

ovvero, proprio l'uniforme conformità a quest'ultimo consiglierebbe un intervento risolutivo del Giudice delle leggi, in grado di stabilire i termini del corretto "bilanciamento", alla presenza di principi di pari ran-

go, eventualmente facendo leva sui propri "poteri di gestione del processo costituzionale"⁸⁰, onde sollecitare le opportune iniziative da parte delle istituzioni deputate.

Responsabilità patrimoniale

Cassazione civile, Sez. III, 8 aprile 2020, n. 7740 – Pres. Armano – Rel. Guizzi – P.M. Patrono (conf.) – Nuova SO.FI.A. S.r.l. (avv. Nevoni) – Ambra SPV S.r.l. (avv. Ferro). *Cassa con rinvio Trib. Roma, 7 maggio 2018, n. 1737.*

Responsabilità patrimoniale – Revocatoria ordinaria (azione) – Ambito oggettivo – Concessione di ipoteca contestuale al credito garantito – Dilazione di pagamento – Atto a titolo gratuito – Fondamento

In tema di azione revocatoria ordinaria, nel caso di stipula di un nuovo contratto di credito fondiario, assistito da ipoteca e destinato a subentrare ad altro mutuo garantito da precedente ipoteca sui medesimi beni, in difetto di profili che facciano presagire l'erogazione di nuova liquidità, il "ripiamento" del debito preesistente mediante il nuovo credito integra un'operazione di natura contabile e la costituzione di ipoteca contestuale al sorgere del credito garantito ha natura di atto a titolo gratuito, con conseguente indifferenza dello stato soggettivo del terzo. (Massima non ufficiale)

Omissis. – *Svolgimento del processo.*

1. La società Nuova SO.FI.A. 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 Popolare di Vicenza S.p.a., in liquidazione coatta amministrativa, quale procuratrice speciale della società Ambra SPV S.r.l., e in accoglimento dell'opposizione proposta – ha collocato in via ipotecaria il credito di Euro (..), già ammesso allo stato passivo, ammettendo, altresì, in via ipotecaria il credito di Euro (..) a titolo di spese legali.

2. Riferisce, in punto di fatto, l'odierna ricorrente che in data (*omissis*) la Banca Popolare di Vicenza le concedeva un finanziamento fondiario ipotecario, utilizzabile mediante apertura di credito in conto corrente, per l'importo di Euro (..), con obbligo di restituzione dell'importo finanziato entro il (*omissis*).

Il credito della società mutuante veniva garantito attraverso la concessione di un'ipoteca volontaria – oggetto di intavolazione – su beni di proprietà della società Nuova SO.FI.A., siti a (*omissis*).

Successivamente, in data (*omissis*), l'odierna ricorrente otteneva un secondo finanziamento, di importo pari al precedente, da rimborsare entro il (*omissis*), 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 (*omissis*).

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 Nuova SO.FI.A. Il (*omissis*), la Banca Popolare di Vicenza 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 (*omissis*), nonché, sempre in via privilegiata ipotecaria, quanto ad altro finanziamento ipotecario del 2009, per la somma di Euro (..), 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 (..), 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 (*omissis*).

Proposta dalla Banca Popolare di Vicenza opposizione allo stato passivo, il Tribunale capitolino, in accoglimento della stessa, collocava in via ipotecaria il credito di Euro (..) 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. (*Omissis*).

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 (susceptibili 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 mutuante.

La presente fattispecie negoziale, però, si distingue – rispetto a quelle esaminate in passato dalla giurisprudenza

⁸⁰ Cfr. Corte cost., ord., 16 novembre 2018, n. 207, *Diritto*, par. 11, in *Giur. Cost.*, 2018, 2445, con note di A. Anzon Demmig, R. Pinardi, G. Repetto e C. Tripodina; in *Foro It.*, 2019, I, c. 1876,

con note di S. Gentile, R. Romboli e S. Vinciguerra; in *Dir. Fam. Pers.*, 2019, I, 447, con nota di R. Masoni; in *Cass. Pen.*, 2019, 522, con nota di C. Cupelli e 1086, con nota di E. Aprile.

di legittimità – per il fatto di non aver determinato la trasformazione del credito originario del mutuante da chirografario in ipotecario. Nell'ipotesi oggi in esame, infatti, il rapporto di mutuo, originariamente intercorrente tra la Banca Popolare di Vicenza e la società Nuova SO.FI.A., 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 della novazione (con la sostituzione del preesistente debito chirografario con un debito garantito)”, giacché “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 mutate 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, poiché, 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 fallimen-

tare” (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”, poiché 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 Popolare di Vicenza e la Nuova SO.FI.A. in data (*omissis*) 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 (*omissis*), ma una semplice dilazione del termine di restituzione della somma mutuata.

Di conseguenza, come di recente osservato da questa Corte (ancorché, 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 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 posposto 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 mutuuario, cfr. Cass. Sez. 1, sent. n. 28802 del 2018, cit.).

(*Omissis*).

Revocatoria di ipoteca accessoria a credito fondiario per debito preesistente già ipotecario

Chiara Scapinello*

In materia di revocatoria ex articolo 2901 c.c., la sentenza in nota valuta la natura onerosa o gratuita dell’atto di concessione di ipoteca a garanzia del credito fondiario utilizzato per ripianare una precedente esposizione debitoria. Nel caso di specie, tuttavia, il primo credito non era chirografario, bensì già privilegiato e ciononostante, suscitando vari interrogativi, la Corte conclude in modo sommario per la natura gratuita dell’atto.

Distinzione della fattispecie in due casi

Ai fini della revocabilità ex art. 2901 c.c., la sentenza in nota affronta la questione relativa alla natura onerosa o gratuita dell’atto di concessione di ipoteca a garanzia del credito fondiario destinato ad estinguere un preesistente debito con lo stesso mutuante.

Tuttavia, solo in seguito ad un’attenta lettura¹, si nota che l’apparato motivazionale non sia del tutto sufficiente a giustificare le conclusioni rassegnate.

Parimenti, esso suscita qualche perplessità, in specie pensando alle rilevanti conseguenze della decisione sul piano applicativo².

Prima di esaminare la questione, è necessario chiarire che nell’ambito di tale fattispecie si distinguono due diversi casi.

