

[www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it)

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CRISTIANO Magda - Presidente -  
Dott. VANNUCCI Marco - Consigliere -  
Dott. FERRO Massimo - rel. Consigliere -  
Dott. DI STEFANO Pierluigi - Consigliere -  
Dott. AMATORE Roberto - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

**ORDINANZA**

sul ricorso n. r.g. xxxxx/2015 proposto da:

**BANCA MUTUANTE**

- ricorrente -

contro

**FALLIMENTO (OMISSIS) S.R.L. IN LIQUIDAZIONE**

- controricorrente -

per la cassazione del decreto del Tribunale Milano 16 giugno 2015, n. 7399/2015, in R.G. n. xxxxx/2014.

**Svolgimento del processo**

1. **BANCA MUTUANTE** impugna il decreto Tribunale Milano 16 giugno 2015, n. 7399/2015, in R.G. n. xxxxx/2014, che ha rigettato la propria opposizione allo stato passivo avverso la decisione con cui il giudice delegato del **Fallimento (OMISSIS) s.r.l.** in liquidazione aveva ammesso solo al chirografo, per quanto qui d'interesse, il credito di Euro 2.551.876,25 su saldo passivo di apertura di credito in conto corrente garantito da ipoteca volontaria, così accogliendo l'eccepita revoca della garanzia L.Fall., ex artt. 64, 66 e art. 2901 c.c., rilevato che il finanziamento era stato utilizzato per estinguere una precedente esposizione non garantita presso il medesimo istituto di credito;

2. il tribunale ha premesso che: (i) in data 28 marzo 2012 le parti avevano stipulato un contratto di apertura di credito in conto corrente n. omissis per l'importo di Euro 2.500.000, con contestuale iscrizione d'ipoteca volontaria a garanzia (per 4,5 mln Euro, il 3 aprile 2012); (ii) mediante giroconto di Euro 2.499.952,33, di data 2 aprile 2012, dal conto corrente omissis ad altro conto corrente ordinario non garantito (n. 32760), in essere tra le stesse parti, veniva estinto il saldo passivo del secondo; (iii) il pregresso conto corrente di credito ordinario era ridotto dall'esposizione passiva sino ad un saldo negativo di 64.716,84 (al 30.4.2012), mentre il saldo del conto corrente ipotecario passava da meno Euro 47,67 del 31.3.2012 a meno Euro 2.540.348,10 al 30.6.2012;

3. il tribunale ha così ritenuto che: (i) l'operazione configurava un negozio indiretto, avente quale scopo ulteriore la trasformazione del credito chirografario preesistente in credito privilegiato, senza sostanziale messa a disposizione delle somme a favore del mutuatario; (ii) l'ipoteca, in realtà concessa per un debito preesistente, era revocabile ai sensi della L.Fall., art. 66 e art. 2901 c.c.; (iii) la revocabilità della garanzia reale poteva essere fatta valere dalla curatela, in sede di opposizione al passivo, anche in via di eccezione, non essendo necessario a tal fine l'esercizio dell'azione pauliana; (iv) la revoca della garanzia non postulava anche la revoca dell'atto dal quale sorge il credito garantito; (v) la lesione della garanzia patrimoniale era stata provata dal curatore con il richiamo alle ammissioni degli altri crediti postergati a quello della banca, mentre la *scientia damni* era desumibile dalle risultanze negative dei bilanci, nonchè dal riferimento nella corrispondenza alle esigenze di liquidità sin dal 2011, in vista di un dissesto formalmente dichiarato nel 2013;

4. il ricorso è su due motivi, cui resiste la curatela con controricorso, illustrato anche con deposito di memoria.

### Motivi della decisione

1. Con il primo motivo, ex art. 360 c.p.c., n. 3), la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione della L.Fall., art. 66 e dell'art. 2901 c.c., nonchè degli artt. 2908 e 2967 c.c., sostenendo l'erroneità del decreto ove ha presupposto che la revocatoria ordinaria, e la conseguente inefficacia dell'atto, potrebbe essere fatta valere dal curatore in via di eccezione, mentre essa richiede invece l'esercizio dell'azione L.Fall., ex art. 66 e art. 2901 c.c., conseguendone il vizio di ultrapetizione, per avere il tribunale incidentalmente riconosciuto l'inefficacia della garanzia ipotecaria in difetto di specifica domanda;

