

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

Composta dai sig. magistrati:

DE CHIARA Carlo – Presidente
AMATORE Roberto - Relatore

ORDINANZA

sul ricorso n. OMISSIS proposto da:

BANCA

- ricorrente -

Contro

FALLIMENTO SOCIETÀ

- controricorrente -

avverso il decreto del Tribunale di Lecco, depositato in data 23.10.2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 15/11/2019 dal Consigliere dott. Roberto Amatore;

RILEVATO CHE:

1. Con il decreto impugnato il Tribunale di Lecco - decidendo sull'opposizione allo stato passivo avanzata da BANCA nei confronti del FALLIMENTO SOCIETÀ in liquidazione, avverso il provvedimento emesso dal G.d. (con il quale il creditore istante era stato ammesso in via chirografaria al passivo per il credito da finanziamento industriale per Euro 2.171.572,41, avendo escluso la natura fondiaria per mancanza del requisito della contestualità della iscrizione ipotecaria e conseguente inapplicabilità del disposto di cui all'art. 30, comma 4, T.U.B. e facendo valere dunque la revocatoria in via breve, ai sensi della L. Fall., art. 67, comma 1, n. 4, nei confronti della iscrizione ipotecaria intervenuta nei sei mesi precedenti al fallimento) - ha confermato il provvedimento di ammissione in via meramente chirografaria, respingendo l'opposizione proposta dal creditore per reclamare la natura fondiaria del credito già ammesso e dunque la non revocabilità della garanzia.

Il Tribunale ha ricordato che mancava, nel caso di specie, il requisito della contestualità tra stipulazione del mutuo, erogazione delle somme da parte della banca ed iscrizione della ipoteca, tale da far ritenere fondiario il credito, atteso che se era vero, per un verso, che tale contestualità si era registrata in un primo momento (giacché la conclusione del mutuo era intervenuta in data 5.10.2006 e la iscrizione della ipoteca era avvenuta in data 11.10.2006) era altrettanto vero, che, in un secondo momento, era intervenuta la cancellazione della prima iscrizione ipotecaria in data 29.10.2009 per stessa volontà del creditore, in seguito ad una "ristrutturazione" del debito non novativa e l'iscrizione di nuova ipoteca, ai sensi dell'art. 2881 c.c., in data 30.3.2012. Il tribunale ha, pertanto, ritenuto che se era da riconoscersi incontestabilmente natura fondiaria al credito per il quale era stata iscritta ipotesi di primo grado nel 2006, altrettanto non poteva farsi in relazione alla seconda ipoteca iscritta nel marzo

Ordinanza, Corte di Cassazione, sez. I Civ., Pres. De Chiara – Rel. Amatore, n. 219 del 9 gennaio 2020

2012, stante la non contestualità della iscrizione della garanzia rispetto alla conclusione del contratto di mutuo e alla erogazione della somma mutuata. Il tribunale ha evidenziato che l'ipoteca fondiaria iscritta l'11.10.2006 si era estinta a seguito della sua cancellazione e che il relativo debito da restituzione era rimasto privo di garanzia e dunque regredito al ruolo di chirografo e che la nuova ipoteca (iscritta dopo l'estinzione della precedente) - sebbene fosse diretta a garantire la restituzione delle somme erogate a mutuo - era da considerarsi una ipoteca nuova, che prendeva un nuovo grado dalla sua data di iscrizione, dovendosi, tuttavia, riconoscere che il grado era comunque quello dell'ipoteca fondiaria originaria. Il tribunale ha dunque concluso per l'inapplicabilità del regime di esenzione dalle revocatorie di cui all'art. 39 TUB e per l'applicabilità, pertanto, della disciplina della revocatoria fallimentare prevista dalla L. Fall., art. 67, comma 1, n. 4.

