



**IL TRIBUNALE
DI
NAPOLI NORD**

-III Sezione Civile-

Riunito in camera di consiglio nella persona dei magistrati

dott. A.S. Rabuano Presidente rel./est.

dott.ssa M.G. Lamonica Giudice

dott. G. Di Giorgio Giudice

ha pronunciato il seguente

DECRETO

nella causa civile iscritta al n. 11726/15;

avente ad oggetto: opposizione allo stato passivo ex art. 98 R.D. 267/42;

TRA

Banco di Napoli s.p.a., con sede sociale in Napoli, via Toledo n. 177, iscritto all'Albo delle Banche al n. 5555, codice fiscale e P.I. 04485191219, iscritto al Registro delle Imprese di Napoli al n. 04485191219, capitale sociale €. 1.000.000.000,00 interamente versato, Banca aderente al Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, con azionista unico e direzione e coordinamento: Intesa Sanpaolo S.p.A., in persona del Dott. G. Ascione, nella sua qualità di procuratore, a tanto autorizzato in forza di procura speciale del 16 luglio 2015 per Notaio Virginia Numeroso in Napoli, Repertorio n. 5025 e Raccolta n. 3085, rappresentato e difeso dall'avv. Maria De Chiara, CF: DCHMRA63P43 B860B - pec: avv.maria.dechiara @ pec.it, giusta procura in atti ed elettivamente domiciliata *presso lo* studio dell'avv. Enzo Lombardi in Aversa alla via Tribunale n. 8

OPPONENTE

E

Curatela del fallimento Decom s.r.l. unipersonale, in persona del dott. M. Cantone, rappresentato e difeso, giusta procura in atti, dall'Avv. M. S. Verlingieri, presso il cui studio elettivamente domicilia in Benevento, via Traiano n. 45;

OPPOSTA

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

E

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con ricorso ex art. 98 R.D. 267/42 il Banco di Napoli s.p.a. rappresentava che con istanza del 9/3/2015 trasmessa al curatore a mezzo pec in data 11/3/2015 ha chiesto di essere ammesso al passivo chirografario del fallimento in epigrafe per la somma complessiva di **€ 204.664,57** per le seguenti causali:

- € 15.198,78 per esposizione della posizione a sofferenza n. 9501/00000573 (ex c/c 6152/79378198 acceso presso la Filiale n. 05004 di Caserta);

- € 104.397,74 per esposizione della posizione a sofferenza n. 9501/00000572 (ex c/c 1000/02515 acceso presso la Filiale n. 02356 di Maddaloni);

- € 19.954,74 per esposizione della posizione a sofferenza n. 9522/00000568 (ex c/anticipi 3800/0103957 acceso presso la Filiale n. 00023 di Caserta);

- € 27.058,08 per esposizione della posizione a sofferenza n. 9522/00000569 (ex c/anticipi 3800/0138553 acceso presso la Filiale n. 00023 di Caserta);

- € 38.055,78 per esposizione del finanziamento industriale n. 30280843 del 5/2/2007.

Il giudice delegato con il decreto dichiarativo di esecutività dello stato passivo rigettava la domanda per carenza di documentazione.

Con l'atto di impugnazione il banco di Napoli censurava il decreto del giudice delegato e domandava l'ammissione per le causali ivi specificate del credito di euro 204.664,57.

Con memoria difensiva depositata ai sensi dell'art. 99 L.F. la curatela del fallimento Decom s.r.l. si costituiva in giudizio e contestava la pretesa del banco di Napoli domandando il rigetto dell'opposizione.

In particolare, la curatela fallimentare evidenziava con riferimento al conto corrente n. 1000/02515 per €. 104.397,74 che gli estratti conto prodotti in giudizio erano parziali e precisava che il contratto di conto corrente era stato stipulato con il Banco di Napoli nel 2006 e solo nel 2007, quando la società ora fallita si era “trasformata” da Decom s.r.l. in Decom Unipersonale s.r.l. il rapporto di conto corrente era stato numerato dal 1884 al n.1000/02515 e, con operazioni di girocontazione fondi, del 03/01/2007 e del 15/01/2007, da quest’ultimo conto al n. 1884, il saldo debitore, era trasferito al n.1000/02515. Pertanto, parte opposta rilevava che questo “evento” era sufficiente ad escludere che si potesse conferire autonomia ai due conti correnti, atteso che, alla supposta data di estinzione del n. 1884, il suo saldo, confluiva e veniva viene annotato, nel conto rinumerato.

La curatela precisava che il “*contratto di conto corrente di corrispondenza*” datato 21/06/2006, a valere, appunto, sul c/c ordinario n. 1000/02515 era privo di data certa e, quindi, eccepiva l’inopponibilità all’ufficio fallimentare.

Parte opposta evidenziava l’indeterminatezza della clausola relativa alla pattuizione degli interessi atteso che erano indicati in un’aliquota unica e, invece, dovevano indicarsi due distinte aliquote, la prima con riferimento all’utilizzo nei limiti del fido e l’altra per l’utilizzo extra-fido, la nullità della condizione in esame dovrebbe comportare l’inserzione automatica della clausola di cui all’art. 117 comma 7 lett. a) TUB laddove prevede in luogo del tasso indicato dalla banca l’applicazione del tasso sostitutivo bancario consistente nel “*tasso nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive*”, ove per attive si intendono quelle che comportano la contabilizzazione di una somma a debito del cliente.

