

Civile Ord. Sez. 1 Num. 36033 Anno 2021

Presidente: CRISTIANO MAGDA

Relatore: PAZZI ALBERTO

Data pubblicazione: 22/11/2021



REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

MAGDA CRISTIANO

MARCO VANNUCCI

MAURO DI MARZIO

GUIDO MERCOLINO

ALBERTO PAZZI

Presidente

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Consigliere - Rel.

Oggetto

Azione revocatoria
esercitata ex art. 66
l.f. - presupposti -
riferibilità all'art.
2901 c.c.

Ud. 28/10/2021 CC
Cron.
R.G.N. 9541/2015

ORDINANZA

sul ricorso n. 9541/2015 R.G. proposto da:

Veneto Banca società cooperativa per azioni, nella qualità di mandataria di BVG Credit Finance s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, Via Torino n.41, presso lo studio dell'Avvocato Claudio Mauriello, rappresentata e difesa dall'Avvocato Marco Verdi giusta procura in calce al ricorso;

- *ricorrente* -

contro

Fallimento C.G. Ceramiche di Giuliana Caccaro, in persona del curatore rag. Claudia Favagrossa, elettivamente domiciliato in Roma, Via degli Scipioni n.268-a, presso lo studio dell'Avvocato Alessio Petretti, rappresentato e difeso dall'Avvocato Luigi De Lisa giusta procura a margine del controricorso;

- *controricorrente* -

avverso il decreto del Tribunale di Busto Arsizio depositato il 3/3/2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 28/10/2021 dal cons. Alberto Pazzi.

Rilevato che:

1. Il giudice delegato al fallimento della ditta individuale C.G. Ceramiche di Giuliana Caccaro – fra l'altro e per quanto qui di interesse – ammetteva al passivo della procedura (per € 210.953,38) il credito vantato da Veneto Banca s.c.p.a., in nome e per conto di BVG Credit Finance s.r.l., in relazione a uno scoperto di conto corrente.

Escludeva, tuttavia, il privilegio ipotecario richiesto, in accoglimento dell'eccezione revocatoria proposta in via breve dal curatore rispetto all'atto unilaterale costitutivo della garanzia.

2. Il Tribunale di Busto Arsizio, nel rigettare l'opposizione ex art. 98 l.f. presentata da Veneto Banca s.c.p.a. per ottenere il riconoscimento della garanzia ipotecaria, ricordava, innanzitutto, che l'azione proposta ex art. 66 l. fall. ha natura assolutamente identica a quella introdotta a mente dell'art. 2901 cod. civ..

Riteneva che l'atto unilaterale di concessione di ipoteca volontaria a garanzia di esposizioni bancarie, proprie e del marito, stipulato dalla Caccaro prima della sua dichiarazione di insolvenza avesse natura gratuita, concernendo debiti già integralmente scaduti alla data del suo perfezionamento, e comunque fosse stato stipulato nella piena consapevolezza da parte dell'istituto bancario della situazione di oggettiva difficoltà finanziaria e patrimoniale, se non di vera e propria insolvenza, in cui versava la concedente.

Ne discendeva la revocabilità dell'atto di costituzione della garanzia, con la conseguente esclusione della prelazione richiesta, giacché l'atto

unilaterale di costituzione dell'ipoteca aveva munito di garanzia *ex post* un credito chirografario della banca già esistente, con conseguente pregiudizio per le ragioni degli altri creditori.

3. Ha proposto ricorso per cassazione avverso il decreto di rigetto dell'opposizione, depositato in data 20 febbraio 2015, Veneto Banca s.c.p.a. prospettando tre motivi di doglianza, ai quali ha resistito con controricorso il fallimento di Giuliana Caccaro.

Considerato che:

4.1 Il primo motivo di ricorso denuncia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 66 l. fall. e 2901 cod. civ.: il Tribunale – in tesi di parte ricorrente – ha ritenuto sussistente una perfetta identità di presupposti fra l'azione revocatoria prevista dalla norma fallimentare e quella contemplata dalla norma codicistica, malgrado la prima iniziativa processuale, approntando un rimedio rispetto all'unico pregiudizio possibile, costituito dal fatto che con l'atto in frode sia stato determinato o aggravato lo stato di insolvenza, renda inutile distinguere fra atti negoziali compiuti in frode posteriori o anteriori al sorgere dei crediti altrui e richieda, invece, che il curatore dimostri che l'atto negoziale abbia inciso sullo stato di insolvenza.