Il giudice della opposizione ha, tuttavia, ritenuto inapplicabile la revocatoria in via breve prevista dalla L. Fall., art. 67, comma 1, n. 4, in relazione all'iscrizione ipotecaria sopra indicata (come invece ritenuto dal g.d., in sede di verifica del passivo), giacché la stessa non rientrava nel termine semestrale previsto dalla norma da ultima indicata, anche in ragione del fatto che il predetto termine era da intendersi decorrente, in caso di consecuzione tra procedure concorsuali, dal decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, anziché dalla domanda di ammissione.

Il tribunale ha, invece, ritenuto applicabile la diversa ipotesi di revocatoria fallimentare della garanzia prestata, per come prevista dalla L. Fall., art. 67, comma 1, n. 3, eccepita dalla curatela in sede di giudizio di opposizione e ricorrente, nel caso di specie, in ragione, da un lato, del diverso termine annuale applicabile e della natura di debiti precedenti non scaduti oggetto della contestata garanzia e, dall'altro, della mancata dimostrazione da parte della banca dell'assenza della *scientia decoctionis*.

2. Il decreto, pubblicato il 23.10.2014, è stata impugnato dalla BANCA con ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, cui la curatela fallimentare ha resistito con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

CONSIDERATO CHE:

1. Con il PRIMO MOTIVO la parte ricorrente - lamentando, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 38, art. 39 comma 4 e dell'art. 1230 c.c., art. 2808 c.c., comma 1, art. 2878 c.c., comma 1, e art. 2881 c.c. - si duole del mancato riconoscimento della natura fondiaria del credito ammesso e dunque della illegittima disapplicazione del regime di esenzione dalle revocatorie previsto dalla L. Fall., art. 67, u.c., e dall'art. 39, comma 4, del sopra menzionato T.U.B.. Sostiene la ricorrente che la natura giuridica del credito fondiario, originariamente sorto in virtù di contestuale iscrizione ipotecaria, non poteva mutare se non a seguito di una novazione del rapporto contrattuale (circostanza quest'ultima esclusa anche nel provvedimento impugnato) e che non poteva disconoscersi tale qualità del credito per il mero evento della non contestualità tra stipulazione del mutuo/concessione di garanzia ipotecaria ed iscrizione di quest'ultima nei registri immobiliari, evidenziando l'errore del tribunale nell'aver confuso tra concessione della garanzia da parte del debitore (pacificamente avvenuta quest'ultima al momento della stipulazione del mutuo) ed iscrizione della ipoteca nei registri immobiliari. Si osserva, altresì, che lo stesso provvedimento impugnato aveva evidenziato la natura fondiaria del credito originariamente sorto e che la nuova iscrizione ipotecaria era riferita al medesimo credito, così qualificato, ed aveva preso il medesimo grado della precedente iscrizione, dovendosi così chiarire che la cancellazione della prima iscrizione ipotecaria era intervenuta per mero errore,

Ordinanza, Corte di Cassazione, sez. I Civ., Pres. De Chiara – Rel. Amatore, n. 219 del 9 gennaio 2020

come ammesso sia nel provvedimento impugnato che nelle difese della controparte processuale.

2. Con il SECONDO MOTIVO si deduce, sempre ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione della L. Fall., art. 67, u.c., in relazione alla mancata applicazione del regime delle esenzioni dalla revocatoria fallimentare prevista per i crediti fondiari.

3. Con il TERZO MOTIVO si denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione della L. Fall., art. 67, comma 1, n. 3. Si evidenzia la non applicabilità della revocatoria prevista dalla norma da ultimo citata perché l'ipoteca oggetto della eccezione revocatoria era stata concessa contestualmente alla stipula del contratto di mutuo (a nulla rilevando la data della iscrizione della ipoteca) e perché, anche qualora non si ritenesse riconoscibile la natura fondiaria del credito, l'operazione di costituzione della garanzia avrebbe potuta essere revocabile ai sensi della L. Fall., art. 67, comma 2.

4. Con il QUARTO MEZZO si articola, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, vizio di violazione dell'art. 2855 c.c. in punto di decorrenza degli interessi, con richiesta di decisione della causa nel merito ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 2.

5. Il ricorso è fondato quanto ai primi due motivi, che possono essere trattati congiuntamente, stante la consequenzialità delle questioni trattate, motivi il cui accoglimento determina l'assorbimento anche delle restanti doglianze.

