

Civile Ord. Sez. 1 Num. 3817 Anno 2025

Presidente: ABETE LUIGI

Relatore: CROLLA COSMO

Data pubblicazione: 14/02/2025

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 23015/2019 R.G. proposto da:

Intesa Sanpaolo spa, elettivamente domiciliata in Roma Largo di Torre Argentina 11, presso lo studio dell'avvocato Martella Dario (MRTDRA63M07H501D) che lo rappresenta e difende,

ricorrente

contro

Fallimento Eurocity Sviluppo Edilizio srl in liquidazione, elettivamente domiciliato in Roma Corso Vittorio Emanuele II, 18, presso lo studio dell'avvocato Studio Grez e Associati (-) rappresentato e difeso dagli avvocati Brandani Silvia (BRNSLV72H68I726B), Bazzani Matteo (BZZMTT79R31C351O),

controricorrente e ricorrente incidentale

e

YODA SPV srl, rappresentata da Intrum Italy spa, elettivamente domiciliato in ROMA Largo di Torre Argentina 11, presso lo studio dell'avvocato Martella Dario (MRTDRA63M07H501D) che lo rappresenta e difende,

intervenuta

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

avverso decreto di Tribunale Siena n. cron. 7038/2019 depositato il 10/07/2019.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 27/11/2024 dal Consigliere COSMO CROLLA.

FATTI DI CAUSA

1. Intesa Sanpaolo spa chiedeva che fosse ammesso al passivo del Fallimento Eurocity Sviluppo Edilizio srl in liquidazione (di seguito denominati per brevità "Fallimento" e "Eurocity") il proprio credito, in collocazione privilegiata ipotecaria, della complessiva somma di € 42.277.996,66 (di cui € 40.000.000 per capitale ed € 2.277.996,66 per interessi), derivante da un finanziamento in pool, la cui quota di Intesa San Paolo spa era di € 40.000.000, garantito da ipoteca sull'area edificabile di Casal Boccone, che la debitrice aveva acquistato dalla soc. IN.FI.M.IM srl, con l'atto del 31/3/2010 per Notaio Mario Zanchi di Siena.

2. L'atto negoziale, fatto costitutivo da cui derivava il credito insinuato, si inseriva in una più ampia ed articolata operazione societaria e finanziaria che aveva coinvolto altri soggetti, i cui momenti essenziali avevano avuto la seguente scansione temporale: i) nel luglio del 2007 la Immobiliare Costruzioni IM.CO. spa ("IM.CO."), detentrici esclusiva delle quote della Eurocity, prometteva di vendere alla Sansedoni spa, ovvero a persona da questa da nominare, le anzidette quote di partecipazione, a fronte dell'impegno della Iniziative Finanziarie Mobiliari e Immobiliari srl ("IN.FI.M.IM.") (controllata indirettamente dalla IM.CO.), di trasferire alla Eurocity, entro la data di stipula del contratto definitivo di cessione delle quote, la proprietà di un terreno in Roma, alla località Casal Boccone; ii) in data 23.5.2008 Monte dei Paschi di Siena Spa (M.P.S) ed Intesa Sanpaolo spa accordavano alla IN.FI.M.IM. un'apertura di credito di € 80.000.000,00, garantita da pegno sulle azioni della IN.FI.M.IM. e sulle quote della Eurocity; iii) in data 19/12/2008 la IN.FI.M.IM. trasferiva alla Eurocity il terreno alla

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

località Casal Boccone per il prezzo di € 110.000.000,00, da corrispondersi per € 30.000.000,00 in denaro e per € 80.000.000,00 con accollo del debito derivante dal finanziamento accordato alla IN.FI.M.IM. da M.P.S. e da Intesa Sanpaolo; iv) in data 31.3.2010 la IM.CO. faceva luogo alla vendita delle quote della Eurocity in favore della Casalboccone s.p.a., terza nominata dalla Sansedoni spa, e nella stessa data M.P.S. ed Intesa Sanpaolo accordavano un mutuo alla Eurocity con garanzia ipotecaria sul terreno della mutuataria ceduto dalla IN.FI.M.IM.; v) con la provvista proveniente da tale finanziamento la Eurocity provvedeva al pagamento di parte del prezzo del trasferimento del terreno ed alla estinzione del finanziamento che il M.P.S. ed Intesa Sanpaolo lo avevano accordato alla IN.FI.M.IM., finanziamento che la Eurocity si era accollato.

3. La Eurocity si rendeva inadempiente agli obblighi restitutori assunti con il mutuo in data 31.3.2010 e di seguito veniva dichiarata fallita dal Tribunale di Siena con sentenza del 12.4.2017.

4. Il G.D. con la dichiarazione di esecutività dello stato passivo escludeva il credito; riteneva l'operazione "anormalmente solutoria", in quanto diretta ad erogare alla società debitrice una somma destinata all'immediata estinzione di un debito chirografario con uno assistito da prelazione ipotecaria e, pertanto revocabile ai sensi degli artt. 2901 cod. civ. e 66 l.fall.

