

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. ARMANO Uliana - Presidente -
Dott. GRAZIOSI Chiara - Consigliere -
Dott. ROSSETTI Marco - Consigliere -
Dott. D'ARRIGO Cosimo - Consigliere -
Dott. GUIZZI Stefano Giaime - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 17531/2018 proposto da:

SOCIETA SRL, CON SOCIO UNICO IN AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA,
- ricorrente -

contro
CESSIONARIA DEI CREDITI DELLA BANCA
- controricorrente -

avverso l'ordinanza del TRIBUNALE di ROMA, depositata nel procedimento RG 73643/16 -
il 07/05/2018;

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. La **SOCIETÀ S.r.l.**, in amministrazione straordinaria, ricorre, sulla base di sei motivi, per la cassazione dell'**ordinanza n. 1737/18, del 7 maggio 2018**, del Tribunale di Roma, che - a definizione del giudizio di opposizione allo stato passivo, promosso dalla **BANCA S.p.a.**, in liquidazione coatta amministrativa, quale procuratrice speciale della **CESSIONARIA DEI CREDITI DELLA BANCA**, e in accoglimento dell'opposizione proposta - ha collocato in via ipotecaria il credito di Euro 3.551.811,51, già ammesso allo stato passivo, ammettendo, altresì, in via ipotecaria il credito di Euro 11.259,69 a titolo di spese legali.

2. Riferisce, in punto di fatto, l'odierna ricorrente che in data 2 febbraio 2008 la **BANCA** le concedeva un finanziamento fondiario ipotecario, utilizzabile mediante apertura di credito in conto corrente, per l'importo di Euro 3.270.000,00, con obbligo di restituzione dell'importo finanziato entro il 12 febbraio 2011.

Il credito della società mutuante veniva garantito attraverso la concessione di un'ipoteca volontaria - oggetto di intavolazione - su beni di proprietà della società, siti a (OMISSIS).

Successivamente, in data **4 giugno 2011**, l'odierna ricorrente otteneva un secondo finanziamento, di importo pari al precedente, da rimborsare entro il **30 giugno 2018**, finanziamento che veniva utilizzato per estinguere quello originario. Anche in questo caso, a garanzia dell'obbligazione restitutoria, veniva concessa ipoteca su quegli stessi beni, garanzia intavolata in data **21 giugno 2011**.

Dichiarato dal Tribunale di Roma, con sentenza n. 1124 del 21 dicembre 2015, lo stato di insolvenza dell'odierna ricorrente, del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, ex art. 8, con successivo decreto, il medesimo Tribunale capitolino dichiarava aperta la procedura di amministrazione straordinaria della **SOCIETÀ**.

Il 10 marzo 2016, la **BANCA** proponeva istanza di insinuazione, chiedendo di essere ammessa al passivo, ed esattamente, in via privilegiata ipotecaria, quanto al mutuo del 2011, per la somma di Euro 3.373.070,79, per capitale, di Euro 184.294,05 per interessi, e di Euro 5.641,71, per spese di procedura esecutiva, nonché, sempre in via privilegiata ipotecaria, quanto ad altro finanziamento ipotecario del 2009, per la somma di Euro 5.671,98, per spese di procedura esecutiva.

In ordine a tale istanza il giudice delegato così provvedeva: ammetteva la richiedente allo stato passivo, in chirografo, per l'importo di Euro 3.551.811,51, inclusi gli interessi maturati fino all'insolvenza, escludendo il privilegio ipotecario, in quanto **l'atto di concessione volontaria d'ipoteca era da revocare in via breve, ex art. 2901 c.c., poiché concesso in pregiudizio dei creditori e nella conoscenza di tale pregiudizio, ricavabile dal fatto che il finanziamento era stato erogato per ripianare un precedente debito scaduto**. Veniva, inoltre, escluso l'importo di Euro 5.671,98, chiesto sempre in via privilegiata ipotecaria per il sostenimento di spese legali, in quanto ritenuto non provato.