Il Tribunale, di conseguenza, ha erroneamente reputato che fosse necessario dimostrare la sussistenza dei medesimi presupposti prescritti per l'utile esperimento dell'azione civilistica; occorreva, piuttosto, verificare da un lato, sotto il profilo oggettivo, la situazione economico-patrimoniale dell'impresa fallita, per come si presentava alle parti al momento del compimento dell'atto dispositivo impugnato, e l'incidenza di quest'ultimo sulla determinazione o sull'aggravamento del dissesto, dall'altro, sotto un profilo soggettivo, la conoscenza che di tali situazione e incidenza avevano le parti all'epoca in cui l'atto era stato compiuto.

4.2 Il secondo motivo lamenta la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2901, comma 2, 1453 e 1174 cod. civ. in quanto il Tribunale, erroneamente, dapprima ha ritenuto che l'atto unilaterale di concessione di ipoteca impugnato dal curatore fosse un atto a titolo gratuito, malgrado la prestazione di garanzia fosse stata contestuale all'accollo anche di debiti altrui e il contratto di prestazione di garanzia ipotecaria contemplasse una sinallagmatica dilazione di pagamento, e poi ha affermato la conseguente irrilevanza dell'accertamento dell'elemento soggettivo in capo all'istituto esponente.

4.3 Il terzo motivo di ricorso si duole della violazione e falsa applicazione degli artt. 66 l. fall., 2727 e 2729 cod. civ.: il Tribunale – in tesi di parte ricorrente – ha ritenuto revocabile l'atto di costituzione di ipoteca in presenza di elementi non pertinenti ai fini dell'accoglimento dell'eccezione, giacché l'elemento soggettivo rilevante era costituito dalla consapevolezza della banca e della Caccaro di creare o aggravare un vero e proprio stato di insolvenza.

Il collegio dell'opposizione, inoltre, ha valorizzato circostanze di fatto (quali la riduzione delle linee di credito ad opera della banca e l'escussione dei pegni in precedenza costituiti in suo favore) che non assumevano alcun particolare significato probatorio ai fini dell'accoglimento dell'eccezione revocatoria, omettendo, invece, di prendere in esame fatti espressamente dedotti e rilevanti nell'economia del giudizio, quali la mancata tempestiva iniziativa della banca nel tutelare in via monitoria il proprio credito e l'iscrizione di precedenti ipoteche sui beni costituiti in garanzia.

5. Il primo motivo risulta fondato, nei termini che si vanno ad illustrare.

5.1 L'art. 66, comma 1, l. fall. prevede espressamente che *"il curatore può domandare che siano dichiarati inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori, secondo le norme del codice civile"*.

Il rinvio così compiuto alle norme civilistiche in materia di azione revocatoria attesta la natura derivata dell'azione proposta dal curatore ex 66 l. fall., la quale, pur nella particolarità del suo esercizio nell'ambito di una procedura concorsuale, rimane comunque retta dai requisiti sostanziali previsti dal disposto dell'art. 2901 cod. civ..

Il che significa che l'esercizio dell'azione pauliana ad opera del curatore comporta una deviazione dallo schema comune quanto a effetti, legittimazione e competenza, in ragione del contesto concorsuale da cui l'azione trae origine, ma non modifica i presupposti (se non nei termini in cui gli stessi vanno verificati, come a breve si dirà) a cui è correlato l'accoglimento dell'azione e la sua natura di mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale.

Ne discende che l'azione in discorso non trova il suo fondamento nel fatto che l'atto in frode abbia determinato o aggravato lo stato di insolvenza, come erroneamente sostiene l'odierna ricorrente, poiché un simile requisito non trova alcuna giustificazione nel dato normativo e presta attenzione, in una prospettiva ribaltata rispetto ai presupposti di legge, all'incidenza del negozio sulla condizione di insolvenza del debitore piuttosto che al pregiudizio così arrecato alle ragioni dei creditori.

5.2 Non erra, invece, il mezzo in esame laddove sostiene che il Tribunale, nel verificare i presupposti dell'azione sotto un profilo oggettivo, avrebbe dovuto esaminare *"la situazione economico-patrimoniale della azienda fallita, così come si presentava alle parti all'epoca dell'atto dispositivo impugnato"* (pag. XVII).

