

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

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 18861-2006 proposto da:

alfa S.R.L. (C.F. (OMISSIS)), nella qualità di procuratore di BANCA nonchè di beta S.R.L.

- ricorrente -

contro

FALLIMENTI gamma S.A.S. ED C.E., in persona del Curatore dott. G.C.,

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 1166/2005 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 05/05/2005;

Svolgimento del processo

1. Con sentenza in data 28 marzo 2002, il Tribunale di Milano respinse l'opposizione proposta da Banca allo stato passivo del fallimento della gamma s.a.s. e del socio accomandatario C.E.. La banca opponente aveva lamentato l'ammissione al chirografo del suo credito da saldo di conto corrente, garantito da pegno, e il tribunale ritenne il pegno, per quel che qui ancora rileva, revocabile a norma dell'art.2901 c.c. perchè gratuito.

2. La sentenza di primo grado è stata confermata dalla Corte d'appello di Milano con sentenza 5 maggio 2005. La corte territoriale ha respinto la tesi difensiva della banca appellante, che l'inopponibilità nascente dalla revocabilità della garanzia prestata potesse essere fatta valere solo in esito ad azione revocatoria, e non anche in via di eccezione in sede di ammissione al passivo; e ha ritenuto la garanzia, rilasciata per un debito scaduto e contro una dilazione di cinque mesi, gratuita, non essendo stata pattuita la sospensione degli interessi.

3. Per la cassazione di questa sentenza ricorre la alfa s.r.l. quale procuratrice di Banca con un atto affidato a tre motivi, illustrato anche con memoria.

Il fallimento resiste con controricorso notificato il 20 luglio 2006.

Motivi della decisione

4. Con il PRIMO motivo la ricorrente denuncia la violazione delle norme sull'accertamento del passivo, in relazione alla revocabilità della garanzia pignoratizia fatta valere dal curatore del fallimento in quella sede. Sostiene che l'azione revocatoria, per la sua natura costitutiva, può essere fatta valere solo in via di azione, che nella fattispecie non è stata proposta, e non anche in via di eccezione.

5. Il motivo è infondato. La giurisprudenza di legittimità sul punto, peraltro già richiamata nella sentenza impugnata, è consolidata nel senso che nella fase di verifica dei crediti non è necessario, per escludere il credito o la garanzia, che sia formalmente proposta dal curatore

l'azione revocatoria, perchè la legge consente al giudice delegato l'indicata esclusione sulla semplice contestazione del curatore medesimo, nè quest'ultimo è tenuto a proporre in via riconvenzionale tale azione nel giudizio promosso dal creditore ai sensi della L. Fall., art.98, essendo sufficiente che si limiti a richiedere il rigetto della proposta opposizione allo stato passivo (da ultimo, con riferimento al regime anteriore alla riforma del decreto n.5 del 2006, Cass. 26 luglio 2002, n.11029).

Gli argomenti svolti dalla ricorrente sono diretti a ottenere di tale indirizzo una revisione, della quale mancano tuttavia i presupposti.

E' opportuno premettere che nella fattispecie si discute dell'efficacia nel fallimento della prestazione di una garanzia a titolo gratuito (salvo ciò che si dirà in seguito a proposito di tale qualificazione). Nelle procedure concorsuali queste fattispecie sono regolate dalla L. Fall., art.64, che, ricorrendone i presupposti temporali, le dichiara inefficaci, senza che a tal fine si richieda l'esercizio di un'apposita azione degli organi della procedura. Nel dibattito tradizionale sul punto, ha svolto in effetti un ruolo consistente la natura dichiarativa o costitutiva dell'azione, non dubitandosi che la qualificazione dell'inefficacia relativa come discendente direttamente dalla previsione di legge ne comporterebbe la rilevabilità d'ufficio. Nella fattispecie di causa, tuttavia, non è stata fatta applicazione di questa norma, bensì dell'art. 2901 c.c..

E' vero, peraltro, che la natura costitutiva della revocatoria fallimentare, disciplinata dalla L. Fall., art.67, costituisce un punto fermo della giurisprudenza, dalla sentenza della Sezioni unite di questa corte 13 giugno 1996, n.5443. Nella giurisprudenza di legittimità, inoltre, si rinviene talvolta l'affermazione che la stessa qualificazione costitutiva deve riconoscersi alla revocatoria ordinaria (in questo senso, di recente, Cass. 12 maggio 2011 n.10486; in motivazione di Cass. 30 agosto 2007 n.18312 ciò è giustificato con la stessa formulazione testuale dell'art. 2901 c.c. che, riferendosi agli atti di cui il creditore "*può domandare*" la dichiarazione d'inefficacia nei suoi confronti, suppone un accertamento costitutivo), e da tale indirizzo il collegio non intende discostarsi.