Proposta dalla **BANCA** opposizione allo stato passivo, il Tribunale capitolino, in accoglimento della stessa, collocava in via ipotecaria il credito di Euro 3.551.811,51 ammesso invece in chirografo dal giudice delegato. A tale conclusione il collegio perveniva sul presupposto che l'atto di concessione di ipoteca del 2011 costituisse soltanto un riscadenziamento dei termini di rimborso del mutuo originario, e dunque presentasse natura onerosa, con la conseguenza che il credito, identico a quello iniziale, fosse già "ab origine" ipotecario. Ammetteva, altresì, in via ipotecaria anche il credito di Euro 11.259,69 a titolo di spese legali.

3. Avverso tale ultima decisione ha proposto ricorso per cassazione la **SOCIETÀ** sulla base di sei motivi.

3.1. Il **PRIMO MOTIVO** - proposto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) - deduce violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2808, 2878 e 2901 c.c..

Si censura la decisione del Tribunale capitolino laddove ha escluso che, nel caso di specie, ricorra un procedimento indiretto anormalmente solutorio, utilizzato per consolidare un credito chirografario, qualificando, invece, l'operazione posta in essere come una rinegoziazione del mutuo, già in origine ipotecario/fondario, per lo stesso importo e con garanzia di primo grado sugli stessi beni.

Evidenza, per contro, l'odierna ricorrente come la **BANCA**, in occasione del nuovo finanziamento del 2011, lungi dall'avvalersi dell'ipoteca, che le attribuiva un diritto di prelazione sul prezzo ricavabile dalla espropriazione dei beni ipotecati, **ha preferito estinguere quel mutuo attraverso l'erogazione di un secondo finanziamento**; all'estinzione del primo debito, pertanto, ha fatto seguito anche quella della accessoria garanzia ipotecaria, nonché l'insorgenza di un nuovo rapporto obbligatorio assistito anch'esso da ipoteca.

La differente ricostruzione operata dal Tribunale di Roma, che ha escluso la natura gratuita di tale operazione, si porrebbe in contrasto con il principio enunciato dalla giurisprudenza di questa Corte, secondo cui la garanzia concessa a fronte dell'erogazione di un mutuo contratto

Sentenza, Corte di Cassazione, III sez. civ., Pres. Armano, Rel. Guizzi, n. 7740 dell'8 aprile 2020

per estinguerne precedenti ed ulteriori passività non può considerarsi contestuale al sorgere del credito garantito, e dunque deve qualificarsi a titolo gratuito ex art. 2901 c.c., comma 2 (è citata Cass. Sez. 1, sent. 19 aprile 2016, n. 7745).

3.2. Il **SECONDO MOTIVO** - proposto anch'esso ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) - viene dedotta violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2808, 2878 e 2901 c.c..

In questo caso, si censura la decisione del Tribunale di Roma per la conseguenza che ha tratto dalla qualificazione della concessione della nuova ipoteca come atto a titolo oneroso, ovvero l'esclusione della ricorrenza dell'elemento soggettivo della fraudolenta collusione tra mutuante e mutuatario in danno degli altri creditori del secondo, e ciò attesa la preesistenza della garanzia, essendo stata essa costituita sui medesimi beni già oggetto della prima ipoteca.

Per contro, il Tribunale di Roma, ove avesse qualificato correttamente - come a titolo gratuito l'atto in questione, sarebbe stato esonerato dalla necessità di verificare la ricorrenza, in capo al terzo (ovvero, nella specie, dell'istituto di credito mutuante), dell'elemento soggettivo della consapevolezza del pregiudizio recato ai creditori.

3.3. Il **TERZO MOTIVO** - proposto anch'esso ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) - deduce violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1173, 2808, 2878 e 2901 c.c., nonché del R.D. 28 marzo 1929, n. 499, art. 2.

