

rappresentata e difesa dagli avvocati C)
giusta procura in calce al controricorso e ricorso
incidentale;

-controricorrente e ricorrente incidentale -
contro

Curatela del Fallimento Trapas S.r.l., in persona del Curatore dott.
(elettivamente domiciliata in :

, giusta procura a margine del
ricorso principale;

-controricorrente al ricorso incidentale -
avverso il decreto del TRIBUNALE di MARSALA, del 21/03/2014;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
13/11/2019 dal cons. TERRUSI FRANCESCO.

Rilevato che:

la Banca Nuova s.p.a. proponeva opposizione allo stato passivo del
fallimento della Trapas s.r.l. in relazione a un credito di 5.574.724,65
EUR derivante da un contratto di mutuo fondiario garantito da ipoteca,
ritenuto dal giudice delegato nullo, revocabile e comunque inopponibile
alla massa;

nella resistenza della curatela l'adito tribunale di Marsala, rilevando
che il mutuo era stato parzialmente utilizzato per estinguere un debito
anteriore, così essendosi sostituita l'esposizione chirografaria pregressa
con un credito a lungo termine garantito da ipoteca, dichiarava e
riteneva inefficace l'ipoteca nella parte afferente, accoglieva
l'opposizione, ammetteva al chirografo il credito derivante dal mutuo
per la detta parte e con la prelazione ipotecaria per il residuo (di
2.579.453,96 EUR);

la curatela ha proposto ricorso per cassazione sulla base di sette
motivi;

la banca ha replicato con controricorso e ha proposto due motivi di ricorso incidentale;

la curatela a sua volta ha depositato un controricorso in replica al ricorso incidentale;

entrambe hanno depositato una memoria.

Considerato che:

I. - la curatela del fallimento denuncia nell'ordine:

col primo motivo, la violazione e falsa applicazione degli artt. 1418, 1419, 1344 e 1345 cod. civ., poiché le parti, col ripetuto contratto, avevano inteso perseguire lo scopo di un pagamento preferenziale mediante la costituzione di una garanzia ipotecaria su un debito chirografario scaduto;

col secondo motivo, la violazione o falsa applicazione degli artt. 1418, primo comma, cod. civ. e 38 del d.lgs. n. 385 del 1993 (cd. T.u.b.), per essere stato stipulato un mutuo oltre il limite di finanziabilità previsto dalla normativa di settore (delibera Cicr 22-2-1995);

col terzo motivo, la violazione o falsa applicazione degli artt. 1418, secondo comma, cod. civ. e 38 del T.u.b., attesa la conseguente illiceità dell'oggetto del contratto di mutuo;

col quarto motivo, la violazione o falsa applicazione degli artt. 1414, 1230 cod. civ. e 112 cod. proc. civ., per avere il tribunale omissivo di pronunciare in ordine all'eccezione di simulazione relativa del contratto, e per non aver accertato che attraverso il mutuo le parti avevano inteso celare un'effettiva operazione di novazione oggettiva del preesistente credito;

col quinto mezzo, la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. per avere il tribunale ammesso il credito al passivo in ultrapetizione;

col sesto mezzo, la violazione o falsa applicazione dell'art. 2901 cod. civ., poiché il tribunale comunque non avrebbe potuto revocare l'ipoteca solo parzialmente, essendo ciò in contrasto con le caratteristiche di accessorietà e indivisibilità della garanzia reale, sicché, venuta meno la qualificazione dell'intera operazione come di mutuo fondiario, avente come caratteristica essenziale l'iscrizione di

ipoteca, la garanzia immobiliare, accessoria e indivisibile, doveva essere revocata integralmente;

col settimo motivo, infine, la violazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ., 2719 cod. civ., 99 legge fall., 72 e 74 disp. att. cod. proc. civ., in quanto il tribunale avrebbe dovuto dichiarare inammissibile o improcedibile l'opposizione al passivo per mancata produzione dell'originale dell'istanza di ammissione e dei documenti posti a suo fondamento;

II. - a sua volta la banca deduce, nel ricorso incidentale:

col primo motivo, la violazione e falsa applicazione degli artt. 116 cod. proc. civ., 38 e 39 del T.u.b., nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su fatto controverso, nella parte in cui il tribunale ha ritenuto revocabile l'ipoteca iscritta a garanzia del mutuo nell'errato presupposto - generico e non provato - che il finanziamento fosse stato utilizzato al fine esclusivo di costituire una garanzia su debito già scaduto;

col secondo motivo, l'errata applicazione dell'art. 2901 cod. civ. e l'omessa o insufficiente motivazione del provvedimento, in quanto come conseguenza dell'errata valutazione delle prove il tribunale avrebbe altrettanto erroneamente revocato, in parte, l'ipoteca;