La prima ipotesi attiene al caso in cui il mutuo fondiario ipotecario ripiani una precedente esposizione debitoria non assistita da alcuna garanzia reale e,

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, per quando 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. – *Omissis*.

quindi, elevi il grado di un credito chirografario in ipotecario.

In tal caso, l’ipoteca, sebbene contestuale al nuovo credito, assiste di fatto un credito anteriore concesso dallo stesso mutuante.

L’ipotesi è assai frequente nella prassi e la giurisprudenza di legittimità è concorde nel sanzionare l’atto di concessione di ipoteca contestuale al secondo credito qualificandolo come atto gratuito e revocandolo.

A tal proposito, ricorre il principio di diritto per cui “la costituzione di ipoteca successiva al sorgere del credito garantito ha natura di atto a titolo gratuito, con conseguente indifferenza dello stato soggettivo del terzo, senza che abbia rilievo la contestuale pattuizione di una dilazione di pagamento del debito, da ritenersi inerente non alla causa dell’accordo di garanzia, ma ad un motivo di esso”³.

La seconda ipotesi, invece, è meno frequente nella prassi e attiene al caso in cui il mutuo fondiario ipo-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ La sentenza richiede un’attenta lettura onde evitare di cadere in approssimazioni simili a quelle che si leggono nei primi commenti alla sentenza all’indomani della sua pubblicazione, in particolare nei siti dedicati alle questioni rilevanti in materia fallimentare e bancaria. Solo ad esempio, i primi commentatori hanno fatto riferimento ora “alla natura del mutuo ipotecario destinato ad estinguere un preesistente rapporto obbligatorio”, quando, invece, si discorre della natura dell’atto di concessione dell’ipoteca, in *contenzioso-bancario.it*; ora, invece, alla trasformazione di “un mutuo in atto gratuito”, quando invece, si discorre di credito fondiario ex art. 38 T.U.B. e ad essere qualificata come gratuita è solo la relativa ipoteca concessa in garanzia, in *iusletter.com*; e ancora, si definisce “esaustiva” la ricostruzione dei principi espressi sul tema dalla cassazione, quando, invece, ad una attenta analisi, si nota che le massime riportate attengono ad una fattispecie diverse, in *iusletter.com*; così, si giudica l’azione della banca “un errore abnorme di gestione nel processo di ristrutturazione del credito”, quando, invece, il mutuante faceva affidamento sul fatto che il precedente credito non fosse chirografario, ma già ipotecario, in *expartecreditoris.it*.

² Sempre attuali le parole di G. Sicchiero, *Ancora sulla revocabilità del trust e dell’atto di destinazione, ovvero delle tesi scritte alla lavagna*, in *Contratto e Impresa*, 2010, 18 ove scrive che “di fronte ad una questione interpretativa che consenta più soluzioni,

(..) occorre domandarsi quale sia l’effetto che quella prescelta produca sul sistema nel suo complesso, chiedendosi ad es. se una apparente coerenza formale del ragionamento possa giustificare un effetto economico aberrante”. Ragionando, quindi, sugli effetti delle conclusioni della sentenza, questi non sono certamente a favore del ceto creditorio: nell’attuale momento storico di crisi economica causata dalle restrizioni per fronteggiare l’emergenza Covid-19, ove molte imprese e famiglie necessitano di liquidità immediata, nonostante gli interventi governativi, la sentenza in epigrafe può dissuadere le banche dal concedere ulteriore credito fondiario per ripianare precedenti esposizioni debitorie e rimodulare le restituzioni. Del resto, Nel rapporto della Banca Mondiale “*Doing business 2016*”, l’Italia ha il primato fra i Paesi OCSE di essere il sistema giuridico in cui i diritti legali dei creditori sono più deboli, a pari (de-)merito con il Portogallo. Si veda E. Brodi, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in *Questioni di Economia e Finanza (occasional paper) della Banca d’Italia*, n. 356, settembre 2016, 9, in *bancaditalia.it*.

³ *Ex multis*: Cass. civ., 8 maggio 2014, n. 9987; Cass. civ., 19 aprile 2016, n. 7745; Cass. civ., 9 novembre 2018, n. 28802; Cass. civ., 21 febbraio 2018, n. 4202; Cass. civ., 25 luglio 2018, n. 19746; Cass. civ., 31 agosto 2018, n. 21535; Cass. civ., 14 giugno 2019, n. 16081. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Vicenza, 18 febbraio 2019 in *ilcaso.it*.

tecario vada a ripianare una precedente esposizione debitoria già assistita da ipoteca volontaria concessa contestualmente al sorgere del primo credito.

Dunque, il primo credito non è un credito chirografario che muta in ipotecario per effetto del secondo mutuo fondiario assistito da ipoteca, bensì è un credito privilegiato sin dall'origine.

La fattispecie esaminata dalla sentenza in commento rientra nella seconda ipotesi delineata e, tuttavia, nel ribaltare la decisione del Tribunale, la Suprema Corte revoca la garanzia ipotecaria qualificandola parimenti come atto gratuito e senza offrire una soddisfacente motivazione.

Difatti, si può constatare che la sentenza argomenta e risolve il caso massimando da altri precedenti di legittimità i quali, tuttavia, si riferiscono a distinte fattispecie negoziali⁴.

L'argomentazione della sentenza e sue criticità

È utile allora ripercorrere i passaggi motivazionali per evidenziarne le criticità.

In primis, l'assunto posto a base dell'argomentazione è che il rimedio giuridico all'utilizzo "distorto" del mutuo fondiario ipotecario ex art. 38, D.Lgs. 1° settembre 1993 n. 385 per ripianare precedenti finanziamenti chirografari non sia la nullità del contratto per motivi illeciti comuni ad entrambe le parti ex art. 1345 c.c.⁵, né l'esclusione dall'ammissione al passivo per simulazione o novazione, essendo l'ammissione incompatibile solo rispetto a tali fattispecie e non rispetto al negozio indiretto⁶.

Il rimedio si individua, bensì, nell'azione revocatoria (ordinaria o fallimentare) della sola garanzia ipotecaria prestata contestualmente al nuovo mutuo fondiario, concesso al solo scopo di ripianare un precedente finanziamento non privilegiato e, all'esito della quale, il credito è ammesso al passivo come chirografario⁷.

Tale soluzione è condivisa dalla giurisprudenza

maggioritaria ed è fatta propria anche dalla sentenza in commento⁸.