La decisione impugnata è censurata, in questo caso, laddove ha escluso la sussistenza del cd. "eventus damni", ovvero del pregiudizio per i creditori, sul rilievo che la concessione dell'ipoteca non ha inciso negativamente sul patrimonio del debitore (e, dunque, sulla garanzia patrimoniale generica dei creditori diversi dal mutuante), dal momento che società mutuataria è rimasta obbligata al rimborso di un credito di importo pari a quello iniziale e con identiche garanzie. Si assume l'erroneità di tale affermazione, anche nell'ipotesi in cui la concessione della nuova ipoteca dovesse essere qualificata - ciò che è stato ritenuto dal Tribunale di Roma (ma contestato dall'odierna ricorrente con il primo motivo di ricorso) - come atto a titolo oneroso. Per un verso, infatti, risulterebbe errata l'affermazione secondo cui quelle nascenti dai mutui del 2008 e del 2011 costituirebbero identiche obbligazioni, differenziandosi soltanto quanto al termine per il rimborso, dal momento che, nel caso in esame, risultano essere stati sottoscritti due diversi contratti, donde, allora, la violazione dell'art. 1173 c.c..

Per altro verso, si rileva come - estinta nel 2011 l'obbligazione garantita, e con essa l'originaria ipoteca - la successiva intavolazione di quella nuova risulta avvenuta su beni che erano, in quel momento, liberi da precedenti ipoteche. Non a caso, infatti, il Tribunale romano ha considerato l'ipoteca in questione di primo grado, salvo poi, contraddittoriamente, escludere l'esistenza di un pregiudizio in capo agli altri creditori della società mutuataria, sul presupposto che i beni oggetto dell'ipoteca fossero già asserviti a soddisfo del credito vantato "ab origine" dalla **BANCA**.

3.4. Il **QUARTO MOTIVO** - proposto anch'esso ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) - deduce, nuovamente, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1173, 2808, 2878 e 2901 c.c., nonché del R.D. 28 marzo 1929, n. 499, art. 2.

Le medesime considerazioni poste alla base dei motivi che precedono vengono fatte valere per censurare la decisione impugnata anche laddove ha escluso l'elemento soggettivo della "scientia fraudis". Difatti, la corretta qualificazione dell'ipoteca, operata dalla decisione impugnata, come garanzia di primo grado, si porrebbe in contrasto con la conclusione che esclude la sussistenza della consapevolezza, in capo al terzo (ovvero alla **BANCA**), del

Sentenza, Corte di Cassazione, III sez. civ., Pres. Armano, Rel. Guizzi, n. 7740 dell'8 aprile 2020

pregiudizio alle ragioni creditorie, giacchè fondata sull'errato presupposto che l'ipoteca di cui si è richiesta la revoca avesse ad oggetto beni su cui già preesisteva una garanzia ipotecaria.

3.5. Il **QUINTO MOTIVO** - proposto anch'esso ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) - deduce, come i due che lo precedono, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1173, 2808, 2878 e 2901 c.c., nonchè del R.D. 28 marzo 1929, n. 499, art. 2.

Del pari, le argomentazioni già illustrate con i motivi terzo e quarto vengono fatte qui valere per evidenziare come la corretta qualificazione dell'ipoteca come garanzia di primo grado si ponga in contrasto con la conclusione che esclude la sussistenza della consapevolezza, in capo al debitore, del pregiudizio alle ragioni creditorie, giacchè fondata sull'errato presupposto che l'ipoteca di cui si è richiesta la revoca avesse ad oggetto beni su cui già preesisteva una garanzia ipotecaria.

3.6. Infine, il **SESTO MOTIVO** - proposto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3) e 5) - deduce violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., nonchè dell'art. 115 c.p.c., oltre all'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.

Si censura la decisione impugnata laddove ha ammesso al passivo della procedura anche l'importo di Euro 11.259,69, per spese legali relative ad esecuzioni promosse contro l'odierna ricorrente.