III. - deve essere preliminarmente disattesa l'eccezione di tardività del controricorso;

l'eccezione è stata sollevata dalla curatela del fallimento sul presupposto dell'inosservanza del termine dimidiato di cui all'art. 99 legge fall.; ma questa Corte ha chiarito che in materia fallimentare la riduzione alla metà del termine per proporre il ricorso per cassazione, prevista dall'art. 99 legge fall., non si applica al controricorso, trattandosi di disposizione il cui tenore letterale e il cui carattere eccezionale, derogatorio alla disciplina generale del termine per proporre ricorso per cassazione, ne impediscono l'estensione anche analogica (Cass. n. 8542-11, Cass. n. 24972-13);

IV. - in ordine logico, va innanzi tutto esaminato il settimo motivo del ricorso principale, che postula l'erroneità della statuizione nella parte in

cui ha omesso di rilevare che non era stato tempestivamente depositato l'originale dell'istanza di insinuazione e dei relativi documenti;

secondo la curatela ciò costituiva "un vizio originario dell'opposizione proposta dalla Banca";

il motivo non possiede fondamento, poiché nessuna norma impone all'opponente di produrre, col ricorso ex art. 99 legge fall., anche l'originale della domanda di insinuazione a pena di inammissibilità o di improcedibilità dell'opposizione stessa; d'altronde risulta implicitamente dalla motivazione del decreto impugnato che era stata prodotta una copia della domanda suddetta e che la curatela non aveva contestato la conformità di tale copia all'originale;

quel che più interessa, peraltro, è che, secondo l'indirizzo di questa Corte oggi assolutamente prevalente - indirizzo che in questa sede ulteriormente si conferma - nel giudizio di opposizione allo stato passivo l'opponente, a pena di decadenza, deve soltanto indicare specificatamente i documenti di cui intende avvalersi, già prodotti nel corso della verifica dello stato passivo innanzi al giudice delegato, tanto che, in difetto della produzione di uno di codesti, il tribunale deve disporre l'acquisizione dal fascicolo d'ufficio della procedura fallimentare ove esso è custodito (Cass. n. 12549-17, Cass. n. 5094-18, Cass. n. 15627-18);

tale principio a maggior ragione implica che, ove si discorra di atti - qual è la domanda di insinuazione - anziché di documenti, il potere di esame del giudice non risente mai del mero fatto della mancata produzione; nel senso che la domanda, chiaramente indicata come tale, può ben essere esaminata dal giudice dell'opposizione, ove necessario a fronte delle difese assunte dalle parti, all'esito della eventuale previa acquisizione dal fascicolo della procedura;

V. - il primo motivo del ricorso principale, anche tacendo della circostanza che il corrispondente profilo non risulta consegnato al giudizio di merito, è infondato;

emerge dal decreto che la fallita aveva destinato una parte della somma ottenuta a mutuo ad azzerare passività preesistenti nei confronti dello stesso istituto erogante;

il tribunale ha ritenuto che l'intera operazione sottesa al mutuo fondiario fosse inquadrabile nella fattispecie del negozio indiretto, in base all'inequivoca intenzione delle parti di piegare la causa tipica del contratto allo scopo ulteriore di sostituire l'esposizione chirografaria pregressa con un credito a lungo termine garantito da ipoteca;

una simile finalità non integra un profilo di nullità del contratto, sotto nessuno dei punti di vista indicati dalla curatela, in quanto la valutazione di illiceità della causa (ma anche del motivo, rispettivamente ai sensi degli artt. 1343 e 1345 cod. civ.) postula una comparazione del programma negoziale con parametri rappresentati da norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume (v. Cass. n. 8600-03, Cass. n. 23150-14); donde il perseguimento del fine di consolidare con l'ipoteca le esposizioni anteriori chirografarie non è illecito nel senso della determinazione dell'invalidità, sebbene nel distinto e specifico senso di rendere l'operazione suscettibile di revocatoria;

ciò è conforme alla costante giurisprudenza di questa Corte che, dal collegamento di più negozi e dall'illiceità del motivo perseguito, fa discendere semplicemente la revocabilità della garanzia concessa per il nuovo credito la cui erogazione sia stata finalizzata all'estinzione di quello precedente chirografario; qualora difatti 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 o prefinanziamenti, nelle casse della banca mutuante - una precedente esposizione dello stesso soggetto, è configurabile, tra i negozi posti in essere, ai fini della revocatoria ex art. 67, primo comma, legge fall., un collegamento funzionale, che persegue il motivo illecito della costituzione di ipoteca per debiti chirografari preesistenti (Cass. n. 17200-12, Cass. n. 12-04);

né può fondatamente discorrersi di contratto in frode alla legge;