5.1 Occorre evidenziare che i dati fattuali indicati nel provvedimento impugnati non sono contestati né controversi tra le parti.

Ed invero, la conclusione del mutuo (da cui origina il credito ammesso in via chirografaria) era intervenuta in data 5.10.2006 e la consequenziale iscrizione dell'ipoteca era avvenuta in data 11.10.2006, di talché lo stesso provvedimento impugnato ammette (come anche la curatela fallimentare controricorrente) che il credito oggetto della richiesta di ammissione al passivo era sorto come credito fondiario, perché contestualmente assistito dall'iscrizione di ipoteca di primo grado su bene immobile, come prescritto dall'art. 38 TUB.

Successivamente, era intervenuta (ed anche qui i dati fattuali non sono controversi) la cancellazione, in data 29.10.2009, da parte del creditore mutuante della prima iscrizione ipotecaria, in seguito ad una "ristrutturazione" del debito dichiarata non novativa, e l'iscrizione di nuova ipoteca, ai sensi dell'art. 2881 c.c., in data 30.3.2012.

5.2 Sulla base di questi incontestati dati fattuali, il tribunale ha, tuttavia, ritenuto che, se era da riconoscersi natura fondiaria al credito per il quale era stata iscritta ipoteca di primo grado nel 2006, altrettanto non poteva farsi in relazione alla seconda ipoteca iscritta nel marzo 2012, stante la non contestualità dell'iscrizione della garanzia rispetto alla conclusione del contratto di mutuo e all'erogazione della somma mutuata.

Il tribunale ha però evidenziato nella sua ricostruzione che la nuova iscrizione - incontestabilmente riferita sempre al credito sorto dal contratto di mutuo "originariamente" avente natura fondiaria - prendeva, dopo la iscrizione eseguita ai sensi dell'art. 2881 c.c., il medesimo grado della prima iscrizione ipotecaria (in assenza evidentemente di altre iscrizioni intervenute medio tempore), e dunque conseguentemente il primo grado richiesto per il credito fondiario originato dal contratto di mutuo stipulato (e poi erogato) dall'istituto di credito.

5.3 Ma se così è, allora non può non riconoscersi natura fondiaria al credito cui inerisce anche la seconda iscrizione ipotecaria (quella già intervenuta dopo la cancellazione erroneamente

Ordinanza, Corte di Cassazione, sez. I Civ., Pres. De Chiara – Rel. Amatore, n. 219 del 9 gennaio 2020

eseguita dalla banca e la nuova iscrizione della ipoteca ex art. 2881 c.c.), atteso che, per la stessa definizione fornita dall'art. 38, comma 1, T.U.B., elementi costitutivi della qualifica fondiaria del credito sono, da un lato, la concessione da parte di un istituto di credito di "finanziamenti a medio e lungo termine" e, dall'altro, la garanzia da "ipoteca di primo grado su immobili", ove tale garanzia si costituisce tramite concessione da parte del debitore (art. 2741 c.c.) e successiva iscrizione da parte del creditore nell'ufficio dei registri immobiliari del luogo ove si trovano gli immobili (art. 2827 c.c.), rivestendo tale iscrizione, come noto, natura costitutiva (cfr. anche Cass. n. 24792 del 05/12/2016).

Orbene, tali "elementi costitutivi" sono, invero, ricorrenti anche nel caso di specie in relazione al credito oggi in esame (peraltro, ammesso al passivo in via chirografaria, già in sede di verifica, da parte del g.d.), atteso che risulta incontestato che, da un lato, era stato stipulato, in data 5.10.2006, un mutuo "a lungo termine" tra la banca mutuante e la società in bonis e che, dall'altro, tale mutuo era stato garantito con contestuale concessione da parte del debitore di ipoteca di primo grado su bene immobile, ipoteca iscritta, poi, in data 11.10.2006.

