditori (e dei terzi) ricevono adeguata tutela nel meccanismo della revocatoria, ordinaria e fallimentare (oltre alle sentenze espressamente richiamate Cass., 16 luglio 1981, n.3905; Cass., 4 ottobre 2010, n. 20576; Cass., 31 ottobre 2014, n. 23158; Cass. 2674/2020).

Vi sarebbero, tuttavia, nel caso di specie, secondo il Collegio, alcune peculiarità relative alla finalità del contratto che imporrebbero una rimediazione della questione:

In primo luogo, la concessione di un nuovo differimento dell'esigibilità della prestazione può considerarsi un'azione revocabile, o deve essere considerato un tentativo di recupero dell'impresa oppure, ancora, è un mero tentativo di “*mantenere in vita un'impresa decotta*”?

Con la conseguenza che, mentre la pronuncia n. 19196/2016 fa riferimento alla norma imperativa di cui all'art. 216, co. 3, l.f., l'ordinanza contempla anche il richiamo agli artt. 217 n. 4 e 218 l.f.; con correlativo ampliamento del focus di analisi dell'operazione dal momento «distrattivo» a quello dell'aggravamento del dissesto, nella prospettiva della tutela del regolare svolgimento del mercato.

Il primo profilo d'indagine attiene quindi alla nullità del contratto costituente la fonte dell'obbligazione azionata sull'osservazione che lo stesso sia illecito nella causa per contrarietà a norme imperative di natura penale.

La chiave di lettura dell'ordinanza interlocutoria n. 16081/2019 del 14/6/2019 è stata avvalorata da una recente decisione della Corte (Cass. 5/8/2020 n. 16706), ma presuppone, in primo luogo (per giungere alla declaratoria di nullità del mutuo), che sia accertata la violazione degli artt. 217 n. 4 e 218 l.f.

Una volta accertata la violazione degli artt. 217 n. 4 e 218 l.f. il tema ulteriore è quello dell'incidenza delle norme penali sulla valutazione civilistica dei contratti per violazione diretta [o indiretta ex art. 1344 c.c.] di una norma imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma 1°, c.c. o, dando rilievo alla funzione cui l'operazione in esame è obiettivamente diretta, per illiceità della causa ai sensi degli artt. 1343 e 1418, comma 2°, c.c.

E ciò in quanto, secondo la nota distinzione tra reati-contratto e reati in contratto, la violazione della norma penale non implica necessariamente l'illiceità dell'atto negoziale attraverso il quale si realizza la fattispecie criminosa.

Nei reati pre-fallimentari condizionati la dichiarazione di fallimento si pone, in relazione al negozio della cui validità si tratta, come elemento "esterno" alla fattispecie civilistica, mentre, tradizionalmente, le cause di nullità corrispondono ad un vizio intrinseco dell'atto.

In particolare per il reato di ricorso abusivo al credito è discusso se la sentenza di dichiarazione dello stato di insolvenza sia prevista come (elemento costitutivo del reato o) condizione di punibilità (benché la giurisprudenza prevalente della S.C. escluda rilievo alla sentenza di fallimento cfr. tra le molte Cass. pen., 11 febbraio 1988; Cass. pen., 24 ottobre 1988; Cass. pen., 9 giugno 1997, n. 4021, tra le sentenze più recenti tende a prevalere la soluzione contraria Cass. pen., 4 maggio 2004, n. 23796 e Cass. pen., 23 settembre 2014, n. 448).

Nel caso di specie si tratta di verificare quindi, in primo luogo, se l'intento delle parti era quello di « spostare in là nel tempo il *dies* di decorrenza della revocatoria delle ipoteche contestuali » — ritardando l'accertamento dello stato di insolvenza (art. 217 l. fall.) attraverso l'erogazione di nuovo credito (art. 218 l. fall.), in cui la rimodulazione dei termini di rimborso dell'originario debito chirografario di fatto si traduce.

Prova che non pare essere stata oggetto di specifica indagine nel giudizio oggetto di causa.