Si precisa, comunque, che il rimedio della revocabilità della sola ipoteca con ammissione del credito al chirografo è applicabile solo se l'operazione ex art. 38 T.U.B. rispetti il limite di finanziabilità prestabilito, altrimenti vale la sanzione della nullità dell'intera operazione⁹.

Individuato il rimedio applicabile, rileva allora verificare, caso per caso, la natura onerosa o gratuita dell'ipoteca da revocare in quanto dirimente sul piano dei limiti soggettivi entro cui l'indagine sull'atteggiamento psicologico deve essere condotta.

Difatti, ove l'atto di concessione di ipoteca sia qualificato di natura gratuita, vale la regola ex art. 2901 c.c. per cui è sufficiente il requisito del *consilium fraudis* del debitore e non anche quello della *participatio fraudis* del creditore, ove sia anche terzo beneficiario.

Diversamente, ove la garanzia concessa contestualmente al sorgere del credito garantito abbia natura onerosa occorre verificare se in capo al mutuante vi sia la consapevolezza del pregiudizio recato agli altri creditori.

Al riguardo, nel valutare la natura onerosa o gratuita dell'atto, la sentenza in epigrafe opta per qualificare come gratuito l'atto di concessione di ipoteca e riporta il principio di diritto per cui "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, ossia all'istituto di credito mutuante, il quale ha comunque acquisito un vantaggio senza un corrispondente sacrificio e, quindi, ben può vedere il proprio interesse postposto a quello del creditore"¹⁰.

Tuttavia, oltre al fatto che tale massima si riferisce a fattispecie non assimilabili al caso di specie¹¹, la sentenza impiega quale argomento fondante per giungere a tale conclusione la sola affermazione per cui il finanziamento erogato per ripianare la precedente esposi-

⁴ Solo, ad esempio, le seguenti pronunce riguardano ipotesi di revocatoria fallimentare: Cass. civ., 28 gennaio 2013, n. 1807 in *ilcaso.it*; Cass. civ., 29 febbraio 2016 n. 3955 in *ilcaso.it*; Cass. civ., 19 aprile 2016, n. 7745 in *ilcaso.it*; Cass. civ., 21 febbraio 2018, n. 4202. in *ilcaso.it*.

⁵ Rimedio applicato fino a tempi meno recenti: Trib. Nola, 24 febbraio 2009 in *Foro it.*, 2009, 2243; App. Palermo, 15 maggio 1995, in *Vita Notar.*, 1996, 953.

⁶ Cass. civ., 28 gennaio 2013, n. 1807, in *ilcaso.it*.

⁷ Paragrafo 6.2 della sentenza in epigrafe.

⁸ Cass. civ., 25 luglio 2018, n. 19746 con nota di A. Pisapia, *Mutuo fondiario, estinzione di un precedente debito e revoca della garanzia ipotecaria*, in *I Contratti*, 2019, 298; Cass. civ., 18 aprile 2013, n. 9482, in *Dir. e Giust.*, 2013; Cass. civ., 28 gennaio 2013, n. 1807, in *Mass. Giust. Civ.*, 2013; Cass. civ., 15 ottobre 2012, n. 17650, in *Mass. Giust. Civ.*, 2012, 1215; Cass. civ., 9 ottobre 2012 n. 17200, in *Guida Dir.*, 2012, 46; Cass. civ., 15 luglio 2011, n. 15690, in *IlCaso.it*; Cass. civ., 9 giugno 2011, n. 12644, in *Mass. giust. civ.*, 2011, 6, 877; Cass. civ., 1° ottobre 2007, n. 20622, in *Dir. Fall.*, 2009, 181; Cass. civ., 6 novembre 2006, n. 23669, in *Fall.*, 2007, 651; Cass. civ., 7 gennaio 2004, n. 12, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004, 1. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Mantova, 21

ottobre 2015, in *dejure.it*.

⁹ Da ultimo: Cass. civ., 21 gennaio 2020, n. 1193 in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>. e cfr. Cass. civ., 27 novembre 2019, n. 31057, Cass. civ., 28 giugno 2019, n. 17439; Cass. civ., 3 ottobre 2018, n. 24138; Cass. civ., 24 settembre 2018, n. 22466; Cass. civ., 28 maggio 2018, n. 13286; Cass. civ., 28 maggio 2018, n. 13285; Cass. civ., 11 maggio 2018, n. 11543; Cass. civ., 9 maggio 2018, n. 11201; Cass. civ., 12 aprile 2018, n. 9079; Cass. civ., 16 marzo 2018, n. 6586; Cass. civ., 13 luglio 2017, n. 17352 che hanno stabilito che il mancato rispetto del limite di finanziabilità, di cui all'art. 38 T.U.B. e alle conseguenti disposizioni regolamentari, comporta in via diretta la nullità dell'intero contratto, trattandosi di una norma di ordine pubblico.

¹⁰ Paragrafo 6.4 della sentenza in epigrafe.

¹¹ La sentenza in nota cita: Cass. civ., 17 maggio 2010, n. 12045 che si occupa della revoca di donazione e Cass. civ., 9 novembre 2018, n. 28802 che si riferisce alla revocatoria ex art. 66 e 2901 c.c. e al caso in cui il credito fondiario ripiana un precedente debito chirografario. La massima ricorre anche in Cass. civ., 12 aprile 2000, n. 4642 (lavoro subordinato e licenziamento); Cass. civ., 3 marzo 2009, n. 5072 (donazione).

zione debitoria sarebbe una mera operazione contabile, priva di nuove condizioni negoziali¹².

Difatti, tale valutazione non è giustificata da indici normativi o dati concreti, ma gran parte del corpo motivazionale è costituito da altre massime di precedenti giurisprudenziali che si riferiscono ad una diversa fattispecie, ossia al caso in cui il credito fondiario ipotecario vada a ripianare la precedente esposizione debitoria non assistita da alcuna garanzia reale, ma semplicemente chirografaria.

In particolare, dapprima, la sentenza richiama più volte i principi espressi dalla pronuncia della Cassazione del 29 febbraio 2016 n. 3955, decisione che, per di più, riguarda una fattispecie di revocatoria fallimentare *ex art. 67 L. fall.* e non di revocatoria ordinaria *ex art. 2901 c.c.*, come nel caso in esame¹³.