5. Sull'impugnazione proposta dall'istituto di credito il Tribunale di Siena rigettava l'opposizione.

Il Tribunale evidenziava che la complessiva operazione di acquisto da parte di Eurocity della proprietà dell'area di Casal Boccone, con accollo del debito di € 80 milioni contratto dalla dante causa, IN.FI.M.IM., con M.P.S e Intesa Sanpaolo e con il successivo mutuo con costituzione di ipoteca sui terreni acquistati stipulato dalla società poi fallita con le stesse banche, era atta a cagionare un potenziale pregiudizio alle ragioni degli altri creditori, siccome la pregressa esposizione debitoria chirografaria, derivante dall'acollo

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

del debito già gravante sulla IN.FI.M.IM. nei confronti - altresì - di Intesa Sanpaolo era stata sostituita nei confronti del medesimo istituto bancario da una nuova esposizione debitoria, assistita viceversa da prelazione ipotecaria.

Rimarcavano i giudici senesi che la consapevolezza della mutuante, soggetto professionalmente qualificato, di pregiudicare i creditori di Eurocity fosse desumibile dalle modalità e dalle finalità dell'operazione, che era quella ripianare l'esposizione debitoria di IN.FI.M.IM. non garantita da ipoteca, e dal valore del bene ben inferiore al prezzo della vendita e alle somme per le quali, proprio in base ai corrispettivi dichiarati, le garanzie reali erano state prestate. L'impugnato decreto affermava, dunque, in conclusione che *«sussistendo tutti i presupposti per l'accoglimento dell'eccezione di revocabilità dell'intera operazione posta in essere, l'opposizione deve essere rigettata, sia con riferimento alla domanda principale di ammissione del credito in via privilegiata ipotecaria che a quella subordinata di ammissione del credito in via chirografaria»*.

6. Avverso tale decreto la Banca ha proposto ricorso per cassazione affidato a sei motivi. La procedura ha resistito con controricorso, recante ricorso incidentale condizionato. Entrambe le parti hanno depositato memorie ex art 380 bis c.p.c. È intervenuta in giudizio YODA SPV srl.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Va preliminarmente dichiarata l'inammissibilità dell'intervento di YODA SPV srl, che ha dedotto di essere cessionaria del credito vantato da Intesa San Paolo.

1.2. Invero, secondo un principio consolidato, in mancanza di un'espressa previsione normativa che consenta al terzo di prendere parte al giudizio di cassazione, con facoltà di esplicitare difese, deve ritenersi inammissibile l'intervento di soggetti che non abbiano partecipato alle pregresse fasi di merito. È fatta eccezione per il successore a titolo particolare nel diritto controverso, cui tale facoltà

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

deve però essere riconosciuta solo ove non vi sia stata precedente costituzione del dante causa (Cass. 25423/2019, 33444/2018, 11638/2916) ovvero quando tale costituzione non abbia riguardato il diritto oggetto di cessione (Cass. 6774/2022). Siffatte condizioni non ricorrono nel caso in esame.

2. I motivi del ricorso principale possono così riassumersi:

- 1) violazione degli artt. 66, 67 e 95 l.fall., 2901 c.c., in relazione all'art. 360 nr. 3: si sostiene che il decreto, pur muovendo dall'esatto presupposto della ricorrenza nel caso concreto dell'istituto della revocatoria ordinaria, fa erronea applicazione del criterio della lesione della *par condicio creditorum* in quanto finisce con il confondere il pregiudizio arrecato dall'atto dispositivo alla massa concorsuale rispetto a quello arrecato ai singoli creditori ammessi al passivo e non soddisfatti alla data dell'atto di disposizione;
- 2) violazione degli artt. 66 l.f., 2697-2901 c.c., in relazione all'art. 360 nr. 3 c.p.c.: si sostiene che il decreto non ha fatto specifico riferimento ai crediti della massa presenti e non soddisfatti al momento del compimento degli atti dispositivi;
- 3) violazione dell'art. 2467 c.c., in relazione all'art. 360 nr. 3 c.p.c. ed omesso esame di fatto decisivo ex art. 360 nr. 5 c.p.c.: si ascrive al Tribunale di aver omesso di considerare che i crediti ammessi allo stato passivo erano sorti dopo la stipula del finanziamento con Intesa San Paolo e di aver ignorato che il credito vantato dalla società Casal Boccone Roma spa, socio della società, era, oltre che posteriore all'atto di cui si chiedeva la revoca, anche postergato;
- 4) violazione degli artt. 66 l.fall. e 1273 e 2901 c.c. in relazione all'art. 360 nr. 3 c.p.c., omessa valutazione di fatto decisivo in relazione all'art. 360 nr. 5 c.p.c.: rappresenta la ricorrente che il Tribunale, nell'attribuire all'operazione di finanziamento il risultato pratico di estinguere un debito chirografario con uno assistito da garanzia ipotecaria, non ha considerato che la costituzione di ipoteca sui terreni di Casal Boccone era un elemento essenziale dell'intera

operazione, in quanto già nella scrittura autenticata di apertura di credito del 23/5/2008, che aveva preceduto di poco l'atto di trasferimento della proprietà dell'area da IN.FI.M.IM ad Eurocity, era previsto il conferimento da parte di Eurocity, che nel successivo contratto di vendita dell'area si accollava il debito contratto dalla venditrice nei confronti delle banche, a Intesa Sanpaolo (quale banca agente in pool) di un mandato irrevocabile per l'iscrizione dell'ipoteca sull'area;