Prova che non può ritenersi raggiunta sulla base delle considerazioni contenute nel decreto per il quale "La banca è provato fosse a conoscenza della situazione economica della società all'atto della sottoscrizione e dell'erogazione del mutuo, atteso l'andamento del conto corrente. La Banca è provato che fosse a conoscenza della situazione economica della società e sapeva anche che l'importo andava ad estinguere

una debitoria certa, liquida ed esigibile conferendo alla fallita un mutuo a lungo termine garantito da ipoteca...Tuttavia è provato anche che...alla società è stato da un lato attribuito uno stabile finanziamento e dall'altro consentito di proseguire ad operare sul conto corrente tant'è che si chiude al momento del fallimento con un considerevole scoperto" (p. 6 del decreto).

Invero la violazione degli artt. 217 n. 4 e 218 l.f comporta la prova dell'improprio mantenimento in vita della impresa, del fatto che esso è stato a sua volta correlato al contributo causale assunto dal finanziamento e alla relativa consapevolezza partecipativa rispetto al ritardo nell'apertura della vicenda concorsuale ovvero all'intensificazione del dissesto (cfr. da ultimo Cass. 5/8/2020 n. 16706), prova che non può desumersi dalla mera consapevolezza dell'esistenza di un pur rilevante scoperto di conto corrente.

Nel caso di specie si ha la prova che il finanziamento ha consentito al debitore di continuare ad operare sul conto corrente, non che abbia mantenuto artificiosamente in vita l'impresa ritardando l'apertura della vicenda concorsuale ed intensificando il dissesto, tanto più che la dichiarazione di fallimento si colloca a distanza di anni dall'erogazione del mutuo.

In definitiva non risulta raggiunta la prova della coincidenza tra la illiceità della condotta di finanziamento e la menzionata fattispecie penale di concorso con la conseguenza che non è possibile giustapporre la ricognizione di contrarietà alla norma imperativa penale, laddove vieta di aggravare (e, quanto al terzo, di concorrere nella relativa condotta) il dissesto dell'imprenditore commerciale, alla illiceità della causa del complesso meccanismo negoziale adottato dalle parti.

La seconda questione pregnante che la Cassazione, nell'ordinanza interlocutoria n. 16081/2019 del 14/6/2019, intende evidenziare si riferisce alla finalità di siffatta operazione: *"l'atteggiamento della Banca, deve essere inteso a spostare in là nel tempo il dies di decorrenza della revocatoria delle ipoteche"* o si tratterebbe *"di una semplice ricaduta accidentale, quanto non propriamente occasionale"*?

In sostanza, sul presupposto che l'art. 67 l.fall. sia una norma imperativa ciò che nella fattispecie meriterebbe di essere sanzionato sarebbe la reale e concreta utilizzazione strumentale di una nuova operazione creditizia per eludere il rigoroso trattamento riservato dalla legge alle garanzie reali costituite per debiti preesistenti.

Ciò non comporta necessariamente la nullità del contratto (o del complesso degli atti negoziali tra loro collegati) in ipotesi fraudolento, rivelandosi, invece, preferibile un approccio differenziato a seconda della disposizione che si pretende di volta in volta violata; approccio che può condurre non alla nullità del contratto, ma all'applicazione della normativa elusa, ovvero, nel caso di specie, all'applicazione del regime di cui al primo comma dell'art. 67 l. fall. Soluzione quest'ultima che appare conforme al recente condivisibile orientamento della Corte (Cass. 3024/2020).

Ciò posto il ricorso incidentale del Fallimento appare invece fondato nella parte in cui censura la decisione del tribunale che, pur avendo accertato che il mutuo era stato

espressamente stipulato per investimenti immobiliari e poi utilizzato non per tale scopo ma per estinguere una pregressa esposizione debitoria chirografaria della V. srl, ha erroneamente ritenuto nulla la sola ipoteca e non anche il contratto di mutuo. Il mutuo di scopo è preordinato alla realizzazione di una finalità necessaria, tale da contrassegnare la funzione consistente nel procurare al mutuatario i mezzi economici destinati a un'utilizzazione vincolata (Cass. 19/10/2017 n. 24699; Cass. 12123/1990). La destinazione delle somme mutate esclusivamente per raggiungere una determinata finalità entra nella struttura del negozio connotandone il profilo causale e così ampliando lo stesso rispetto alla sua normale consistenza, tanto sotto un profilo strutturale, visto che il sovvenuto si obbliga non solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere gli interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto con l'attuazione in concreto dell'attività programmata, quanto sotto un profilo funzionale, poiché nel sinallagma assume rilievo essenziale anche quest'ultima prestazione, in termini corrispettivi dell'ottenimento della somma erogata (Cass. 5805/1994; Cass. 7116/1998).