La curatela rilevava la nullità della clausola che prevedeva al commissione di massimo scoperto e l’anatocismo, evidenziava, inoltre, l’illegittima prassi della banca di indicare la data di annotazione delle operazioni di accredito con l’effetto di prorogare i tempi della situazione debitoria del correntista e far maturare interessi sulle somme dovute all’istituto bancario.

Relativamente al conto corrente n. 6152/79378198, la curatela del fallimento rilevava l'assenza di documentazione comprovante il contratto, le condizioni applicate e gli estratti conto.

Parte opposta contestava il credito della banca relativamente al conto anticipi, rilevando la usurarietà dei tassi di interesse applicati sugli addebiti derivanti dalle operazioni di sconto, il carattere non autonomo del conto anticipi e l'assenza di prova. Con riferimento al contratto di finanziamento, la curatela rilevava il difetto di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento e l'usurarietà del tasso di interessi pattuito.

Nel formulare le proprie conclusioni, la curatela domandava: *“vaglia Ill.mo Tribunale Adito, respinta l'opposizione al decreto di approvazione dello stato passivo e in accoglimento dell'odierna costituzione, in via principale:-) dichiarare inammissibile il credito azionato, per quanto eccepito e dedotto in narrativa e, conseguentemente, rigettare la pretesa creditoria avanzata dal Banco di Napoli S.p.a.; In via subordinata: -) dichiarare la nullità/inesistenza delle clausole regolanti gli interessi debitori e ogni altra condizione economica applicata ai rapporti bancari in esame e, per effetto della ricostruzione dei saldi attraverso l'adozione dei legittimi parametri di legge, accertare la diversa consistenza del rapporto dare/avere”*.

Svoltasi l'istruttoria, il giudice riservava la causa al collegio per la decisione.

2.Domanda di ammissione del credito per € 15.198,78 per esposizione della posizione a sofferenza n. 9501/00000573 (ex c/c 6152/79378198 acceso presso la Filiale n. 05004 di Caserta), del credito per € 104.397,74 per esposizione della posizione a sofferenza n. 9501/00000572 (ex c/c 1000/02515 acceso presso la Filiale n. 02356 di Maddaloni).

La domanda è infondata e deve essere, pertanto, rigettata.

2.1.Il tribunale ritiene che gli estratti conto prodotti dalla banca sono parziali e, inoltre, sono inopponibili alla curatela del fallimento Decom s.r.l. uni personale.

2.2.1.L'art. 1857 c.c. prescrive l'applicabilità alle operazioni bancarie regolate in conto corrente le norme degli artt. 1826, 1829 e 1832.

2.2.L'art. 1832 c.c. rubricato *“Approvazione del conto”* prevede che l'estratto conto trasmesso da un correntista all'altro si intende approvato se non è contestato nel

termine pattuito o in quello usuale o altrimenti nel termine che può ritenersi congruo secondo le circostanze.

La stessa disposizione è ripresa specificamente per i contratti tra banca e cliente dall'art. 119 T.U.B. secondo cui *“2.Per i rapporti regolati in conto corrente l'estratto conto è inviato con periodicità annuale o, a scelta del cliente, con periodicità semestrale, trimestrale o mensile. 3.In mancanza di opposizione scritta da parte del cliente, gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati trascorsi sessanta giorni dal ricevimento”*.

La norma ha la funzione di tutelare l'interesse di ciascun contraente di far approvare l'estratto conto all'altro per evitare che nel futuro possano sorgere delle contestazioni garantendo lo svolgimento certo e definito del rapporto regolato in conto corrente.

Il tribunale, condividendo l'orientamento espresso dalla Corte di legittimità con particolare riferimento all'art. 1832 c.c. ma che può essere trasposto all'art. 119 T.U.B., rileva che la mancata contestazione del conto nel termine di sei mesi dallo sua trasmissione, che può avvenire anche tramite produzione in giudizio (cfr. Cass. 17242/06 che ha affermato: *“La produzione in giudizio degli estratti conto costituisce “trasmissione” ai sensi dell'art. 1832 c.c., onerando il correntista delle necessarie specifiche contestazioni al fine di impedire che lo stesso possa intendersi approvato”*). In senso conforme Cass. 12169/00; Cass. 9579/00; Cass. 2765/92), ha il solo effetto di rendere incontestabile sotto il profilo meramente contabile l'annotazione dell'operazione, resta, invece, impregiudicata la possibilità delle parti di contestare la validità dei negozi/contratti da cui derivano le annotazioni (Cass. n. 1978/1996; Cass. 6736/1995; Cass. n. 4140/1995; Cass., n. 10196 del 2001; n. 10129 del 2001; n. 8989 del 1997. Si veda in particolare Cass. 11749/06 secondo cui *“In virtù di un principio di diritto consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, l'approvazione, anche tacita, dell'estratto conto, ai sensi dell'art. 1832 c.c., comma 1, preclude qualsiasi contestazione in ordine alla conformità delle singole operazioni ai rapporti obbligatori dai quali derivano gli accrediti e gli addebiti iscritti nell'estratto conto (salva l'impugnazione per errori, omissioni e duplicazioni di carattere formale, ai sensi del secondo comma di detta norma), ma non impedisce la contestazione della validità e dell'efficacia dei rapporti obbligatori da cui derivano i suddetti addebiti ed accrediti, e cioè quelle fondate su ragioni sostanziali attinenti alla legittimità, in relazione al titolo giuridico, dell'inclusione o della eliminazione di partite dal conto corrente”*).