Il richiamo a tale sentenza, dunque, non appare del tutto congruo poiché la revocatoria ordinaria e la revocatoria fallimentare presentano requisiti di applicazione diversi e, parimenti, sottintendono un diverso giudizio sulla gratuità od onerosità dell'atto da revocare¹⁴.

In particolare, autorevole dottrina mette in luce una triplice specialità dell'azione revocatoria ordinaria: come primo elemento specializzante, essa è connotata da

un'inefficacia originaria relativa per il fatto che la pronuncia giova solo al creditore che l'abbia promossa; il secondo elemento è costituito dal limite di una responsabilità patrimoniale circoscritta al valore del bene trasferito (o ipotecato); ed infine, si specializza per l'esclusiva ancillarità della stessa al credito¹⁵.

Non solo, l'art. 2904 c.c. si limita a fare salve le disposizioni dettate per la revocatoria fallimentare esprimendo così una distinzione tra i due istituti e senza attribuire alcun valore di principio alle disposizioni dettate per la revocatoria ordinaria, nonché senza prevedere che queste ultime si applichino dove la legge fallimentare non abbia disposto¹⁶.

A sua volta, l'art. 66 L. fall. disciplina appositamente l'azione revocatoria ordinaria nel fallimento e quest'ultima norma si limita a stabilire che il curatore possa esperire l'azione revocatoria ordinaria "secondo le norme del codice civile", con ciò distinguendo ulteriormente le due azioni¹⁷.

Con riguardo alla revocatoria fallimentare *ex art. 67 L. fall.*, al contrario di quella ordinaria, non documenta un nesso di strumentalità nei termini di una neutralizzazione del pregiudizio individuale, bensì dell'intera massa dei creditori concorrenti e pertanto, le due logiche operative non sono assimilabili¹⁸.

¹² Paragrafo 6.4 della sentenza in epigrafe.

¹³ A norma dell'art. 49, L. 3 aprile 1979, n. 95, le azioni revocatorie nella procedura dell'amministrazione straordinaria sono disciplinate secondo gli artt. 64-69 *bis* l. fall. e sono ammesse solo se è stato autorizzato un programma di cessione dei complessi aziendali.

¹⁴ Al riguardo, l'art. 2901, 2° comma, c.c. prevede espressamente che le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito e l'azione revocatoria ordinaria si prescrive nel termine di cinque anni dalla data del compimento dell'atto *ex art. 2903 c.c.* Diversamente, l'art. 67 L. fall., invece, prevede che sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore 1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso. Il 2° comma precisa che sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.

In giurisprudenza è discusso se la presunzione di onerosità dell'ipoteca *ex art. 2901, 2° comma, c.c.* si estenda alla legge fallimentare, in particolare all'art. 64 L. fall.. A favore: Cass. civ., 4 febbraio 2010, n. 2610 in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; Cass. civ., 9 maggio 2008, n. 11559 in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; Cass. civ., 15 dicembre 2006, n. 26933 in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; Cass. civ., 8 luglio 2015, n.14376; Cass. civ., 25 giugno 2003, n. 10072 in *Fallimento*, 2004, 749 con nota di D. Lambicchi: "La prestazione di garanzia resa dal fallito per debito altrui, contestualmente al sorgere del credito garantito, non può essere considerata atto a titolo gratuito, perché la presunzione di onerosità dettata dall'art. 2901, comma 2, c.c. per la revocatoria ordinaria è applicabile estensivamente anche all'azione di inefficacia prevista dall'art. 64 l. fall.". In senso contrario: Cass. civ., 13 giugno 2017, n. 14696 per cui "il principio stabilito per l'azione revocatoria ordinaria dall'art. 2901 c.c., 2° comma, secondo il quale le pre-

stazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al sorgere del credito garantito, è senz'altro applicabile anche alla revocatoria invocata dal curatore fallimentare L. fall., *ex art. 66 e art. 2901 c.c.*, essendo tale principio coerente con la natura intrinseca dell'atto (di prestazione di garanzia); il quale atto, nei confronti del soggetto concedente l'apertura di credito, non può essere considerato gratuito, con conseguente inapplicabilità della L. fall., art. 64, perché viene a porsi in relazione di corrispettività con il contestuale affidamento concesso" in *dejure.it*.

¹⁵ S. Pagliantini, *Azione revocatoria e limite alla c.d. reintegrazione patrimoniale ex art. 2740 c.c.* in nota a Trib. Monza, 11 aprile 2017 in *Giur. It.*, 2017, 1333.

¹⁶ D. Lambicchi, *Inapplicabilità della presunzione di onerosità di cui all'art. 2901 c.c. nel giudizio ex art. 64 l. fall.*, in nota a Cass. civ., 25 giugno 2003, n. 10072, cit., 754; in altri casi, invece, il c.c. stabilisce espressamente che alcune norme si debbano applicare ad istituti diversi, come ad es. gli artt. 1324 e 1680 c.c. e neppure la L. fall. stabilisce l'applicazione delle norme del c.c. per quanto dalla stessa non espressamente previsto.

¹⁷ M.R. Basilone, *La revocatoria ordinaria nel fallimento in bilico tra legittimazione "esclusiva" del curatore e persistente legittimazione del creditore in caso di inerzia dell'organo concorsuale*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2009, 456; E. Lucchini Guastalla, *Azione revocatoria ordinaria, Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010; A. Pazzaglia, *Art. 66 l. fall. L'azione revocatoria ordinaria in sede fallimentare, in Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia-C. Piccininni-F. Severini, II, Torino, 2010; Patti, *Commento all'art. 66 l. fall.*, in *Il nuovo fallimento* a cura di Jorio-Fabiani, Bologna, 2006.

¹⁸ S. Pagliantini, *Azione revocatoria e limite alla c.d. reintegrazione patrimoniale ex art. 2740 c.c.* cit., 1331; D. Lambicchi, *Inapplicabilità della presunzione di onerosità di cui all'art. 2901 c.c. nel giudizio ex art. 64 L. fall.*, cit., 756: "ciò che viene in considerazione per graduare la tutela dell'affidamento del convenuto è sempre l'anormalità dell'atto, intesa come indice della *scientia decoctionis*, piuttosto che la doverosità dell'atto. Infatti, è meno tutelato il creditore che abbia ottenuto un'ipoteca giudiziale o volontaria per un debito scaduto (*scientia decoctionis* presunta fino a prova contraria) rispetto al creditore che abbia ottenuto

Senza dilungarsi oltre, bastino tali considerazioni per ritenere che l'argomentazione per massime ancorata a principi espressi da pronunce che si riferiscono alla diversa azione revocatoria fallimentare non sia del tutto adeguata a dirimere il caso di specie.