E', tuttavia, insegnamento ugualmente consolidato della corte, peraltro in conformità con la dottrina prevalente, quello che l'ammissibilità dell'accertamento costitutivo incidentale non trova ostacolo nell'art.2697 cpv. il quale, nel sancire il diritto di eccezione, non introduce una limitazione con riguardo agli effetti costitutivi; nè nell'art.2908 il quale, nel prevedere il potere dell'autorità giudiziaria di modificare i rapporti giuridici con effetto tra le parti, non lo condiziona alla circostanza che esso sia richiesto in via principale anzichè in via incidentale, sempre che, come nel caso in esame, detto potere costitutivo sia previsto dalla legge (peraltro già Cass. 5443/1996 aveva osservato che la limitazione di detto tipo di pronuncia ai "*casi previsti dalla legge*" non ne contiene l'individuazione in situazioni tipiche e nominate, non escludendosi gli ordinari criteri interpretativi ai fini dell'individuazione della fattispecie, costituente l'esercizio simultaneo di un potere processuale, teso al provvedimento giurisdizionale, e di un potere sostanziale volto alla modificazione di un rapporto preesistente, in presenza di determinate situazioni presupposte).

In tale quadro si comprende perchè, anche dopo la citata sentenza delle sezioni unite, questa corte abbia ribadito l'insegnamento tradizionale (e risalente almeno a Cass. 24 maggio 1965 n.1002), per il quale, nella fase di verifica dei crediti non è necessario, per escludere il credito o la garanzia, che sia formalmente proposta dal curatore l'azione revocatoria, consentendo la legge

al giudice delegato l'indicata esclusione sulla semplice contestazione del curatore medesimo, e non essendo quest'ultimo tenuto a proporre in via riconvenzionale tale azione nel giudizio promosso dal creditore ai sensi della L. Fall., art.98, ma potendo egli limitarsi a chiedere il rigetto della proposta opposizione allo stato passivo (Cass. 26 luglio 2002, n. 11029).

Occorre anche precisare che la modalità dell'azione non ha nulla a che fare con legittimazione, riservata al curatore, nè con la competenza del tribunale fallimentare, le quali non sono influenzate dalla soluzione che al riguardo si adotti (e, sebbene nella fattispecie trovasse applicazione la L. Fall., art.95, nel testo anteriore alla riforma del 1996, non sono adottati elementi per supporre che l'esclusione della garanzia sia stata dichiarata d'ufficio dal giudice delegato, e non su indicazione del curatore che obbligatoriamente lo assisteva).

La ricorrente sostiene tuttavia che la possibilità di far valere in via di eccezione un diritto potestativo di modificazione di un rapporto giuridico è circoscritta ai casi di azioni costitutive non aventi carattere necessario, e cioè ai casi in cui l'effetto giuridico dell'azione non deve necessariamente verificarsi per via giudiziale, potendo trovare realizzazione anche attraverso un accordo tra le parti; e che, inoltre, l'azione revocatoria rientrerebbe proprio tra questi casi di azioni costitutive necessarie. Sulla prima di tali affermazioni deve convenirsi.

Quanto alla seconda affermazione, la ricorrente può richiamarsi ad alcuni precedenti di questa corte di legittimità. In particolare, si cita Cass. 30 agosto 2007, n.18312, in motivazione, per la quale tale possibilità di realizzazione dell'effetto costitutivo anche attraverso un accordo tra le parti - presente ad esempio nel caso della risoluzione per inadempimento (Cass. n. 6733/2005) - manca nel caso della revocatoria, ordinaria o fallimentare, poichè l'effetto giuridico dell'inefficacia, nei confronti del creditore ovvero della massa dei creditori, di un atto valido ed efficace tra le parti non è nella disponibilità di queste ultime o dei creditori e, pertanto, può essere conseguito soltanto con una pronuncia del giudice.

A questo precedente può aggiungersi Cass. 27 ottobre 2006 n.23269, per cui le richieste di revoca della garanzia ipotecaria L. Fall., ex art.67, comma 1, nn. 3 e 4 ed ex art.67, comma 2 non presuppongono un mero accertamento, ma comportano una pronuncia costitutiva, che non può formare oggetto di una semplice controeccezione volta a paralizzare l'eccezione dell'avversario, e va introdotta con specifica domanda (Cass, 27 ottobre 2006 n.23269). In tal modo, le massime che si traggono da tali precedenti si pongono in contrasto con l'orientamento tradizionale di cui s'è detto. Il collegio non ritiene, tuttavia, di potersi uniformare a questi precedenti, nei quali il punto è affermato ma non specificamente motivato.