L'atto di approvazione è una dichiarazione unilaterale avente natura confessoria con effetti giuridici di accertamento dei debiti risultanti a carico dell'autore (*cf. Cass. 5876/91* che ha precisato: “*Possono costituire, quindi, oggetto della enunciazione di verità contenuta nella tacita approvazione del conto, con effetti giuridici di accertamento dei debiti risultanti a carico dell'autore, e oggetto, altresì, di eventuale contestazione nel termine breve di decadenza, tutte le partite corrispondenti alle operazioni destinate ad affluire nel conto, in base alla originaria autorizzazione concessa dal cliente all'istituto di credito, con la quale si instaura il complesso rapporto giuridico normativo, vincolante le parti?*”). Precisamente, l'approvazione del conto, avendo natura confessoria, ha per oggetto solo l'elenco delle singole partite del conto e, pertanto, chi approva si riferisce esclusivamente agli elementi contabili dell'estratto che si rappresenta come un fatto e non come un insieme di rapporti giuridici (*C.d.A. Milano 23.03.82*).

In conclusione, il collegio rileva che la fattispecie complessa dell'approvazione del conto corrente derivante dalla mancata contestazione dell'estratto nei termini e nelle modalità prescritte debba essere ricostruita come fattispecie formata dal concorso di due dichiarazioni unilaterali di natura confessoria in forza delle quali entrambe le parti, l'una espressamente mediante la redazione e la trasmissione dell'estratto conto, l'altra implicitamente ed anche tardivamente con l'assenza di contestazioni nel termine stabilito, confermano la corrispondenza delle poste annotate alla realtà storica dei rapporti intervenuti.

Si è posta all'attenzione della giurisprudenza la questione della vincolatività per la curatela fallimentare della dichiarazione di approvazione del conto corrente da parte dell'ente bancario e dell'imprenditore correntista poi fallito.

Preliminarmente, si deve rilevare che il curatore nell'ambito del giudizio di verifica è terzo e non subentra nella stessa posizione dell'imprenditore fallito.

Pertanto la curatela assume la qualità di soggetto terzo, diverso dal fallito, rispetto alla pretesa della banca creditrice di essere ammessa al passivo del fallimento per crediti verso il correntista, questo in considerazione del fatto che il procedimento fallimentare di verifica dei crediti determina una situazione di potenziale conflitto tra i vari creditori del fallito in relazione alla partecipazione al concorso, come agevolmente si desume dalle norme degli artt. 100 e 102 della legge fallimentare, rispetto al quale

conflitto il curatore, che opera e assume posizioni per la tutela indifferenziata della massa dei creditori, è portatore di un interesse diversificato da quello dei singoli creditori (cfr. Cass. n. 2707/95; n. 6863/95).

Il tribunale, premesso che l'approvazione del correntista ha la natura di dichiarazione confessoria delle annotazioni che segnano operazioni fonte di situazioni debitorie, rileva, aderendo al costante orientamento giurisprudenziale, che la dichiarazione confessoria stragiudiziale vincola il giudice circa la verità dei fatti confessati nei limiti in cui sia fatta valere nella controversia in cui siano parti, anche in senso processuale, gli stessi soggetti rispettivamente autore e destinatario di quella dichiarazione di scienza (Cass. 689/97; Cass. 3055/96; Cass. 2339/94; Cass. 13095/92).

Pertanto, nel processo di verifica dello stato passivo, l'approvazione del conto da parte dell'imprenditore non vincola il curatore proprio perché quest'ultimo non subentra nella posizione giuridica del fallito (cfr. Cass. 6465/01 *“Egual valore probatorio non può, invece, riconoscersi agli estratti conto non contestati, ai sensi dell'art. 1832 c.c. e 119 della legge bancaria, nei rapporti tra la banca e la curatela fallimentare del correntista. E ciò in conseguenza della estraneità della curatela al rapporto tra la banca e il correntista medesimo e, ancora, dell'estraneità della stessa proprio a quel particolare regime (forma scritta della trasmissione dell'estratto conto, specificità e tempestività delle contestazioni, approvazione tacita, decadenza dall'impugnazione) che la norma dell'art. 1832, applicabile ex art. 1857 alle altre operazioni regolate in conto corrente, ha configurato allo scopo di rendere il conto periodicamente certo e definito tra le parti. In definitiva, non è giuridicamente possibile opporre alla curatela, nel fallimento del correntista, gli effetti che dall'approvazione anche tacita del conto e dalla decadenza dalle impugnazioni derivano ex art. 1832 c.c. tra le parti del contratto. Estraneità, quella dinanzi considerata, che pone la curatela, rispetto alla pretesa della banca creditrice di essere ammessa al passivo del fallimento per crediti verso il correntista, in una posizione giuridicamente definibile come di "terzo" in considerazione del fatto che il procedimento fallimentare di verifica dei crediti determina una situazione di potenziale conflitto tra i vari creditori del fallito in relazione alla partecipazione al concorso, come agevolmente si desume dalle norme degli artt. 100 e 102 della legge fallimentare, rispetto al quale conflitto il curatore, che opera e assume posizioni per la tutela indifferenziata della massa dei creditori, è portatore di un interesse diversificato da quello dei singoli creditori (v., specificamente sul punto, le sentenze n. 2707 e n. 6863 del 1995”*).