in disparte che nella specie ricorreva anche l'estremo della concessione di nuova finanza, visto che dal decreto si evince che il mutuo era stato accordato per oltre 5 milioni EUR e utilizzato anche a fini diversi dall'estinzione del debito preesistente con la medesima banca erogante, quel che interessa sottolineare è che in termini generali il collegamento esistente tra il credito fondiario e il rapporto obbligatorio preesistente può condurre a realizzare una situazione tesa ad alterare la *par condicio*; e in tal caso non si può discorrere di negozio in frode alla legge (art. 1344 cod. civ.) ma semplicemente di negozio in frode ai creditori; il che giustappunto giustifica l'orientamento giurisprudenziale appena mentovato, secondo cui il rimedio applicabile è quello tipico, ossia la revocatoria dell'atto, non la nullità; invero l'eventualità dell'atto in frode ai creditori (o alla *par condicio*) non rappresenta un profilo comportante l'invalidità (in generale v. ancora Cass. n. 20576-10, Cass. n. 23158-13);

VI. - il secondo e il terzo motivo del ricorso principale, tra loro connessi, sono invece fondati, per quanto nei limiti e nel senso che segue;

risulta dal decreto del tribunale che la curatela aveva eccepito la nullità del mutuo fondiario per violazione del disposto ex art. 38, secondo comma, del T.u.b., in ordine ai limiti quantitativi dell'ammontare dei finanziamenti fondiari parametrati al valore dell'immobile dato in garanzia;

il tribunale di Marsala ha escluso tale nullità sull'essenziale rilievo che la disciplina richiamata non è volta a tutelare interessi ulteriori estesi al regolare andamento dell'economia, o a tutelare la libera iniziativa imprenditoriale; la sfera degli interessi tutelati, a suo avviso, andrebbe apprezzata nell'ambito esclusivo del settore bancario, diversamente da quanto poteva affermarsi nel vigore della normativa speciale sul credito edilizio;

questa argomentazione - che è l'unica posta a fondamento del rigetto della questione di nullità sollevata dalla curatela - è tuttavia errata, poiché la giurisprudenza della Corte si è da ultimo consolidata attorno

a una ricostruzione in termini esattamente opposti circa il fondamento della richiamata disciplina del T.u.b.;

si è così affermato che il limite di finanziabilità ex art. 38, secondo comma, è elemento essenziale del contenuto del contratto, e il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso, costituendo un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il *quantum* della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare e agevolare e sostenere l'attività di impresa (Cass. n. 17352-17, Cass. n. 19016-17, Cass. n. 13286-18, Cass. n. 22466-18);

la finalizzazione dell'istituto nel senso appena riportato, per quanto non condivisa da una parte della dottrina, va confermata;

è un fatto che solo in ragione di simile finalità la disciplina del trattamento di favore riservato al credito fondiario è stata ritenuta (e dunque può esser ritenuta) conforme a costituzione, secondo quanto esplicitato nella sentenza n. 175 del 2004 della Corte costituzionale; sicché da questo dato non può prescindersi nella ricostruzione dei tratti essenziali della fattispecie secondo l'attuale assetto normativo e costituzionale;

al principio sopra citato va quindi data ulteriore continuità;

discende che il provvedimento impugnato va cassato nella corrispondente parte a ciò contraria, poiché il tribunale ha infine ommesso di accertare se, in punto di fatto, fosse stato superato, o meno, nel caso concreto il detto limite di finanziabilità; e alla luce dei noti limiti cognitivi del giudizio di cassazione non può pretendersi, come invece postulato nel controricorso, che sia questa Corte a valutare preliminarmente il sotteso aspetto in base a quanto nel medesimo controricorso si dice (pag. 12), a riguardo del valore corrente del complesso immobiliare in proporzione alla somma in effetti erogata;

VII. - l'accoglimento dei predetti due motivi del ricorso principale assorbe ogni ulteriore questione avanzata *hinc et inde*;

viene infatti in considerazione l'effetto espansivo interno della pronuncia di cassazione (art. 336 cod. proc. civ.), rispetto a tutte le residue parti della decisione dipendenti da quella preliminare cassata; resta quindi assorbito anche il ricorso incidentale; alla cassazione segue il rinvio al medesimo tribunale di Marsala, il quale, in diversa composizione, si uniformerà al principio di diritto esposto e provvederà ai conferenti accertamenti in fatto; il tribunale provvederà anche sulle spese del giudizio svoltosi in questa sede di legittimità.

p.q.m.

La Corte rigetta il primo e il settimo motivo del ricorso principale; accoglie il secondo e il terzo motivo del ricorso detto, assorbiti tutti i restanti motivi e assorbito pure il ricorso incidentale; cassa il decreto impugnato in relazione ai motivi accolti e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, al tribunale di Marsala.

Deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile, addì 13 novembre 2019.

Il Presidente