“Nel mutuo di scopo, poiché il mutuatario non si obbliga solo a restituire la somma mutuata, con i relativi interessi, ma anche a realizzare l'attività programmata, siffatto impegno assume rilievo causale nell'economia del contratto, con conseguente nullità in ipotesi di effettiva mancanza di causa” (Cass., 12/12/2017, n° 29804.).

“Nel mutuo di scopo convenzionale si verifica una deviazione dal tipo contrattuale di cui all'art. 1813 c.c. che si configura quando il mutuatario abbia assunto espressamente un obbligo nei confronti del mutuante, in ragione dell'interesse di quest'ultimo - diretto o indiretto - ad una specifica modalità di utilizzazione delle somme per un determinato scopo. Ne deriva che l'inosservanza della destinazione delle somme indicata nel mutuo rileva, in tali casi, ai fini della validità o meno del contratto stesso” (Cass. 19/10/2017, n° 24699)

Alla luce di tali consolidati principi della Corte la censura del Fallimento appare quindi fondata dato che, una volta accertato dal Tribunale che il mutuo in essere dovesse qualificarsi come mutuo di scopo (p. 4 del decreto del Tribunale di Salerno dove viene riportato testualmente il contenuto del contratto: “la parte mutuataria ha chiesto alla banca un finanziamento da destinare ad investimenti immobiliari” e “la banca concede alla parte mutuataria un finanziamento di euro unmilione cinquecentomila per lo scopo di cui sopra” p. 7 “..le parti hanno indicato uno scopo del tutto fin dall'inizio inesistente ed anche illecito civilmente perché è provato che le parti sapevano che non si trattava di un mutuo finalizzato ad un investimento immobiliare ma ad estinguere debiti pregressi di natura chirografaria”), una volta provato che la somma erogata non era stata utilizzata per l'investimento immobiliare cui era destinata, ma per l'estinzione di debiti pregressi di natura chirografaria (p. 4 del decreto: “il mutuo è diretto ad investimenti immobiliari ed è subitaneamente utilizzato per ripianare perdite esistenti sul conto corrente”) la conseguenza che ne doveva derivare era la nullità anche del mutuo e non soltanto dell'ipoteca.

La nullità del mutuo è la naturale conseguenza dell'accertamento della deviazione dallo scopo previsto dal contratto per la destinazione delle somme erogate, come di

recente ribadito dalla Corte in un caso del tutto analogo a quello oggetto di causa (Cass. 26770/2019).

Nel caso esaminato da Cass. 26770/2019 la banca, con ricorso [L. Fall., ex art. 98](#) proponeva opposizione avverso il provvedimento con il quale il G.D. del Tribunale di Noia ne aveva rigettato la domanda di insinuazione, in via privilegiata, al passivo del fallimento della (OMISSIS) spa, per nullità del contratto di mutuo stipulato con la debitrice, poichè le somme erogate erano state utilizzate per il ripianamento di pregresse esposizioni con il ceto bancario.

Il Tribunale di Nola rigettava l'opposizione e la Corte d'Appello di Napoli, confermando la sentenza di primo grado, qualificato il contratto posto a fondamento del credito dell'istituto come "mutuo di scopo" ha affermato la nullità del titolo azionato, rilevando la deviazione della causa rispetto a quella specificamente convenuta, con conseguente nullità del contratto.

La Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso sulla considerazione che “ la ricorrente non ha contestato la qualificazione del mutuo per cui è causa come "mutuo di scopo", ciò che rileva, sulla base della ratio della sentenza impugnata, è la deviazione dallo scopo cui l'attribuzione delle somme era stata preordinata (e che rientrava nella causa concreta del contratto)..... e che la sentenza impugnata era esente da vizi in quanto “ha chiaramente espresso la *ratio decidendi* della statuizione, vale a dire la deviazione della causa concreta del contratto da quella del mutuo di scopo, come dimostrato dal fatto che la mutuataria non aveva acquistato il cespite per cui era stato erogato il mutuo e che, come desumibile dall'estratto conto della debitrice, il relativo importo era stato concretamente utilizzato per estinguere pregresse esposizioni debitorie” (Cass. 26770/2019).