La questione del carattere (non) necessario, in ragione dell'effetto costitutivo perseguito, dell'azione revocatoria, nel senso in precedenza precisato, era stata già esaminata nella sentenza delle sezioni unite n.5443/1996 citata. Nella motivazione di quella sentenza si osservava, a questo riguardo, che, se il necessario ricorso, per la curatela, all'azione giudiziale è disposto essenzialmente a tutela della controparte, nulla esclude che il destinatario dell'azione possa rinunciare a quella forma di tutela a suo vantaggio, in materia di diritti patrimoniali disponibili, rendendo così inutile l'instaurazione o la prosecuzione del giudizio. Ciò che, in definitiva, il titolare del diritto potestativo non può ottenere se non con l'azione giudiziale, il destinatario dell'azione può ben attribuire, in materia di disponibilità di diritti, con il riconoscimento della fondatezza della pretesa avversa. Nulla esclude che il convenuto stesso possa riconoscere anticipatamente, rispetto all'introduzione o alla definizione della causa, la fondatezza della pretesa della curatela a vedere sanzionato con la declaratoria d'inefficacia l'atto impugnato, e in

tal caso l'atto ricognitivo assume esso stesso valore dispositivo del bene patrimoniale controverso.

Il collegio condivide tale insegnamento, al quale, del resto, non sono state mosse critiche motivate. Di conseguenza, il motivo di ricorso in esame deve essere respinto in base al seguente principio di diritto: *nella fase di verifica dei crediti ammessi in sede fallimentare non è necessario, per escludere la garanzia che venga formalmente proposta dal curatore l'azione revocatoria, perchè la legge consente al giudice delegato l'indicata esclusione sulla semplice contestazione del curatore medesimo, nè quest'ultimo è tenuto a proporre in via riconvenzionale tale azione nel giudizio promosso dal creditore ai sensi della L. Fall., art.98, potendo la revocabilità dell'atto - che postula un accertamento costitutivo nel quale l'intervento del giudice non ha carattere necessario - farsi valere anche in via di eccezione.*

6. Con il SECONDO motivo si denuncia la violazione dell'art.2901, avendo la corte territoriale dichiarato a titolo gratuito la costituzione di un pegno per un debito scaduto, nonostante l'esistenza di un vantaggio per il debitore costituito dalla dilazione di pagamento. Il motivo è fondato.

7. La Corte territoriale, dopo aver accertato che, dopo la scadenza del debito, la dilazione del pagamento fu accordata dal Banco creditore in manifesta connessione con la garanzia pignorizia offerta, in rapporto al perdurare del rischio creditizio da tempo in atto, cioè preesistente, ha ciò nonostante qualificato gratuita la medesima garanzia sul rilievo che la dilazione di cinque mesi fu accordata senza sospensione del corso degli interessi. In ciò deve ravvisarsi la denunciata violazione dell'art.2901 cc.. Il giudice di merito non s'è avveduto che il vantaggio del debitore era stato già conseguito con la dilazione del pagamento, e che la circostanza che, perdurando la mora, sarebbero maturati altri interessi non valeva a rendere gratuita per il creditore, nè priva di corrispettivo per il debitore, la garanzia accordata.

8. Il motivo deve essere pertanto accolto, e la sentenza deve essere cassata, con assorbimento dell'ultimo motivo, vertente sulla motivazione omessa in punto di preesistenza dei crediti pregiudicati al rilascio della garanzia.

8. La causa deve essere rinviata alla medesima corte territoriale, in altra composizione, per il nuovo giudizio, nel quale, anche ai fini del regolamento delle spese del presente giudizio di legittimità, il giudice del rinvio si atterrà al seguente principio di diritto: *in tema di azione revocatoria, il rilascio di una garanzia per un credito scaduto, con dilazione del pagamento, ha per il creditore carattere oneroso, che non è escluso dal diritto agli ulteriori interessi di mora che maturano durante la dilazione.*

PQM

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso; accoglie il secondo motivo e dichiara assorbito il terzo. Cassa la sentenza impugnata, e rinvia la causa, anche per il regolamento delle spese del presente giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Milano in altra composizione.

Così deciso a Roma, nella camera di consiglio della prima sezione della Corte suprema di cassazione, il 28 novembre 2012.

Depositato in Cancelleria il 23 gennaio 2013