2. con il secondo motivo, ex art. 360 c.p.c., n. 3), la ricorrente deduce la violazione dell'art. 2901 c.c., L.Fall., artt. 66 e 95, censurando il provvedimento impugnato ove ha ritenuto autonomamente revocabile la garanzia ipotecaria, ammettendo al chirografo il credito garantito, mentre l'inefficacia della sola garanzia sarebbe compatibile con le ipotesi di cui alla L.Fall., artt. 64 e 67, ma non nel caso di revoca L.Fall., ex artt. 66 e art. 2901 c.c., per inscindibilità dalla contestuale revoca del titolo da cui sorge il credito garantito;

3. i motivi, da riunirsi in trattazione per l'evidente connessione, non sono fondati; osta in primo luogo all'accoglimento della principale contestazione circa l'ammissibilità della cd. revocatoria incidentale il suo riconoscimento risalente nella giurisprudenza di questa Corte, per cui nella fase di verifica dei crediti non è necessario, per escludere il credito o la garanzia, che venga formalmente proposta dal curatore l'azione revocatoria, dato che 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 opposizione allo stato passivo; ne consegue che, in difetto di espressa domanda giudiziale di revoca, la richiesta del curatore non ha carattere autonomo, con la conseguenza che il mancato riconoscimento, da parte del giudice delegato, di un credito o di un privilegio, resta circoscritto nell'ambito della verifica dello stato passivo, ambito al quale è strettamente funzionale l'eccezione di revocatoria in via breve (cfr., tra le molte, Cass. n. 1002/1965; Cass. n. 11029/2002; Cass. n. 1533/2013; Cass. n. 26504/2013; Cass. n. 4185/2014; Cass. n. 4752/2015; Cass. 28802/2018; Cass. n. 3778/2019; Cass. 7740/2020);

4. si tratta di principio, va ancora osservato, reso con riferimento sia alla revocatoria fallimentare L.Fall., ex art. 67, sia all'azione ex art. 2901 c.c. e L.Fall., art. 66 (cfr. Cass. n. 1533/2013, nonchè Cass. n. 4752/2015 e Cass. n. 4185/2014); tant'è che la relativa codificazione con la riforma del D.Lgs. n. 5 del 2006 ha consentito di chiarire che anche il creditore che impugni lo stato passivo ai sensi della L.Fall., art. 98, comma 3, in quanto portatore non solo dei propri interessi, ma anche di quelli di tutti gli altri creditori, "è legittimato ad esercitare tutte le azioni volte ad escludere o postergare i crediti ammessi, ivi compresa l'azione revocatoria ordinaria, non potendo l'inerzia del curatore - che abbia omesso di far valere, in via di eccezione, la revocabilità del credito o della garanzia in sede di accertamento del passivo

o che non abbia impugnato il provvedimento di rigetto dell'eccezione regolarmente proposta - pregiudicare le ragioni degli altri, incolpevoli, creditori" (Cass. 4524/2015);

5. d'altronde, la configurabilità dell'accertamento costitutivo incidentale non trova ostacolo nell'art. 2697 c.c. il quale, nel sancire il diritto di eccezione, non introduce una limitazione con riguardo agli effetti costitutivi, nè nell'art. 2908 c.c., che nel prevedere il potere giurisdizionale 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 tale potere costitutivo sia previsto dalla legge (Cass. n. 1533/2013, nonchè Cass., sez. un., n. 5443/1996); nè troverebbe alcuna giustificazione una differenza di regime tra revocatoria ordinaria e fallimentare, quanto alla proponibilità della relativa eccezione, atteso che per entrambe le Sezioni Unite di questa Corte hanno recentemente ribadito, con le sentenze n. 30416/2018 e n. 12476/2020, che oggetto della domanda revocatoria "non è il bene trasferito in sè, ma la reintegrazione della generica garanzia patrimoniale dei creditori";

6. per effetto del citato art. 95, comma 1, secondo cui il curatore può eccepire (anche disgiuntivamente) "l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione", dalla qualificazione in termini (anche) di eccezione del relativo potere del curatore, discende dunque che il suo esercizio non mira ad ottenere una pronuncia costitutiva di inefficacia, bensì soltanto a paralizzare la pretesa creditoria, sicchè la pronuncia giudiziale, che tale eccezione accolga, non dichiara l'inefficacia nè dispone le restituzioni, ma si limita a escludere il credito o la prelazione, in ragione della eccepita revocabilità (cfr. Cass. n. 4185/2014 e Cass. n. 26504/2013, nonchè Cass. n. 3778/2019);