Diversamente dal giudice delegato, che aveva ritenuto non provate tali spese, il Tribunale capitolino ha ravvisato l'esistenza di prova idonea, costituita in particolare dalle fatture emesse dal difensore che, in quelle procedure esecutive, aveva assistito la Banca Popolare di Vicenza, giacchè non contestate dall'odierna ricorrente. Nondimeno, essa assume che - nel costituirsi in giudizio - aveva, invece, dedotto che le fatture prodotte (e le relative quietanze) fossero prive di data certa opponibile alla procedura e che, in ogni caso, le fatture fossero comunque prive di valore probatorio.

In presenza, pertanto, di specifica e motivata contestazione, il Tribunale di Roma - ritenendo raggiunta la prova su "an" e "quantum" di tali spese - avrebbe violato, ad un tempo, l'art. 115 c.p.c., nonchè l'art. 2697 c.c., sull'onere della prova.

4. Ha proposto controricorso la **BANCA** per resistere all'avversaria impugnazione.

In relazione, in particolare, al primo motivo se ne deduce l'inammissibilità, giacchè esso non consentirebbe di individuare nè in che modo le norme indicate in rubrica sarebbero state effettivamente violate, nè i principi di diritto trasgrediti, nè - ancor prima - i punti della motivazione del provvedimento impugnato specificamente viziati.

In ogni caso, il motivo non sarebbe fondato, risultando corretto il provvedimento impugnato laddove ha escluso la natura fittizia del pagamento del pregresso finanziamento, e dunque la ricorrenza di un'operazione di consolidamento del credito per fatto della stessa **BANCA**, ciò che - nella prospettiva seguita dalla ricorrente - costituisce il presupposto per sostenere che la (seconda) ipoteca concessa con il mutuo di ripianamento abbia costituito atto a titolo gratuito.

Al riguardo, la controricorrente osserva, innanzitutto, che, ipotizzando il carattere estintivo - dell'obbligazione originaria - del pagamento compiuto grazie al nuovo finanziamento (tanto da determinare, nella stessa prospettiva della ricorrente, l'estinzione pure della "ancillare" garanzia ipotecaria), si dovrebbe, allora, concludere che all'esito di tale evento estintivo non residuerebbe alcuna passività pregressa da fare oggetto di consolidamento ipotecario, ciò che, dunque, confermerebbe la non fondatezza della censura. In altri termini, non sussisterebbero

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

Sentenza, Corte di Cassazione, III sez. civ., Pres. Armano, Rel. Guizzi, n. 7740 dell'8 aprile 2020

le condizioni per l'operatività della presunzione di cui all'art. 2901 c.c., comma 2, giacchè per sostenere la gratuità della concessione della (nuova) ipoteca sarebbe occorso che la garanzia fosse stata rilasciata a fronte di un credito anteriore non realmente estinto con la nuova erogazione, ovvero esattamente il contrario di quanto affermato dalla ricorrente per sostenere l'estinzione dell'originaria ipoteca (ma non del finanziamento precedente).

In ogni caso, a prescindere da tale rilievo, l'onerosità della concessione della (nuova) ipoteca dovrebbe essere valutata con esclusivo riferimento alla causa concreta dell'operazione negoziale, ovvero avendo riguardo al fatto che - nel caso di specie - il corrispettivo prestato in cambio della garanzia sarebbe da identificare nell'estinzione della prima ipoteca, quale conseguenza (liberamente programmata dalle parti) del nuovo finanziamento.

In conclusione, il Tribunale di Roma avrebbe fatto buon governo delle norme di diritto delle quali è, invece, lamentata la violazione, fermo restando, peraltro, che il vizio di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), **deve escludersi in radice quando si lamenti un'errata ricostruzione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa.**

Quanto al secondo motivo, anch'esso muoverebbe dalla premessa che, non essendo la concessione della garanzia ipotecaria, nella specie, contestuale al sorgere del credito, essa vada qualificata come atto a titolo gratuito, con la conseguente irrilevanza dello stato soggettivo del terzo contraente, ovvero di essa **BANCA**. Orbene, è pacifico che in caso di atto a titolo gratuito il conflitto tra il creditore - che con l'azione revocatoria tende ad evitare un danno - e il terzo (che, invece, consegue da quell'atto dispositivo un vantaggio) va sempre risolto a vantaggio del primo.