Pertanto, l'istituto di credito, il quale prospetti una sua ragione di credito verso il fallito e ne chieda l'ammissione allo stato passivo, ha l'onere di dare la prova piena del suo credito assolvendo al relativo onere secondo il disposto della norma generale dell'art. 2697 c.c. attraverso la documentazione relativa allo svolgimento del conto, se di rapporti obbligatori regolati in conto corrente si sia trattato, senza poter pretendere di far valere nei confronti del curatore, con valore di per sé esaustivamente probatorio, gli estratti conto anche non contestati dal fallito e la conseguente approvazione tacita degli stessi.

In senso contrario all'orientamento adottato dal collegio non può opporsi che l'onere probatorio gravante sull'istituto di credito è eccessivamente oneroso.

Invero, l'art. 119 co. 4 T.U.B. norma inserita nel titolo VI della legge, ispirato alle esigenze di "trasparenza delle condizioni contrattuali", fa obbligo alla banca di conservare, al fine di renderla disponibile per il cliente che ne faccia richiesta, *"la documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni"*.

Inoltre, ai sensi dell'attuale art. 119 T.U. su richiesta del curatore, interessato per il suo ufficio alla conoscenza e alla ricostruzione dei rapporti intrattenuti dal fallito con la banca o, attraverso di essa, con altri soggetti suoi partners nell'attività d'impresa, la banca non può sottrarsi all'obbligo di consegnare allo stesso curatore qualsiasi documento che abbia attinenza con i rapporti di conto corrente o con la tenuta dei medesimi.

2.2.2. Con riferimento al presente giudizio, il collegio rileva che il Banco di Napoli s.p.a. non ha dimostrato la formazione, nei termini preclusivi fissati dall'art. 99 R.D. 267/42, in base al combinato disposto degli artt. 1826, 1829 e 1832 c.c., 119 co. 2, 3 T.U.B. della dichiarazione confessoria della società ora fallita rispetto alle annotazioni contabili di segno negativo riportate sugli estratti di conto corrente della Decom s.r.l.

È inammissibile, perché depositata oltre i termini di cui all'art. 99 L.F. la documentazione depositata dalla banca unitamente alle memorie del 30 marzo 2016 diretta a dimostrare la produzione degli estratti di conto corrente da parte della società Decom a r.l. nel processo n. 702374/2012 promosso dinanzi al tribunale di Santa Maria Capua Vetere dalla società prima del fallimento nei confronti della Banca ora opponente.

Infine, si deve rilevare che nel giudizio pendente dinanzi al tribunale di Santa Maria Capua Vetere la Decom s.r.l. ha depositato estratti conto scalari che hanno natura sintetica e, inoltre, il Banco di Napoli, nello stesso processo, ha eccepito che gli estratti conto prodotti sono parziali (cfr. pag. 2,3 della comparsa di costituzione e risposta) consegue, pertanto, che la produzione nel predetto giudizio degli estratti conto non può consentire di qualificare ai sensi dagli artt. 1832 c.c., 119 T.U.B., il comportamento della Decom quale riconoscimento del proprio debito nei confronti della banca relativamente alle operazioni contabili di segno negativo

3.Domanda di ammissione del credito di € 19.954,74 per esposizione della posizione a sofferenza n. 9522/00000568 (ex c/anticipi 3800/0103957 acceso presso la Filiale n. 00023 di Caserta); del credito di € 27.058,08 per esposizione della posizione a sofferenza n. 9522/00000569 (ex c/anticipi 3800/0138553 acceso presso la Filiale n. 00023 di Caserta).

La domanda è infondata e deve essere rigettata.

3.1.L'art. 1858 c.c. definisce il contratto di sconto bancario precisando che con lo stesso la banca, previa deduzione dell'interesse, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto, mediante la cessione, salvo buon fine, del credito stesso.

Quindi, con il contratto di sconto il cliente trasferisce, salvo buon fine, all'ente bancario la titolarità del credito nei confronti di un terzo e la banca trasferisce al cliente, previa deduzione dell'interesse, una somma di denaro anticipando l'importo del credito (Cass. 4163/90 *“Contratto di sconto, poiché questo si porge nella legislazione vigente (secondo l'opinione largamente maggioritaria) come contratto autonomo e tipico, risultante dalla combinazione strutturale di elementi del contratto di mutuo e della cessione di credito "pro solvendo": una fattispecie complessa, dunque, la cui unitarietà non si presta ad essere frammentata mediante estrapolazione che, nel tentativo di assegnare alle singole componenti dell'atto un ruolo avulso dal modello normativo in cui legalmente si collocano, finiscono con l'alterare la fisionomia della figura e col cancellare l'autonomia, vanificandone, inammissibilmente, la tipicità e la disciplina specifica”*; Cass. 2000 10689: *“Secondo la definizione normativa emergente dall'art. 1858 C.C., lo sconto è il contratto col quale la banca, previa deduzione dell'interesse, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto, mediante la cessione salvo buon fine del credito stesso. Nella struttura dello sconto, dunque, assume essenziale rilevanza la prededuzione dell'interesse; la presenza, indefettibile, di tale elemento si pone come dato discriminante dello sconto rispetto ad altre figure negoziali, quali l'anticipazione o l'apertura di credito, che possano risultare in concreto rispondenti al soddisfacimento della medesima esigenza di acquisizione di immediata disponibilità di liquidità pecuniaria, e conferisce ad*