7. ne deriva altresì l'infondatezza della censura di ultrapetizione, ben potendo il tribunale escludere l'ammissione in via privilegiata anche in assenza di apposita domanda giudiziale del curatore L.Fall., ex art. 66 e art. 2901 c.c., limitandosi ad accogliere, come nella specie, la relativa eccezione, posto che inoltre eccepire l'inefficacia del titolo su cui si fonda il credito o della garanzia, già per tenore letterale della L.Fall., art. 95, comma 1, significa in modo inequivoco l'ammissibilità, anche in via di eccezione, della revoca avente ad oggetto unicamente la seconda;

8. da quanto premesso trova piena applicazione il principio, affermato ai sensi della L.Fall., art. 67, comma 1, n. 2 e comma 2, ma con una latitudine estensibile anche ai requisiti dell'art. 2091 c.c. (nella vicenda non oggetto di specifica contestazione), per cui la rimessa conseguente alla concessione di un mutuo garantito da ipoteca destinata a ripianare uno scoperto di conto, laddove il mutuo ipotecario e il successivo impiego della somma siano inquadrabili nel contesto di un'operazione unitaria il cui fine ultimo sia quello di azzerare la preesistente obbligazione, può essere oggetto di revocatoria, posto che "la garanzia ipotecaria non è espressione di autotutela preventiva, in quanto costituita per debito preesistente, in tutti i casi in cui il mutuatario non abbia ad acquisire contestualmente nuova disponibilità finanziaria, essendo, in tal caso, la garanzia associata ad un rischio di credito già in atto" (Cass. 3955/2016); questa Corte ha invero aggiunto, con portata generale del principio, che il curatore, ricorrendone i presupposti, può impugnare l'intera operazione per farne dichiarare l'inefficacia, in quanto diretta, per un verso, a estinguere con mezzi anormali le precedenti obbligazioni gravanti sul beneficiario delle somme mutate, per altro verso, a costituire una garanzia per detti debiti preesistenti, "dovendosi riconoscere l'utilità della banca non nella contrazione del mutuo... in sè ma nel suo impiego come fattore ristrutturativo di un passivo almeno in parte e consistentemente diverso, essendo, tuttavia, il tribunale tenuto ad accertare, a fronte di specifica deduzione della mutuante, se una parte del finanziamento potesse essere destinata ad una nuova sovvenzione invece che al consolidamento del passivo" (Cass. 4202/2018; conf. Cass. 19746/2018); tale ultimo accertamento, peraltro non specificamente censurato, è stato specifico oggetto di riscontro positivo da parte del giudice milanese;

9. ne consegue che la revoca dell'ipoteca non comporta anche l'esclusione dall'ammissione al passivo del credito oggetto di garanzia (cfr. Cass. n. 4185/2014, nonchè Cass. n. 4752/2015, entrambe rese con riferimento proprio alla eccezione revocatoria ordinaria); così che nell'ipotesi di mutuo garantito da

ipoteca, integrante un negozio indiretto poichè destinato ad estinguere il preesistente debito chirografario, l'ammissione al passivo della somma mutuata è incompatibile con le sole fattispecie della simulazione e della novazione ma non anche con quella del negozio indiretto - ove appunto si allegghi essere eterogeneo lo scopo perseguito dalle parti mediante il collegamento negoziale e, specificamente, che si sia inteso in concreto munire di privilegio il credito preesistente 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, atteso che all'inefficacia del contratto conseguirebbe la necessità di restituzione, sia pure in moneta fallimentare (cfr., tra le altre, Cass. n. 26504/2013, Cass. n. 4185/2014, Cass. n. 4752/2015 e, da ultimo, Cass. 7740/2020);

il ricorso va dunque rigettato, con condanna alle spese secondo la regola della soccombenza e specifica liquidazione come meglio in dispositivo, riconosciuta la sussistenza dei presupposti per il cd. raddoppio del contributo unificato (Cass. s.u. 4315/2020).

#### P.Q.M.

la Corte rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento delle spese del procedimento di legittimità, liquidate in Euro 10.000, oltre a 200 Euro per esborsi, nonché al 15% a forfait sui compensi e agli accessori di legge; ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, come modificato dalla L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello, ove dovuto, per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 25 maggio 2021.

Depositato in Cancelleria il 11 agosto 2021

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