Anche nel caso in esame la Banca non ha contestato che il mutuo in esame fosse da qualificarsi come mutuo di scopo, ma ha eccepito che tale scopo sia stato almeno parzialmente perseguito. Infatti M. ha impugnato il decreto denunciando anche la violazione e falsa applicazione dell'art. 1362 c.c. nella parte in cui il Tribunale di Salerno ha qualificato il termine “investimenti immobiliari” (che rappresentava lo scopo del mutuo) come avente riguardo necessariamente all'acquisto di immobili nuovi (p. 33 del ricorso).

Orbene a prescindere da ogni questione circa la corretta qualificazione giuridica dello scopo del mutuo, quel che appare certo è che tutta la somma erogata (euro 1.494.233,35) è stata versata sul conto corrente n. 3222 quasi ripianando la relativa debitoria (p. 5 del decreto, prova documentale del versamento in data 20 settembre 2007).

Accertamento incontestato che rende irrilevante ogni questione circa la corretta qualificazione dello scopo del mutuo, comunque sicuramente estraneo al concreto utilizzo della somma erogata.

Accertamento che rende ininfluenti le prove richieste da M..

La nullità dell'intera operazione e, in particolare, del mutuo ipotecario implica, il diritto del creditore alla restituzione di quanto corrisposto al debitore non a titolo di mutuo (di cui, appunto, è accertata la nullità), ma, inevitabilmente, quale indebito ex art. 2033 c.c. Di conseguenza, la mancata formulazione da parte della banca creditrice di una domanda, anche soltanto in via subordinata, in sede di ammissione allo stato passivo, a titolo di indebito ex art. 2033 c.c. determina la mancata ammissione del corrispondente credito di cui, nel caso, sia stata richiesta l'ammissione esclusivamente a titolo di mutuo.

Nel caso di specie M. non ha avanzato tale domanda né in sede di ammissione allo stato passivo né in sede di opposizione. Con riferimento all'opposizione allo stato passivo la lettura dell'atto introduttivo, integralmente trascritto nel ricorso, evidenzia come esso non contenga alcun riferimento a tale domanda di ripetizione di indebito né nella parte motiva né nelle conclusioni (pp. 5-8 del ricorso).

Con la conseguenza che la domanda di ammissione in via chirografaria formulata nelle conclusioni non può che riferirsi all'unito titolo fatto valere nel giudizio: il mutuo dell'1/8/2007.

Un risultato analogo potrebbe essere raggiunto riqualificando l'intera operazione come un « riposizionamento delle scadenze » del debito pregresso, disconoscendo, quindi, l'effettiva sussistenza del (secondo) mutuo ipotecario e la conseguente estinzione del debito pregresso, che sarebbe, in realtà, l'effetto di « un'operazione di natura contabile » (in tal senso v. Cass. 7740/2020; Cass., 5 agosto 2019, n. 20896). Non ravvisandosi una novazione dell'obbligazione originaria, ma unicamente un patto di modifica della scadenza della medesima obbligazione, la domanda di insinuazione allo stato passivo « non potrà, dunque, che fare riferimento ai titoli che in origine hanno presieduto all'erogazione » Con la conseguenza che nel caso di specie dovrebbe revocarsi l'ammissione del credito della banca dato che la domanda d'insinuazione al passivo (sia quella originaria di adempimento contrattuale che quella di ripetizione d'indebito) ha per oggetto la somma mutuata e non il preesistente debito derivante dallo scoperto di conto corrente.

In definitiva si ritiene meriti accoglimento il ricorso incidentale del Fallimento con conseguente rigetto dell'ammissione della banca nel passivo del fallimento V. srl.

p.q.m.

Il P.M. chiede

accogliersi il ricorso incidentale non condizionato.

Roma, 2 settembre 2020.

IL SOSTITUTO PROCURATORE GENERALE
Giovanni Battista Nardecchia