esso una peculiare identità giuridica nell'ambito della categoria dei cosiddetti contratti di liquidità a cui la più moderna dottrina lo ritiene riconducibile. La inserzione nello sconto, in via strumentale alla realizzazione della funzione tipica di questo, della cessione del credito pro solvendo, non può considerarsi accidentale, in quanto lo sconto trova connotazione qualificante nel "collegamento funzionale intimamente esistente fra il prestito e la cessione del credito la quale, fatta non pro soluto ma pro solvendo, (dovendo ravvisarsi nell'economia di essa una funzione sostitutiva dell'adempimento) non importa l'immediata liberazione dello scontatario, conseguendo l'effetto liberatorio esclusivamente alla riscossione del credito da parte dell'istituto bancario scontante", con "l'implicazione che, in mancanza di pagamento del debitore ceduto, diventi attuale l'obbligazione dello scontatario alla restituzione dell'anticipazione fattagli, giacché questo, per quanto responsabile in via condizionata, cioè subordinatamente al mancato adempimento da parte del terzo, non cessa di essere l'obbligato principale" (così Cass. 15 novembre 1976 n. 4223. V. anche: Cass. 17 ottobre 1989 n. 4170; Cass. 15 maggio 1990 n. 4163)" che prosegue precisando che "La cessione è un istituto dotato di una sfera di applicazione estremamente ampia, che, non esaurendosi nell'ipotesi dello sconto, non consente di accedere alla considerazione della presenza di una cessione in se stessa quale sintomo univocamente rivelatore della sussistenza di un rapporto di sconto, ove manchi, quale componente necessaria del segnalato collegamento funzionale, la deduzione preventiva dell'interesse quale tipico strumento di prestazione del corrispettivo dell'anticipato godimento del capitale liquido da parte del soggetto scontante").

Il contratto di sconto ha natura reale perfezionandosi con la *traditio* materiale della somma che può avvenire con l'accredito in conto corrente dell'importo del credito ceduto ma non ancora scaduto, dedotti gli interessi (Cass. 1097/99; Cass 2737/78).

Nella prassi, l'ente bancario e il cliente stipulano preliminarmente un contratto normativo con il quale fissano le condizioni essenziali dei futuri ed eventuali contratti di sconto.

È stato oggetto di un'attenta analisi giurisprudenziale l'interpretazione del concetto "salvo buon fine" previsto dal legislatore in relazione alla cessione del credito realizzata con il contratto di sconto.

Il collegio osserva che è unanime nelle affermazione della giurisprudenza di legittimità e della dottrina che il legislatore con il concetto "salvo buon fine" abbia previsto che l'istituto bancario possa domandare la restituzione della somma anticipata al cliente scontatario solo in caso di inadempimento del debitore ceduto.

Sotto il profilo tecnico giuridico è stato osservato che l'inadempimento del debitore ceduto rappresenta la condizione risolutiva della cessione del credito, con il logico corollario che il cliente-scontatario riacquista la titolarità della pretesa creditoria e, in modo correlato, diventa attuale e immediatamente esigibile l'obbligo di restituire alla banca la somma anticipata.

La clausola naturale del contratto di sconto rappresentata dalla cessione salvo buon fine, comporta che la banca cessionaria deve richiedere il preventivo pagamento al debitore ceduto, essendo insufficiente la mera scadenza del termine per il pagamento che, lungi dal determinare l'inadempimento del debitore ceduto, comporta esclusivamente l'esigibilità ai sensi dell'art. 1185 c.c. della pretesa creditoria con la possibilità del creditore di domandare al debitore l'esecuzione della prestazione dovuta (cfr. Pretura Carrara 24.12.1972).

Differente è il caso in cui, come quello sottoposto all'esame del tribunale, in cui le parti inseriscano nel contratto di sconto la clausola "pro solvendo".

Infatti con la pattuizione in esame il cedente garantisce la solvibilità del debitore: in questo caso, con il contratto di sconto, l'ente bancario deve procedere alla preventiva escussione del debitore ceduto o provare la sopravvenuta insolvenza, solo successivamente, verificatasi la condizione risolutiva della cessione del credito, può agire nei confronti del cedente per la restituzione della somma anticipata (Tuttavia cfr. Cass. 4630/86 secondo cui nel contratto di sconto la cessione è pro solvendo: *"Lo sconto è il contratto col quale la banca anticipa al cliente, previa deduzione di un interesse, l'importo di un credito verso terzo non ancora scaduto, mediante la cessione del credito stesso; la quale 'e da ritenersi fatta pro solvendo ed importa pertanto per lo scontatario, ma solo in caso di mancato pagamento del credito scontato da parte del debitore, l'obbligo di restituzione della somma ricevuta a titolo di anticipazione sotto la condizione risolutiva del mancato incasso. Non diversamente, nel contratto di sconto di cambiali solo se il debitore principale non paga, lo scontatario non viene liberato, ma deve restituire allo scontante la somma ricevuta come anticipazione. Fatti costitutivi di tale pretesa o domanda di restituzione sono pertanto l'effettuata corresponsione allo scontatario del netto ricavato dallo sconto e il mancato pagamento o saldo del credito da parte del debitore principale, costituente l'avveramento della condizione risolutiva cui è sottoposto l'obbligo di restituzione a carico dello scontatario"*; Cass. 8128/1990 *"Ma l'attualità di detta obbligazione, e, correlativamente, l'esigibilità del credito della banca, scontante, postulano indefettibilmente l'inadempimento del terzo. Ciò vale tanto per lo sconto di cambiali od assegni, rispetto al quale l'art. 1859 cod. civ. espressamente identifica nel mancato pagamento del debitore cartolare il fatto generatore della facoltà di avvalersi dei contratti di sconto per il recupero della somma anticipata (oltre che dell'azione di regresso in forza del titolo), quanto per lo sconto ordinario, posto che, trattandosi, ai sensi dell'art.*