Tuttavia, se la regola di cui all'art. 2901 c.c., comma 2, risponde a criteri di razionalità, fissando una presunzione di onerosità per l'ipotesi di prestazione di garanzia contestuale al debito, essa non stabilisce affatto una presunzione di gratuità per le prestazioni di garanzia non contestuali, fermo restando, peraltro, che la valutazione di gratuità o onerosità va sempre compiuta con riferimento alla causa concreta del contratto, da identificarsi - nel caso che occupa - nella proroga del rapporto, dell'entità e della natura delle reciproche attribuzioni e nella situazione patrimoniale in cui esse andavano ad inserirsi.

In merito, invece, ai motivi terzo, quarto e quinto, la controricorrente eccepisce il carattere intimamente contraddittorio della loro formulazione. Difatti, essi smentirebbero il presupposto su cui si fonda l'intera impugnazione (ovvero, il collegamento negoziale tra le due operazioni di mutuo), in particolare laddove si afferma che quello del 2011 "ha costituito un nuovo autonomo e distinto finanziamento", giacchè la sottolineatura della sua autonomia finisce con il rimarcare la contestualità tra tale operazione finanziaria e la concessione della seconda ipoteca e, così, la natura onerosa della stessa.

Corretta, per contro, risulterebbe la valutazione operata dal provvedimento impugnato, che ha ravvisato l'esistenza di un collegamento funzionale tra le due operazioni, giacchè senza la concessione della seconda ipoteca essa **BANCA** non avrebbe erogato quel mutuo, che mirava a rimodulare la posizione debitoria del mutuatario per il tramite di nuove condizioni negoziali, conservando in capo al mutuante la garanzia di primo grado e non certo rinunciando ad essa. La condizione giuridica del debitore, dunque, andava valutata in relazione a tale momento, se è vero che la cd. "actio pauliana" può essere esperita (o, come nella specie, eccepita) dal curatore fallimentare a condizione di provare la consistenza dei crediti ammessi al passivo fallimentare, la loro preesistenza rispetto al compimento dell'atto asseritamente pregiudizievole ed il mutamento qualitativo o quantitativo del patrimonio. Orbene, proprio in relazione a tale ultimo profilo l'impugnazione proposta rivelerebbe la propria fragilità, giacchè il nuovo mutuo non ha determinato alcun aggravamento della situazione di quanti già vantavano un credito al momento della seconda iscrizione ipotecaria,

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

Sentenza, Corte di Cassazione, III sez. civ., Pres. Armano, Rel. Guizzi, n. 7740 dell'8 aprile 2020

essendosi la stessa limitata a "sostituire" la precedente, irrilevante essendo il riferimento alla disciplina dell'intavolazione.

Infine, con riguardo al sesto motivo, la controricorrente rileva come l'assunto avversario - di aver contestato non solo "an", ma anche "quantum" dei crediti relativi alle procedure esecutive intraprese - si fonda su un inciso ("i compensi sono stati arbitrariamente quantificati") del tutto inidoneo a soddisfare i requisiti di specificità richiesti dall'art. 115 c.p.c., fermo inoltre restando che la non contestazione deve pur sempre riguardare fatti storici e non già la loro ricostruzione giuridica o l'applicazione di norme di diritto.

In ogni caso, la controricorrente assume di aver analiticamente esposto, voce per voce, le competenze maturate per l'indicata attività processuale, quantificandole in misura inferiore a quelle risultanti dal D.M. 10 marzo 2014, n. 55.