Inoltre, nel confortare la scelta di qualificare la natura gratuita dell'atto di concessione di ipoteca, la sentenza richiama un'altra massima di una pronuncia di legittimità che si riferisce, ancora una volta, ad una fattispecie diversa¹⁹.

Nel caso richiamato, la questione non riguarda affatto la revocabilità dell'atto di concessione di ipoteca in garanzia al credito fondiario, bensì la revocabilità dell'intera operazione, ossia, la revocabilità sia del negozio di finanziamento con destinazione della somma a pagamento di un preesistente debito chirografario e sia del negozio di garanzia.

Difatti, nel precedente citato, i due finanziamenti fondiari non solo sono stati erogati ad una breve distanza di tempo, ma entrambi sono stati concessi quando la società era già in dissesto.

A conferma, in tutti i gradi di giudizio, i giudici dichiarano la nullità di tale operazione poiché non vi è stato alcun materiale trasferimento di somme dalla banca al mutuatario in quanto l'obbligazione "virtuale" aveva il solo scopo di ottenere garanzie ipotecarie²⁰.

Dunque, è solo con riferimento a tale specifico caso concreto che è possibile riferire la massima parafrasata dalla sentenza in commento.

Ad ogni modo, anche accogliendo il punto della sentenza in cui statuisce che il secondo credito fondiario erogato si concretizzi in una "semplice dilazione del termine di restituzione della somma mutuata" risulta, comunque, mancante di un passaggio motivazionale.

Ossia, non è chiaro in base a quale dato la Cassazione, nel valutare la natura onerosa o gratuita dell'atto di concessione della nuova ipoteca, ometta di valorizzare la circostanza per cui, nella presente fattispecie, il primo finanziamento fosse già privilegiato in quanto anche la prima ipoteca era stata concessa contestualmente al credito.

Difatti, il primo atto di costituzione di ipoteca avven-

nuto nel 2008 porta a ritenere che il ripianamento del debito fondiario attraverso il nuovo finanziamento del 2011 non avvenga al solo scopo di trasformare il precedente credito da chirografario in privilegiato e, dunque, che non sia permeato dal motivo illecito di eludere la *par condicio creditorum*.

La sentenza sul punto non prosegue con la tecnica del precedente giurisprudenziale poiché in materia di revocatoria ordinaria non si rivengono recenti pronunce di legittimità che riguardino un simile caso di specie, in quanto, allo scrutinio della Suprema Corte, finora è giunta la ricorrente operazione di ripianamento con credito ipotecario di un precedente debito chirografario²¹.

Tuttavia, la Suprema Corte, per valorizzare tale circostanza in favore della natura onerosa dell'atto di concessione di ipoteca, avrebbe potuto considerare in motivazione il dato normativo di riferimento.

Dal precedente giurisprudenziale al dato normativo

Le norme che regolano il caso di specie sono l'art. 38 e 39 T.U.B., nonché l'art. 2901, 2° secondo c.c.

Precisamente, gli artt. 38 e 39 T.U.B. disciplinano il contratto di credito fondiario, fattispecie negoziale di cui il Tribunale di Roma esclude la natura fittizia nel caso in esame riconoscendo l'onerosità della concessione della "nuova" ipoteca.

Rileva, in particolare, la definizione di "credito fondiario" di cui all'art. 38 T.U.B., norma che lo definisce come quel "credito che ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili".

La norma precisa, altresì, che la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti²².

Rispetto alla definizione storicamente contenuta nel R.D. n. 646/1905, l'attuale mutuo fondiario, a differenza del mutuo edilizio, ha perso la sua originaria

un'ipoteca per un debito contestualmente creato (prova della *scientia decoctionis* a carico del curatore) perché nel primo caso la costituzione dell'ipoteca non è espressione di una mera tutela preventiva contestuale al sorgere del credito, ma è un rimedio dettato dalla perdita di fiducia nel debitore, già inadempiente.

Se il legislatore, nel bilanciamento degli interessi in conflitto, avesse valutato queste due fattispecie dal punto di vista del creditore, attribuendo valore preminente al sacrificio che egli ha sopportato ed alla doverosità dell'atto oggetto della revocatoria, avrebbe offerto maggiore tutela al titolare di un credito scaduto, poiché egli ha il diritto di aggredire il patrimonio del debitore e, se munito di titolo idoneo, il diritto di ottenere l'ipoteca coattivamente; mentre avrebbe offerto minore tutela al titolare di un credito creato contestualmente all'ipoteca, poiché egli riceve la garanzia nel momento in cui non è ancora titolare di un diritto esigibile".

¹⁹ Cass. civ., 5 agosto 2019, n. 20896 in *ilcaso.it*: nel caso di specie non si discute della qualifica dell'ipoteca come onerosa o gratuita, ma il tema principale è l'ammissione al passivo *tout court* del credito fondiario.

²⁰ Paragrafi 2 e 3 di Cass. civ., 5 agosto 2019, n. 20896, cit.

²¹ Secondo operazioni più o meno complesse come ad esempio anche in Cass. civ., 22 novembre 2017, n. 27830 in *Fallimento*, 2018, 311 con nota di F. Commisso, *Revocabilità dell'intera garanzia costituita per debiti preesistenti non scaduti anche in presenza di altri debiti preesistenti scaduti o contestuali*.

²² S. Boatto, *Commento all'art. 38 T.U.B.*, in Costa (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni*, Torino, 2013, 348; F. Giorgianni-M. Tardivo, *Manuale di diritto bancario*, Milano, 2009, 571.

connotazione di mutuo di scopo tipico la cui mancanza originaria determinava la nullità del contratto²³.

Ad oggi, in assenza di un vincolo *ex lege*, non rileva l'eventuale previsione negoziale che veicola la somma mutuata ad uno scopo come il ripianamento di una esposizione debitoria pregressa poiché lo scopo del finanziamento non entra nella causa del contratto²⁴.