11858 cod. civ., di anticipazione dietro cessione del credito "salvo buon fine", e il "cattivo fine", della cessione medesima, cioè l'inadempimento del debitore ceduto, che opera quale condizione risolutiva dell'erogazione (v. Cass. n. 1465 del 18 aprile 1976, n. 2018 del 24 luglio 1964).Pertanto, la banca, che chieda al cliente il rimborso della somma anticipata, deve dedurre e dimostrare l'inadempienza del terzo, vertendosi in tema di condizione dell'azione").

È stato precisato, sul piano processuale, che è onere della banca dimostrare il verificarsi della clausola “salvo buon fine”, che rappresenta la condizione risolutiva della cessione del credito e, quindi, allo stesso è subordinato il diritto della banca alla restituzione della somma anticipata (cfr. Cass. 8128/1990 “*Il contratto di sconto si perfeziona con la cessione "pro solvendo" di credito verso un terzo, dietro versamento di somma corrispondente all'importo del credito stesso, ridotta del previsto tasso. Può quindi convenirsi con la ricorrente, quando rileva che l'obbligazione restitutoria del cliente discende dal contratto e non dal successivo inadempimento del terzo (v. Cass. n. 2938 del 18 ottobre 1971).Ma l'attualità di detta obbligazione, e, correlativamente, l'esigibilità del credito della banca, scontante, postulano indefettibilmente l'inadempienza del terzo. Ciò vale tanto per lo sconto di cambiali od assegni, rispetto al quale l'art. 1859 cod. civ. espressamente identifica nel mancato pagamento del debitore cartolare il fatto generatore della facoltà di avvalersi del contratti di sconto per il recupero della somma anticipata (oltre che dell'azione di regresso in forza del titolo), quanto per lo sconto ordinario, posto che, trattandosi, ai sensi dell'art. 11858 cod. civ., di anticipazione dietro cessione del credito "salvo buon fine", e il "cattivo fine", della cessione medesima, cioè l'inadempimento del debitore ceduto, che opera quale condizione risolutiva dell'erogazione (v. Cass. n. 1465 del 18 aprile 1976, n. 2018 del 24 luglio 1964). Pertanto, la banca, che chieda al cliente il rimborso della somma anticipata, deve dedurre e dimostrare l'inadempienza del terzo, vertendosi in tema di condizione dell'azione").*

Particolarmente complessa è la questione dell'incidenza della sentenza dichiarativa di fallimento sul contratto di sconto e, precisamente, se essa determina ai sensi dell'art. 1186 c.c., l'immediata esigibilità del credito nei confronti del debitore fallito.

Si deve precisare che la sentenza dichiarativa di fallimento determina automaticamente la scadenza del termine di cui all'art. 1186 c.c. e l'immediata esigibilità di tutti i crediti nei confronti dell'impresa insolvente.

Nel contratto di sconto, tuttavia, il diritto di credito della banca nei confronti dello scontatario è sottoposto alla condizione risolutiva dell'inadempimento del debitore

ceduto e, quindi, al trasferimento della titolarità del credito allo scontatario, pertanto, l'obbligazione dello scontatario non è meramente differita ma sospesa, dunque, eventuale e incerta (circa l'inapplicabilità dell'art. 1186 c.c. al contratto di sconto cfr. Cass. 4163/90 *“La questione relativa all'applicabilità dell'art. 1186 c.c. nel contratto di sconto bancario (artt. 1858 ss. c.c.), variamente risolta dai giudici di merito, viene, a quanto consta, sottoposta per la prima volta all'esame di questa Corte. Per una corretta impostazione del problema occorre, preliminarmente, distinguere l'ipotesi di insolvenza dello scontatario da quello di insolvenza del debitore ceduto (cartolare o non), muovendo dalla premessa (codificata e, quindi, non ragionevolmente discutibile) che l'obbligazione di restituzione ("ex causa" o in via di regresso) del primo è sospensivamente condizionata al mancato pagamento da parte dell'altro (da ultimo, Cass. 4630-1986). Ne deriva che l'insolvenza dello scontatario esula dalla previsione della norma citata (art. 1186) e non può, quindi, configurarsi, rispetto a lui, la decadenza dal beneficio del termine, proprio perché la sua non è un'obbligazione semplicemente differita (ma certa), bensì sospesa e, dunque, eventuale o incerta (v. anche Cass. 972-1972). Ove, invece, insolvente sia il debitore ceduto, la decadenza del termine prefisso a suo favore si ripercuote (può ripercuotersi) sull'obbligazione dello scontatario (cedente "pro solvendo"), sempre che, peraltro, lo scontante (cessionario) abbia vanamente richiesto il pagamento al terzo debitore o questi debba considerarsi, comunque, inadempiente, coincidendo il suo inadempimento con l'avveramento della condizione alla quale era subordinata l'obbligazione del cedente, che diviene, perciò, anch'essa (e di riflesso) immediatamente esigibile”).*

In caso di dichiarazione di fallimento, quindi, il diritto di credito dell'ente bancario alla restituzione della somma anticipata può essere ammesso al passivo con riserva ai sensi dell'art. 55 ult. co. L.F. che sarà sciolta con esito positivo da parte del giudice delegato qualora si verifichi e sia dimostrato l'inadempimento del debitore ceduto

3.2. Tanto premesso sul piano delle norme applicabili, il tribunale rileva che la opponente e la società Decom hanno stipulato un contratto normativo diretto a regolare i successivi contratti di sconto proprio.