5. Con successiva memoria la ricorrente ha insistito nelle proprie argomentazioni ed ha replicato a quelle avversarie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

6. Il ricorso è fondato, nei termini di seguito precisati.

6.1. Nel procedere al suo scrutinio - segnatamente, in relazione ai suoi primi **CINQUE MOTIVI** (suscettibili di un vaglio congiunto, data la loro connessione) - occorre preliminarmente rilevare che viene all'esame di questa Corte una questione da essa più volte affrontata. Ed esattamente, quella relativa alla natura, onerosa o gratuita, di operazioni consistenti nella erogazione di un mutuo ipotecario che si assume non destinato a creare effettiva disponibilità finanziaria nel mutuatario, bensì **ad estinguere un preesistente rapporto obbligatorio con il medesimo mutuatario**.

La presente fattispecie negoziale, però, si distingue - rispetto a quelle esaminate in passato dalla giurisprudenza di legittimità - per il fatto di non aver determinato la trasformazione del credito originario del mutuatario da chirografario in ipotecario. Nell'ipotesi oggi in esame, infatti, il rapporto di mutuo, originariamente intercorrente tra la **BANCA** e la **SOCIETÀ** ed estinto grazie alla stipulazione del nuovo contratto, era già assistito da ipoteca.

Si tratta, dunque, di valutare se tale circostanza giustifichi un trattamento differenziato della presente fattispecie, non potendo affermarsi - come, invece, nei casi in cui questa Corte si è pronunciata in passato - che l'ipoteca risulta *"creata per munire di garanzia esposizioni pregresse"* che ne erano prive, sicché *"la garanzia ipotecaria non è espressione di autotutela preventiva"*, essendo, in tal caso, *"la garanzia associata ad un rischio di credito già in atto"*, ragion per cui la sua costituzione è ritenuta *"successiva al sorgere del credito garantito"* ed *"ha natura di atto a titolo gratuito, con conseguente indifferenza"* - ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria, anche *"in via breve"* - *"dello stato soggettivo del terzo"* datore di ipoteca (così, da ultimo, in motivazione, Cass. Sez. 1, sent. 9 novembre 2018, n. 28802, Rv. 651455-01; nello stesso senso, tra le molte, Cass. Sez. 1, sent. 19 aprile 2016, n. 7745, Rv. 639319-01, nonché Cass. Sez. 1, ord. 21 febbraio 2018, n. 4202, Rv. 648106-01; Cass. Sez. 1, ord. 25 luglio 2018, n. 19746, Rv. 650163-01; Cass. Sez. 1, ord. 31 agosto 2018, n. 21535, non massimata).

6.2. Ciò detto va, inoltre, rilevato - sempre a titolo di premessa che questa Corte ha da tempo chiarito che *"l'erogazione di un mutuo ipotecario non destinato a creare un'effettiva disponibilità nel mutuatario, già debitore in virtù di un rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale, non integra necessariamente né le fattispecie della simulazione del mutuo (con dissimulazione della concessione di una garanzia per un debito preesistente) né quella*

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

Sentenza, Corte di Cassazione, III sez. civ., Pres. Armano, Rel. Guizzi, n. 7740 dell'8 aprile 2020

della novazione (con la sostituzione del preesistente debito chirografario con un debito garantito)", giacchè "normalmente integra una fattispecie di procedimento negoziale indiretto, nel cui ambito il mutuo ipotecario viene erogato realmente e viene utilizzato per l'estinzione del precedente debito chirografario" (così, in motivazione, Cass. Sez. 1, sent. 29 febbraio 2016, n. 3955, Rv. 638838-01).