La mancanza di un vincolo di destinazione, infatti, conduce a ritenere legittimo qualsiasi scopo perseguito dalle parti con la concessione del prestito purché risultino soddisfatte le condizioni *ex art. 38 T.U.B.*, ossia che si tratti di un finanziamento di medio lungo termine garantito da ipoteca di primo grado su immobili e che l'importo mutuato sia pari al massimo all'ottanta per cento del valore degli immobili ipotecati²⁵.

Si aggiunga che la fattispecie negoziale è rafforzata dal cd "consolidamento dell'ipoteca", ossia lo strumento *ex art. 39, 4° comma, T.U.B.* per cui "le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento. L'art. 67 L. fall. non si applica ai pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari".

La norma si riferisce alla sola revocatoria fallimentare, ma la sua *ratio* è evidente: la disposizione intende garantire la stabilità del sistema creditizio in generale e l'affidamento agli operatori bancari sulla intangibilità delle garanzie correlate al credito da rimborso²⁶.

Tuttavia, come è emerso nella più recente giurisprudenza, l'esenzione prevista dalla norma rimane inapplicata in materia fallimentare in tutte le ipotesi in cui il credito fondiario ipotecario intervenga a ripianare un precedente debito chirografario in quanto la giurisprudenza qualifica la concessione di ipoteca come atto gratuito *ex art. 64 L. fall.*²⁷.

Dunque, in quanto norma eccezionale, l'art. 39 T.U.B. non trova applicazione solo con riguardo alle ipoteche qualificate come onerose *ex art. 67 L. fall.* e, parimenti, è pacifico che non possa estendersi analogicamente all'azione revocatoria ordinaria²⁸.

Ad ogni modo, chiarita l'inapplicabilità dell'art. 39 T.U.B. nei casi di revocatoria ordinaria, l'art. 38 T.U.B. deve essere poi coordinato con quanto dispone l'art. 2901, 2° comma, c.c.²⁹.

Ossia, data l'irrilevanza della natura contabile o meno del secondo finanziamento dal momento che non rileva lo scopo pratico perseguito dalle parti nel negozio di credito fondiario e dato il rispetto dei limiti di finanziabilità, occorre valutare la natura dell'atto di concessione di ipoteca che lo accompagna.

Sul punto, l'art. 2901, 2° comma, c.c. sancisce chiaramente che sono da considerare presuntivamente a titolo oneroso le prestazioni di garanzia ove contestuali all'atto da cui è sorto il credito garantito e probabilmente, proprio alla luce della cristallina disposizione legislativa, tale ultimo caso è stato più raramente esaminato dalla recente giurisprudenza di legittimità.

Quando se ne è occupata, comunque, la Suprema Corte ha affermato che ai fini della invocabilità della presunzione, non si richiede la stretta contemporaneità tra prestazione di garanzia e credito garantito.

Precisamente, "essendo sufficiente una contestualità funzionale, nel senso che tali atti siano interdipendenti e legati da un reciproco nesso genetico, di modo che sia possibile ravvisare nella concessione di garanzia un elemento dell'accordo, un requisito essenziale dello stesso, in quanto il rischio insito nella funzione creditizia sia stato assunto sul presupposto stesso della concessione della garanzia" e, quindi, dovendosi invece escludere la contestualità nel solo caso in cui la garanzia venga prestata quando il rischio della funzione creditizia sia già in atto³⁰.

Sempre sul tema della contestualità, la giurisprudenza, ad esempio, la ritiene sussistente anche laddove l'ipoteca sia concessa dopo la stipula del contratto, ma prima della venuta ad esistenza del credito ove il fine sia quello di evitare la risoluzione del contratto³¹.

Inoltre, sul punto, autorevole dottrina ha precisato che dalla norma non deve dedursi che le prestazioni di garanzia per debito proprio o altrui non contestuali al sorgere del credito garantito siano sempre da considerare a titolo gratuito poiché quando manca la con-

²³ F. Giorgianni-M. Tardivo, *Manuale di diritto bancario*, cit., 574. In giurisprudenza: Cass. civ., 25 luglio 2018, n. 19746 con nota di A. Pisapia, *Mutuo fondiario, estinzione di un precedente debito e revoca della garanzia ipotecaria*, cit., 299; Cass. civ., 8 giugno 2018, n. 15929 in *Guida Dir.*, 2018, 64; Cass. civ., 24 gennaio 2012, n. 943 in *Mass. Giust. Civ.*, 2012, 67.

²⁴ A. Pisapia, *Mutuo fondiario, estinzione di un precedente debito e revoca della garanzia ipotecaria*, cit., 299.

²⁵ Cass. civ., 25 luglio 2018, n. 19746 con nota di A. Pisapia, *Mutuo fondiario, estinzione di un precedente debito e revoca della garanzia ipotecaria*, cit., 300.

²⁶ Cass. civ., 25 luglio 2018, n. 19746 con nota di A. Pisapia, *Mutuo fondiario, estinzione di un precedente debito e revoca della garanzia ipotecaria*, cit., 299; Cass. civ., 24 gennaio 2012, n. 943 in *Mass. Giust. Civ.*, 2012, 67.

²⁷ Trib. di Napoli, 9 settembre 2003 in *Fallimento*, 2004, 1231 con nota di F. Lamanna, *Garanzie contestuali per debiti altrui: inapplicabilità della presunzione di onerosità e limiti all'esenzione dalla revocatoria ex art. 39 T.U. bancario*. La sentenza è datata, ma

la nota sul punto è esaustiva.

²⁸ Come confermato da Trib. di Prato, 28 aprile 2017, in *Massimario OCI*, 01105.

²⁹ Bigliuzzi Geri, voce "Revocatoria (azione)", in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1-14; Cossu, voce "Revocatoria (azione)", in *Digesto Civ.*, XVII, Torino, 1998, 451; S. D'Ercole, *L'azione revocatoria*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1998, 181; Nicolò, *Tutela dei diritti*, in *Comm. Scialoja, Branca*, VI, artt. 2900-2906, sub art. 2901, Bologna-Roma, 1953, 238; U. Natoli, voce "Azione revocatoria ordinaria", in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 889 e segg.; F. Ferrara, voce "Azione revocatoria ordinaria - c) azione revocatoria fallimentare", in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 900 e segg.