Il collegio osserva, tuttavia, che la banca ha omesso di depositare i singoli contratti di sconto e di dimostrare l'erogazione della somma anticipata e, quindi, il perfezionamento degli stessi contratti.

4. Domanda di ammissione del credito di euro € 38.055,78 per esposizione del finanziamento industriale n. 30280843 del 5/2/2007.

La domanda è infondata e deve essere rigettata.

In particolare il banco di Napoli, rispetto alla specifica eccezione dell'ufficio fallimentare, non ha dimostrato la data certa, anteriore alla dichiarazione di fallimento della Decom s.r.l. del contratto di finanziamento.

4.1. Appare opportuno svolgere delle osservazioni preliminari in ordine alla questione dell'ambito di applicazione dell'art. 2704 c.c. e delle forme processuali attraverso le quali il tribunale può avere cognizione dell'eccezione diretta a contestare l'antiorità del credito fatto valere da un soggetto alla dichiarazione giudiziale d'insolvenza.

Gli artt. 42, 44 R.D. 267/42 prevedono l'inefficacia degli atti compiuti dal soggetto fallito ovvero, in forza del richiamo operato dagli artt. D.Lgs. 270/99, dall'imprenditore dichiarato insolvente con la conseguenza che, affinché un atto abbia effetto nei confronti della massa dei creditori, è necessario che lo stesso sia anteriore alla dichiarazione giudiziale di insolvenza.

L'art. 52 L.F. dispone che il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito, quindi, dalla lettura congiunta degli artt. 52, 42, 44 L.F., emerge che gli unici soggetti che hanno il diritto di concorrere sono coloro titolari di un credito anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Il legislatore detta il criterio di composizione del conflitto tra creditori concorsuali e creditori post concorsuali, precisando, quindi, che solo i titolari di crediti anteriori alla dichiarazione giudiziale d'insolvenza possono essere ammessi allo stato passivo.

L'art. 2704 c.c., che detta la disposizione che regola l'opponibilità delle scritture private nei confronti dei terzi, rappresenta il riferimento normativo in forza del quale accertare, nelle procedure concorsuali, l'antiorità del titolo giustificativo della pretesa creditoria rispetto alla dichiarazione giudiziale d'insolvenza.

È stato precisato che rientrano nel concetto legislativo di "terzo" coloro che in base ad una normativa specifica, espressamente (si vedano i casi regolati dagli artt. 1265, 1380, 2914 n. 3 e n. 4, per esempio) ovvero in base all'interpretazione sistematica, possono vantare un diritto in conflitto con quello derivante dalla scrittura di cui si tratta, contrasto che il legislatore regola tramite il criterio dell'antiorità della data.

Nel corso del giudizio di verifica, l'organo rappresentante gli interessi della massa dei creditori è terzo sia rispetto all'imprenditore ammesso alla procedura concorsuale sia

rispetto ai singoli creditori concorrenti (SS.UU. 8879/90 che ha affermato: “Il curatore, il quale non è un successore del fallito, non ha preso parte al rapporto giuridico posto a base della pretesa creditoria fatta valere in sede di ammissione, ed è dunque da considerare terzo rispetto ad esso. Ne consegue pertanto che, in sede di verifica dei crediti, ai fini della determinazione della data di scritture private trova piena applicazione l'art. 2704 c.c., comma 1”).

In questi casi, gli effetti del titolo documentato dalla scrittura dipendono dalla certezza della data, in quanto non si verificano gli effetti che certi terzi possono vantare, basandosi su un diritto postulato in concorso con quello nascente da quel titolo, avente come punto di riferimento il medesimo bene giuridico (Cass. n. 4030/74).

La seconda questione che assume rilievo ha a oggetto le forme processuali tramite le quali la contestazione della natura concorsuale del credito perviene nella sfera di cognizione del tribunale.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale l'anteriorità alla dichiarazione giudiziale d'insolvenza è elemento caratterizzante il diritto di credito necessario per qualificarlo come pretesa concorsuale, pertanto, colui che propone istanza di ammissione allo stato passivo ha l'onere di allegare e provare quale causa petendi della propria domanda sia il fatto costitutivo del diritto sia la sua anteriorità alla dichiarazione di fallimento.

L'anteriorità del credito, secondo questo orientamento, assume i connotati di un elemento costitutivo del diritto di partecipare al concorso e, quindi, alla distribuzione dell'attivo fallimentare. Non si tratta di eccezione in senso stretto riservata all'iniziativa di parte (curatore o creditori concorrenti).