Su tali basi, dunque, è stata superata l'impostazione tradizionale secondo cui, in caso di mutuo finalizzato a conseguire l'estinzione di un debito anteriore, il procedimento, caratterizzato da motivo illecito (per violazione della "par condicio"), avrebbe come effetto finanche l'impossibilità di ammettere al passivo le somme mutuate dalla banca, siccome conseguente alla dichiarazione di inefficacia dell'ipoteca. Per contro, si è ritenuto che, nel caso in cui *"venga dichiarato il fallimento dell'obbligato, è revocabile L. Fall., ex art. 67, l'ipoteca, accessoria ad un mutuo, che integri in concreto una garanzia costituita per un debito chirografario preesistente, ma la revoca di detta ipoteca non comporta necessariamente l'esclusione dall'ammissione al passivo di quanto erogato per il suddetto mutuo, essendo l'ammissione incompatibile con le sole fattispecie della simulazione e della novazione, e non anche con quella del negozio indiretto, poichè, in tal caso, la stessa revoca dell'intera operazione e, quindi, anche del mutuo - comporterebbe pur sempre la necessità di ammettere al passivo la somma (realmente) erogata in virtù del mutuo revocato, e ciò in quanto all'inefficacia del contratto conseguirebbe pur sempre la necessità di restituzione, sia pur in moneta fallimentare"* (Cass. Sez. 1, sent. 28 gennaio 2013, n. 1807, Rv. 624878-01).

Resta, inoltre, inteso che la possibilità di conseguire la declaratoria di inefficacia della (sola) ammissione del credito come "ipotecario" al passivo fallimentare può farsi valere dal curatore del mutuatario, poi dichiarato fallito, anche "in via breve", L. Fall., ex art. 66 (da ultimo, come detto Cass. Sez. 1, n. 28802 del 2018, cit.).

6.3. Tanto premesso, va ancora rilevato che questa Corte ha, comunque, chiarito che da operazioni negoziali siffatte va distinta *"quella volta al rifinanziamento del debitore"*, poichè il *"ricorso al credito come strumento di ristrutturazione del debito - cui del resto si rivolge l'attuale normativa a mezzo degli attuali della L. Fall., artt. 182-bis e 182-quater - consente di rinegoziare i finanziamenti bancari anche nei riguardi di debiti scaduti"* (così, in motivazione, Cass. Sez. 1, sent. n. 3955 del 2016, cit.). Orbene, si è pure precisato che *"l'elemento caratteristico di siffatto tipo di ricorso al credito è che segua effettivamente, poi, l'erogazione di nuova liquidità da parte della banca, funzionale non solo (e non tanto), quindi, all'azzeramento della preesistente esposizione debitoria", ma soprattutto "a rimodulare, per il tramite di nuove condizioni negoziali - per esempio afferenti il tasso di interesse - o rinnovate tempistiche dei pagamenti, l'assetto complessivo del debito nel contesto di una nuova veste giuridico-economica degli anteriori rapporti"* (così, nuovamente, Cass. Sez. 1, sent. n. 3955 del 2016, cit.).

6.4. Orbene, facendo applicazione di tali principi al caso di specie, deve rilevarsi che nel mutuo concluso tra la **BANCA** e la **SOCIETA'**, in data 4 giugno 2011 non si ravvede l'individuazione di nuove condizioni negoziali (sotto forma di diversi tassi di interesse o diverse modalità di pagamento) rispetto a quello del 26 febbraio 2011 (nostro 2008), ma **una semplice dilazione del termine di restituzione della somma mutuata.**

Di conseguenza, come di recente osservato da questa Corte (ancorchè, va precisato, sempre con riferimento alla stipulazione di un nuovo contratto di mutuo, assistito da ipoteca, destinato a subentrare ad altro, fonte di un credito restitutorio non garantito da tale "ius in re aliena", ma con affermazione di portata generale), laddove non si ravvisino profili di erogazione di "nuova" liquidità, piuttosto che assistersi a *"spostamenti di danaro, trasferimenti patrimoniali e consegne, il "ripiamento" di un debito a mezzo di nuovo "credito", che la banca già creditrice metta in opera con il proprio cliente, sostanza*

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

Sentenza, Corte di Cassazione, III sez. civ., Pres. Armano, Rel. Guizzi, n. 7740 dell'8 aprile 2020

propriamente un'operazione di natura contabile", ovvero "con una coppia di poste nel conto corrente - una in "dare", l'altra in "avere" - per l'appunto intesa a dare corpo ed espressione a una simile dimensione" (così, in motivazione, Cass. Sez. 1, ord. 5 agosto 2019, n. 20896, Rv. 655022-01).