5.4 Ne consegue che la successiva costituzione della ipoteca tramite altra iscrizione (avvenuta in data 30.3.2012) - dopo la cancellazione della stessa intervenuta in data 29.10.2009 (anche qui in modo non controverso tra le parti) per mero errore della banca creditrice - inerisce sempre ad un credito fondiario, garantito, per l'appunto, da ipoteca di primo grado su bene immobile. Ed invero, tale ultima circostanza è data per pacifica anche nel provvedimento impugnato (cfr. pag.5), ove si evidenzia che la nuova iscrizione prendeva il medesimo grado della precedente (e dunque il primo grado) e riguardava il medesimo credito "fondiario", già garantito dalla prima iscrizione.

5.5 A diversa conclusione si sarebbe dovuto giungere, qualora - medio tempore - altro creditore avesse iscritto sul medesimo immobile altra ipoteca di primo grado, rendendo irrealizzabile la condizione espressamente prevista dall'art. 38, comma 1, T.U.B..

Non rileva, ai fini che qui interessano, la definizione di contestualità predicata nel provvedimento impugnato come necessità di contemporanea stipulazione del finanziamento, erogazione delle somme finanziate e costituzione della ipoteca di primo grado tramite iscrizione nei pubblici registri, atteso che tale "contestualità" temporanea non è prescritta espressamente dall'art. 38, comma 1, T.U.B., ma viene solo "operativamente" seguita dal creditore per evitare che tra la stipula del mutuo/concessione della garanzia ipotecaria da parte del debitore e l'iscrizione della ipoteca nei registri immobiliari possa intervenire altra iscrizione ipotecaria che non renda operativa la priorità di ipoteca richiesta per definizione normativa - per la qualifica fondiaria del relativo credito garantito; situazione che, tuttavia, non si è verificata - per quanto sopra precisato - nel caso di specie.

Ne consegue - in relazione al secondo motivo di censura - l'applicabilità del regime più favorevole previsto della L. Fall., art. 67, u.c..

I restanti motivi rimangono assorbiti.

5.6 Alla luce delle sopra riportate osservazioni, occorre, pertanto, affermare il seguente principio di diritto: *"Nel caso di cancellazione dell'originaria iscrizione ipotecaria di primo grado su bene immobile, avvenuta ai sensi dell'art. 38 t. u. b. per la qualifica fondiaria del credito erogato dall'istituto di credito, la successiva iscrizione ipotecaria, intervenuta ai sensi dell'art. 2881 c.c., da parte del creditore in relazione al medesimo credito già erogato dall'istituto di credito, non muta la natura fondiaria del credito, qualora non sia intervenuta sul bene immobile oggetto di garanzia altra iscrizione ipotecaria di primo grado, dovendosi ritenere che, ai sensi del sopra richiamato art. 38 t.u.b., elementi costitutivi della qualifica fondiaria del credito siano, da un lato, la concessione da parte di un istituto di credito di "finanziamenti a medio e lungo termine" e, dall'altro, la garanzia da "ipoteca di primo grado*

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Ordinanza, Corte di Cassazione, sez. I Civ., Pres. De Chiara – Rel. Amatore, n. 219 del 9 gennaio 2020 su immobili". Ne consegue che non occorre, per l'acquisto della sopra ricordata qualifica giuridica del credito, una necessaria contestualità temporale tra l'atto di concessione della garanzia ipotecaria da parte del debitore (art. 2741 c.c.) e la successiva iscrizione da parte del creditore della garanzia stessa nell'ufficio dei registri immobiliari del luogo ove si trovano gli immobili (art. 2827 c.c.), rivestendo comunque tale iscrizione natura costitutiva".

5.7 Si impone la cassazione del provvedimento impugnato con rinvio al Tribunale di Lecco, in diversa composizione, che applicherà i principi di diritto sopra affermati e che provvederà anche alla regolamentazione delle spese di lite del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il primo e secondo motivo di ricorso; dichiara assorbiti i restanti motivi; cassa il provvedimento impugnato e rinvia al Tribunale di Lecco, in diversa composizione, anche per le spese del presente giudizio di legittimità.

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

EX PARTE CREDITORIS