³⁰ Cass. civ. 19 giugno 2014, n. 13973 in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; Cass. civ., 6 novembre 2006, n. 23669 in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Milano, 13 settembre 1990, in *dejure.it*.

³¹ Cass. civ., 22 giugno 2004, n. 11612 in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

testualità, la questione va risolta in concreto in base all'intera situazione fattuale in cui la prestazione di garanzia si inserisce ed in base alle eventuali concessioni ottenute a proprio favore da chi le presta³².

Non solo, ai fini del *consilium fraudis*, una volta che la prestazione di garanzia non contestuale sia risultata a titolo oneroso, si dovrà allora guardare alla posizione del soggetto dal quale in concreto provenga al garante quel vantaggio che rappresenta la contropartita della sua prestazione, sia poi tale soggetto il terzo creditore o il debitore garantito³³.

In tal caso, si precisa poi che la *participatio fraudis* dovrà essere ricercata nella sola persona del terzo creditore che è il principale destinatario degli effetti dell'atto³⁴.

Circa, invece, la presunzione di onerosità della garanzia, la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che questa dipende dall'esistenza di un immediato vantaggio patrimoniale in favore del disponente, non necessariamente radicantesi in un contratto a prestazioni corrispettive o alla perdita subita, ma in ogni caso capace di costituirne la ragione giustificativa³⁵.

Sulla base di tale criterio, quindi, sono considerati atti a titolo gratuito il negozio di costituzione del fondo patrimoniale³⁶ e la donazione modale e non, invece, la transazione, la divisione convenzionale e il *negotium mixtum cum donationem*³⁷.

Così, sotto il profilo soggettivo, sono stati considerati atti a titolo gratuito e, dunque, revocabili i contratti di locazione ultranovennale³⁸ e, in generale, gli atti di rinuncia³⁹.

Così, è considerato a titolo gratuito l'atto di semplice destinazione di un bene, senza il trasferimento della proprietà dello stesso, alla soddisfazione di determinate esigenze, ai sensi dell'art. 2645-ter c.c., essendo di regola, un negozio unilaterale, non perfezionandosi con l'incontro delle volontà di due o più soggetti, ma essendo sufficiente la sola dichiarazione di volontà del disponente, in quanto di per sé determina un sacrificio patrimoniale da parte del disponente, che non trova contropartita in una attribuzione in suo favore⁴⁰.

Dunque, alla luce delle considerazioni svolte dalla

dottrina e dalla giurisprudenza sull'art. 2901, 2° comma, c.c., si ritiene che la sentenza in epigrafe abbia perso l'occasione per affrontare più approfonditamente il caso in esame in quanto fattispecie che giunge meno frequentemente all'attenzione della Cassazione.

A tal fine, si ritiene che il dato normativo e le circostanze del caso concreto si dimostrino più aderenti alle conclusioni rassegnate della sentenza del Tribunale di Roma poi cassata.

In particolare, come evidenziato da autorevole dottrina, la questione deve essere risolta in base all'intera situazione fattuale e così è agevole verificare che, nel caso in esame, il debitore ottiene agevolmente una proroga del rapporto di credito tramite un accordo con la banca mutuante che già godeva di un credito privilegiato e il creditore, da parte sua, negoziando il nuovo finanziamento, conserva la garanzia ipotecaria.

La sentenza in commento, peraltro, sempre massimando dalla pronuncia n. 3955 del 2016, tra le righe, sembra suggerire che per rinegoziare i finanziamenti di debiti scaduti sia auspicabile l'accesso agli accordi di ristrutturazione del debito *ex art. 182 bis L. fall.* poiché, altrimenti, l'utilizzo del mutuo fondiario ove non connotato da nuove condizioni negoziali è sanzionato con la dichiarazione di gratuità dell'atto di concessione di ipoteca⁴¹.

Tuttavia, sul punto rileva la circostanza per cui il secondo finanziamento interviene ben quattro anni prima della data in cui viene dichiarato lo stato di insolvenza e a quel tempo, si può ipotizzare che l'azienda in crisi non si trovasse nelle condizioni di accedere alla procedura di ristrutturazione del debito *ex art. 182 bis L. fall.*⁴².

Ad ogni modo, è quasi superfluo sottolineare la diversità della procedura *ex art. 182 bis L. fall.* e il suo diverso impatto in termini di costi che richiede rispetto ad una richiesta di credito fondiario, da negoziare con il mutuante e i cui termini dell'accordo rientrano nella discrezionalità insindacabile delle parti.

Rilevato, quindi, che le parti in causa abbiano ne-

³² U. Natoli, *Azione revocatoria ordinaria*, cit., 888 e segg. Così anche Cass. civ., 8 luglio 2005 n. 14376.

³³ U. Natoli, *Azione revocatoria ordinaria*, *ibidem*.

³⁴ U. Natoli, *Azione revocatoria ordinaria*, cit., 896.

³⁵ Bigliuzzi Geri, voce "Revocatoria (azione)", cit. 2; D'Ercole, *L'azione revocatoria*, cit. 181; Nicolò, *Tutela dei diritti*, cit., 238; U. Natoli, *Azione revocatoria ordinaria*, in *Enc. Dir.*, cit., 897.

³⁶ Cass. civ., 6 febbraio 2018, n. 2820; Cass. civ., 6 dicembre 2017, n. 29298; Cass. civ., 25 settembre 2015, n. 21808; Cass. civ., 10 febbraio 2015 n. 2530 in *dejure.it*.

³⁷ Bigliuzzi Geri, *Revocatoria (azione)*, cit. 8; D'Ercole, *L'azione revocatoria*, cit. 182; U. Natoli, *Azione revocatoria ordinaria*, cit., 897.

³⁸ Cass. civ., 11 gennaio 2019, n. 21670, in *ilcaso.it*.

³⁹ S. D'Ercole, *L'azione revocatoria*, cit. 187.

⁴⁰ Cass. civ., 3 marzo 2020, n. 23307 in *ilcaso.it* che afferma anche che "esso resta tale anche se, nel contesto di un atto pubblico dal contenuto più ampio, ciascuno dei beneficiari del vinco-

lo abbia a sua volta destinato propri beni in favore delle esigenze di tutti gli altri – risultando in tal caso i diversi negozi di destinazione solo occasionalmente contenuti nel medesimo atto pubblico notarile –, salvo che risulti diversamente, sulla base di una puntuale ricostruzione del contenuto effettivo della volontà delle parti e della causa concreta del complessivo negozio dalle stesse posto in essere".