Alla luce di quanto appena osservato, coglie, dunque, nel segno il rilievo del ricorrente, laddove contesta che l'operazione negoziale posta in essere nel 2011 costituisca atto a titolo oneroso, ciò che avrebbe dovuto indurre il Tribunale di Roma a ritenere del tutto indifferente - nell'esaminare, in sede di opposizione allo stato passivo, la revocatoria in via di eccezione fatta valere dalla curatela fallimentare, in relazione alla sola costituzione della garanzia reale lo stato soggettivo del terzo, visto che **"l'azione revocatoria ordinaria di atti a titolo gratuito non postula che il pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore sia conosciuto, oltre che dal debitore, anche dal terzo beneficiario, il quale ha comunque acquisito un vantaggio senza un corrispondente sacrificio e, quindi, ben può vedere il proprio interesse postposto a quello del creditore"** (così, tra le molte, Cass. Sez. 2, sent. 17 maggio 2010, n. 12045, Rv. 613108-01; per un'applicazione del principio in caso di "rifinanziamento" del - già mutuatario, cfr. Cass. Sez. 1, sent. n. 28802 del 2018, cit.).

6.5. Il **SESTO MOTIVO** è, invece, inammissibile, ex art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6).

6.5.1. Difatti, secondo questa Corte, il *"ricorso per cassazione con cui si deduca l'erronea applicazione del principio di non contestazione non può prescindere dalla trascrizione degli atti sulla cui base il giudice di merito ha ritenuto integrata la non contestazione che il ricorrente pretende di negare, atteso che l'onere di specifica contestazione, ad opera della parte costituita, presuppone, a monte, un'allegazione altrettanto puntuale a carico della parte onerata della prova"* (Cass. Sez. 3, sent. 13 ottobre 2016, n. 20637, Rv. 64291901).

Si richiede, in altri, termini che la parte ricorrente non solo riproduca, nel proprio atto di impugnazione, stralci dei suoi scritti defensionali idonei a far emergere l'esistenza di una specifica contestazione in merito ai fatti - o a taluni di essi - allegati da controparte (onere, nella specie, sicuramente non soddisfatto dalla ricorrente), ma pure che si effettui una "preliminare trascrizione dei passaggi degli atti introduttivi a mezzo dei quali l'attrice ha compiuto le proprie allegazioni e il convenuto ha resistito alla domanda, ossia delle deduzioni e delle contestazioni che hanno concorso alla delimitazione del "thema decidendum" e del "thema probandum" (così, nuovamente, in motivazione, Cass. Sez. 3, sent. 20637 del 2016, cit.); neppure siffatto onere, tuttavia, risulta soddisfatto nel caso che occupa.

7. All'accoglimento, per quanto di ragione, dei primi cinque motivi di ricorso (e alla declaratoria di inammissibilità del sesto), segue la cassazione del provvedimento impugnato ed il rinvio al Tribunale di Roma, perchè decida in relazione alla proposta opposizione alla stregua dei principi dianzi enunciati, oltre che per la liquidazione delle spese anche del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, per quanto di ragione, cassando per l'effetto l'ordinanza impugnata, rinviando al Tribunale di Roma, in diversa composizione, per la decisione nel merito, oltre che per la liquidazione delle spese anche del presente giudizio.

Così deciso in Roma, all'esito di pubblica udienza della Sezione Terza Civile della Corte di Cassazione, il 12 settembre 2019.

Depositato in Cancelleria il 8 aprile 2020

Sentenza, Corte di Cassazione, III sez. civ., Pres. Armano, Rel. Guizzi, n. 7740 dell'8 aprile 2020

**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