Logico corollario è che la mancanza della data certa è rilevabile di ufficio dal giudice, oltre che in sede di verifica, anche nel giudizio di opposizione a stato passivo e comporta il rigetto nel merito della domanda, indipendentemente dall'attività difensiva spiegata dalla curatela e, in particolare, a prescindere da un formale disconoscimento della scrittura (cfr. Cass. 21251/10 che ha affermato: “*Va ribadito che l'anteriorità del credito - del quale si chiede l'ammissione al passivo fallimentare - rispetto alla dichiarazione di fallimento è elemento costitutivo del diritto di partecipare al concorso e, quindi, alla distribuzione dell'attivo, con la conseguenza che tale anteriorità del credito, dovendo essere provata dal creditore*”).

istante, non può formare oggetto di eccezione in senso stretto riservata all'iniziativa di parte (curatore o creditori concorrenti)”; cfr. anche Cass. ord. 2010/22711 che ha affermato: “le Sezioni unite hanno chiarito che nel nostro ordinamento le eccezioni in senso stretto, cioè quelle rilevabili soltanto ad istanza di parte, si identificano o in quelle per le quali la legge espressamente riserva il potere di rilevazione alla parte o in quelle in cui il fatto integratore dell'eccezione corrisponde all'esercizio di un diritto potestativo azionabile in giudizio da parte del titolare e, quindi, per svolgere l'efficacia modificativa, impeditiva od estintiva di un rapporto giuridico suppone il tramite di una manifestazione di volontà della parte (da sola o realizzabile attraverso un accertamento giudiziale) (Sez. U, Sentenza n. 15661 del 27/07/2005)”.

Secondo un differente orientamento giurisprudenziale, seguito recentemente dalla Corte di Cassazione a sezioni unite, l'art. 2704 c.c. detta la disciplina dei limiti di efficacia soggettiva dell'atto stabilendo la certezza della data quale fatto impeditivo della pretesa azionata sulla base del documento (cfr. SS.UU. 4213/13 che ha precisato: “Al riguardo occorre innanzitutto precisare che l'art. 2704 è inserito nel libro sesto (tutela dei diritti), titolo secondo (delle prove), capo secondo (della prova documentale), sezione seconda (della scrittura privata), e regola quindi l'efficacia dell'atto senza incidere in alcun modo sulla sua validità. Da tale rilievo (consistente cioè nel fatto che l'atto a sostegno della richiesta è valido, pur non essendo opponibile al terzo) discende pertanto che l'onere probatorio incombente su creditore istante in sede di ammissione può ritenersi soddisfatto ove prodotta documentazione idonea a dimostrare la fondatezza della pretesa formulata, mentre l'eventuale mancanza di data certa nella detta documentazione costituisce un semplice fatto impeditivo del riconoscimento del diritto fatto valere”).

In assenza di una norma che riservi alla parte la legittimazione a eccepire il fatto impeditivo rappresentato dall'assenza di data certa, il giudice ha il potere ai sensi dell'art. 112 c.p.c. di rilevare d'ufficio l'eccezione (Cfr. SS.UU. 4213/13: “L'eccezione in senso stretto, che si sostanzia in un contraddittorio contrapposto al fatto costitutivo invocato dall'attore e la cui rilevazione è subordinata alla espressa manifestazione di volontà della parte che vi abbia interesse, ha carattere eccezionale, essendo limitata alle ipotesi in cui la legge riserva la relativa iniziativa esclusivamente all'interessato (C. 09/24680, C. 07/14581, C. 05/15661, C. 01/226, C. 98/6272, C. 98/1099). Il silenzio normativo sul punto (la L. Fall., art. 95, comma 1, non attribuisce infatti al curatore alcun potere di esclusiva in merito) comporta pertanto che l'eccezione oggetto di esame non può essere annoverata fra quelle catalogate in senso stretto. La

carezza di data certa va dunque considerata come fatto impeditivo oggetto di eccezione in senso lato. In particolare la L. Fall., art. 95, comma 3, dispone che all'udienza fissata per l'esame dello stato passivo il giudice decide sulle domande sulla base delle relative conclusioni "ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore, ai quelle rilevabili di ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati. E' quindi espressamente attribuito al giudice delegato il potere- dovere di sollevare le eccezioni rilevabili di ufficio, potere-dovere che peraltro, anche in assenza di espresso dato normativo, sarebbe comunque desumibile dai principi già affermati da questa Corte in tema di ampliamento del rilievo di ufficio della nullità, pure in presenza di azione di risoluzione (C. 12/14828).10. a) Deve dunque concludersi che, ferma restando la necessità che il dato risulti dagli atti, ove ciò si verifichi il giudice delegato ben può sollevare il rilievo di ufficio dell'eccezione in senso lato e quindi, per quel che interessa, anche quello concernente la mancanza di data certa della scrittura privata prodotta (C. 11/24432, C. 10/22711, C. 10/21251, C. 07/7739)".

4.2. Tanto premesso sul piano dei principi e delle norme applicabili, il collegio nel rilevare che difetta la prova della data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento del contratto di finanziamento e che, comunque, manca la prova della erogazione della somma mutuata, osserva che la domanda della banca deve essere rigettata.

5. Il collegio in applicazione dell'art. 91 c.p.c. condanna il Banco di Napoli a pagare a titolo di rimborso delle spese processuali alla curatela del fallimento Decom s.r.l, Unipersonale la somma di euro 8.500,00 oltre spese generali, Iva e Cassa come per legge.

P.Q.M.

-rigetta la domanda;

- condanna il Banco di Napoli a pagare a titolo di rimborso delle spese processuali alla curatela del fallimento Decom s.r.l, Unipersonale la somma di euro 8.500,00 oltre spese generali, Iva e Cassa come per legge.

Aversa, 20 aprile 2016.

Il Presidente

Dott. A.S. Rabuano