⁴¹ Paragrafo 6.3 della sentenza in epigrafe.

⁴² M. Ferro, *Commento all'art. 182 bis, La legge fallimentare: commentario teorico e pratico* a cura di Ferro, Padova, 2014; Frascarioli Santi, *Commento all'art. 182 bis, Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, Torino, 2014; G. B. Nardecchia, *Commento all'art. 182 bis, Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, Torino, 2014 e *Art. 182 bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Artt. 124 – 215, Milano, 2010, 790 e segg.

goziato e ottenuto reciproci vantaggi, si conclude per la natura onerosa dell'atto di concessione dell'ipoteca.

La rilevanza dello stato soggettivo del terzo

Procedendo con l'analisi, sull'onda dell'alternativa conclusione rassegnata, occorre, dunque, verificare lo stato soggettivo in capo al terzo.

Al riguardo, si ribadisce che nel caso di specie, il secondo mutuo fondiario ipotecario ripiana una precedente esposizione debitoria già assistita da ipoteca volontaria concessa contestualmente al sorgere del primo credito. Ovvero, il secondo credito fondiario estingue la precedente ipoteca e la ricostituisce sui medesimi beni sui quali non gravano altre garanzie a favore di diversi creditori.

L'intento, dunque, non è quello di trasformare un credito chirografario in uno privilegiato e, ancora, l'operazione interviene molti anni prima dalla dichiarazione dello stato di insolvenza per cui, da questi elementi, si ritiene più corretto escludere la *scientia fraudis* in capo al mutuante.

Tale conclusione sembra essere più coerente con l'odierna *ratio* dell'azione revocatoria che, in generale, emerge anche dalla riforma della revocatoria fallimentare in cui, nel delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi di tutela dei creditori e di tutela del credito, il legislatore ha scelto il secondo. Ossia emerge una concessione della revocatoria sempre più condizionata da esigenze ulteriori rispetto alla realizzazione della *par condicio*, così corrispondendo ad un'ampiamente diffusa istanza di certezza dei rapporti giuridici⁴³.

Da ultimo, sovrviene anche il dato comparativo, argomento che assume particolare rilevanza in un'eco-

nomia di mercato globalizzato che pone su un piano di concorrenzialità gli stessi ordinamenti giuridici.

Al riguardo, uno spunto interessante si trova all'art. 240 dell'*Insolvency Act* inglese del 1986⁴⁴, di recente modificato, ma che sin dalla sua versione originaria consente di impugnare solo gli atti con i quali la *company* insolvente "enters into a transaction at an under-value or gives a preference" ad un determinato creditore nel periodo sospetto.

È vero che la norma può essere considerata l'equivalente dell'art. 67 L. fall. e non dell'art. 2901, 2° comma, c.c., tuttavia, rimane utile indizio per rilevare che nell'ordinamento inglese, anche nel procedimento fallimentare, la revoca riguarda solo gli atti caratterizzati dalla volontà di favorire un creditore, mentre non esiste una revocatoria di categorie di atti in generale che prescindono dall'elemento psicologico.

Anche in tale prospettiva, quindi, è utile valorizzare tutti gli elementi normativi e del caso concreto da cui emerge che *ex art.* 2901, 2° comma, c.c. le ipoteche contestuali al sorgere del credito garantito si presumono onerose e che nel caso di specie, il mutuo fondiario rinegoziato era già garantito da ipoteca sin dal 2008.

La sentenza in epigrafe, invece, confonde i piani tra l'art. 2901, 2° comma, c.c. e l'art. 67 L. fall., si allinea alla precedente giurisprudenza di legittimità secondo cui, in vicende simili a quella in esame, deve applicarsi la più rigorosa disciplina delle garanzie per debiti preesistenti piuttosto che quella delle garanzie per debiti contestualmente creati, nonché trascura di valorizzare la circostanza fattuale per cui, per questa volta, il credito fosse già privilegiato.

Annulamento del contratto per incapacità

Cassazione civile, Sez. III, 4 febbraio 2020, n. 2460 – Pres. Frasca – Rel. Iannello – P.M. Cardino (conf.) – E.D. (avv. De Vito) – K.D. (avv. Stevenazzi). *Conferma App. Milano, 28 aprile 2017.*

Contratto in genere – Annullamento per incapacità – Rappresentante legale privo di autorizzazione – Ripetibilità della prestazione – Vantaggio conseguito dall'incapace – Onere della prova

L'art. 1443 c.c., che stabilisce che, nell'ipotesi di annullamento del contratto per incapacità di uno dei contraenti, questi non è tenuto a restituire all'altro la prestazione ricevuta se non limiti in cui sia stata rivolta a proprio vantaggio – con onere, gravante sul solvens, di provare l'altrui vantaggio e la misura dello stesso –, si applica anche al caso di contratto stipulato in suo nome

dal rappresentante legale privo della prescritta autorizzazione del giudice tutelare. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Fatti di causa.

1. Con sentenza dell'11 febbraio 2015 il Tribunale di Monza annullò, per difetto della preventiva autorizzazione del giudice tutelare, la transazione con la quale K.R., in rappresentanza del figlio minore Da., a fronte del quietanzato versamento di alcuni acconti e dell'impegno a versare l'ulteriore somma forfettaria di Euro 60.000, aveva rinunciato nei confronti dell'E. ad ogni ulteriore pretesa discendente dall'essere il minore unico erede della madre E.I., già socia, con il fratello D., della Assifutura S.a.s. di E.D. & C.

Il Tribunale respinse inoltre la domanda riconvenzionale spiegata dal convenuto di ripetizione della somma di Euro 162.000 di cui alla scrittura impugnata.

2. La Corte d'appello di Milano ha integralmente confer-

⁴³ M. Sandulli, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Fallimento*, 2006, 612.

⁴⁴ La norma è collocata nella *Part VI Miscellaneous Provisions Applying to Companies Which are Insolvent or in Liquidation*,

nella sezione *Adjustment of prior transactions (administration and liquidation)*. Per un approfondimento: Sealy-Milman, *Annotated guide to the Insolvency Legislation*, London, 2020.