A questo riguardo la giurisprudenza di questa Corte ha già avuto modo di precisare che il curatore fallimentare che intenda promuovere l'azione revocatoria ordinaria ha l'onere di provare tre circostanze per dimostrare la sussistenza dell'*eventus damni*, costituite da: la consistenza del credito vantato dai creditori ammessi al passivo nei confronti del fallito; la preesistenza delle ragioni creditorie rispetto al compimento dell'atto pregiudizievole; il mutamento qualitativo o quantitativo del patrimonio del debitore per effetto di tale atto.

Solo se dalla valutazione complessiva e rigorosa di tutti e tre questi elementi dovesse emergere che per effetto dell'atto pregiudizievole sia divenuta oggettivamente più difficoltosa l'esazione del credito, in misura che ecceda la normale e fisiologica esposizione di un imprenditore verso i propri creditori, potrà ritenersi dimostrata la sussistenza dell'*eventus damni* (Cass. 26331/2008, Cass. 19515/2019).

E tale prova, giova sottolinearlo, nel caso in cui l'azione revocatoria ordinaria sia promossa ad opera di una procedura fallimentare ex art. 66 l. fall., deve essere fornita dal curatore, non potendo trovare applicazione la regola generale prevista per l'azione pauliana secondo cui, a fronte dell'allegazione, da parte del creditore, delle circostanze che integrano l'*eventus damni*, incombe sul debitore l'onere di provare che il patrimonio residuo è sufficiente a soddisfare le ragioni della controparte (cfr. Cass. 1902/2015).

Ciò in quanto, da un lato, il curatore rappresenta contemporaneamente sia la massa dei creditori sia il debitore fallito e, dall'altro, in ossequio al principio della vicinanza della prova, tale onere non può essere posto a carico del convenuto, beneficiario

dell'atto impugnato, che non è tenuto a conoscere l'effettiva situazione patrimoniale del suo dante causa.

È dunque il fallimento ad essere onerato di fornire la prova che il patrimonio residuo del debitore fallito era di dimensioni tali, in rapporto all'entità della propria complessiva esposizione debitoria, da esporre a rischio il soddisfacimento dei creditori (Cass. 9565/2018, Cass. 2336/2018, Cass. 8931/2013).

5.3 Nel caso in esame il collegio di merito ha tralasciato una simile indagine, limitandosi, dapprima, a rilevare che la concessione di ipoteca volontaria in favore della banca aveva determinato una lesione della garanzia patrimoniale dei creditori e osservando, poi, che dal Modello Unico 2009 della ditta si evinceva un passivo di € 251.000 a fronte di un attivo di € 175.000.

Nulla però è stato detto in ordine alla consistenza patrimoniale dell'impresa alla data di concessione dell'ipoteca (risalente al 28 luglio 2008) e, soprattutto, sulla preesistenza di altri crediti, rispetto a quello vantato dalla banca, che non erano stati soddisfatti e che erano stati poi ammessi al passivo.

Si tratta, quindi, di valutazioni generiche e prive di alcun riferimento a dati che ancorino con il necessario rigore la valutazione sul ricorrere dell'elemento oggettivo dell'azione alla specifica situazione venutasi a determinare, a seguito del perfezionamento dell'atto in contestazione, rispetto alle ragioni creditorie più tardiammesse al passivo e già esistenti in quel frangente.

Occorreva invece, come detto, considerare la consistenza delle ragioni creditorie preesistenti all'atto unilaterale costitutivo della garanzia ipotecaria e verificare se un simile atto avesse provocato (secondo una valutazione operata *ex ante* e con riferimento alla data dell'operazione e non a quella futura dell'effettiva realizzazione del

credito, avendo riguardo anche alla modificazione qualitativa della composizione del patrimonio; Cass. 16986/2007, Cass. 16986/2007) un mutamento del patrimonio del debitore di natura tale da determinare una maggiore difficoltà od incertezza per la loro soddisfazione, mettendole così a rischio.

L'accoglimento del primo mezzo fa venir meno la necessità di provvedere sulle ulteriori censure sollevate, che rimangono assorbite.

6. Il provvedimento impugnato andrà dunque cassato, con rinvio al giudice di merito, il quale, nel procedere a nuovo esame della causa, si atterrà ai principi sopra illustrati, avendo cura anche di provvedere sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso nei termini di cui in motivazione, dichiara assorbiti gli altri, cassa il decreto impugnato in relazione al motivo accolto e rinvia la causa al Tribunale di Busto Arsizio in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma in data 28 ottobre 2021.

La Presidente