5) violazione e falsa applicazione degli artt. 2727, 2729 e 2697 c.c., in relazione all'art. 360 nr. 3 c.p.c.: lamenta la ricorrente che il giudizio sul minor valore dell'area rispetto al prezzo della vendita, elemento che il Tribunale ha valutato ai fini della prova dei requisiti della revocatoria, si è basato su circostanze privi di qualsivoglia rilevanza presuntiva;

6) violazione degli artt. 112 c.p.c., 66 l.fall., 2901, 2697, 2727 e 2729 c.c. in relazione all'art 360 nr. 3 c.p.c.: l'istituto bancario si duole nella prima parte della mancata indicazione nell'impugnato decreto degli elementi gravi precisi e concordanti circa la consapevolezza della banca dei valori attribuiti all'immobile dalle parti nel preliminare e nel contratto di compravendita; la ricorrente lamenta, poi, il mancato accoglimento della domanda subordinata di ammissione al passivo, in via chirografaria, affermando che il mutuo ipotecario fondiario non è mutuo di scopo e pertanto, a differenza di quanto accade nei casi di simulazione, il diritto del mutuante di insinuarsi allo stato passivo quanto alle somme erogate, sia pure in vista dell'estinzione di un debito preesistente, sussiste, attesa la revocabilità dell'ipoteca.

3. Il primo motivo è infondato.

3.1. Il Tribunale correttamente riporta l'orientamento giurisprudenziale in materia di revocatoria ordinaria esercitata in ambito fallimentare in punto di variazione qualitativa del patrimonio.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

In particolare, questa Corte ha affermato il principio, che va ribadito in questa sede, secondo cui a fondamento dell'azione revocatoria ordinaria non è richiesta la totale compromissione della consistenza patrimoniale del debitore, ma soltanto il compimento di un atto che renda più incerto o difficile il soddisfacimento del credito, che può consistere, non solo in una variazione quantitativa del patrimonio del debitore, ma anche in una modificazione qualitativa di esso; a questo proposito, la sostituzione di un immobile con il denaro derivante dalla compravendita - come nella specie - comporta di per sé una rilevante modifica qualitativa della garanzia patrimoniale in considerazione della maggiore facilità di cessione del denaro (Cass. 1896/2012 e 16221/2019).

4. Il secondo motivo è, per quanto di ragione, fondato; il suo buon esito comporta l'assorbimento del terzo motivo.

4.1. Secondo l'orientamento di questa Corte il curatore fallimentare, ove promuova l'azione revocatoria ordinaria (o, come nel caso di specie, *excepisca*), ex art. 66 l. fall. e art. 2901 c.c., deve dimostrare, sotto il profilo dell'*eventus damni*, 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 (rimaste insoddisfatte e come tali ammesse al passivo del fallimento del debitore che ne è stato l'autore) e lo svantaggioso mutamento, qualitativo o quantitativo, del patrimonio del debitore per effetto di tale atto; all'esito dell'assolvimento di questo onere probatorio l'*eventus damni* potrà ritenersi sussistente ove risulti 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 (cfr. Cass. 26331/2008 e 4728/2018).

4.2. Ciò premesso, va rilevato che il decreto non contiene alcun accertamento in ordine alla preesistenza di debiti a carico della società fallita alla data (31.03.2010) della compiuta operazione di

erogazione del mutuo di € 80.000.000,00 con iscrizione di ipoteca sull'area di Casal Boccone e con utilizzazione della somma per ripianare il debito di IN.FI.M.IM.

4.3. Il Tribunale, infatti, nel passaggio motivazionale in cui verifica il requisito oggettivo della revocatoria della costituzione dell'ipoteca, si limita ad affermare: *«ferma ovviamente l'esistenza dei crediti nei confronti della Fallita Eurocity Sviluppo Edilizio srl quali risultanti dallo stato passivo»*, senza specificare, dunque, se tra i crediti insinuati ed ammessi al passivo del Fallimento ve ne fossero di anteriori alla data dell'atto di disposizione oggetto dell'eccezione di revocatoria ex art. 95 l.fall.

4.4. Non è condivisibile, inoltre, la lettura dell' "eventus damni" di cui all'impugnato dictum, laddove il Tribunale, nel prosieguo della motivazione, fa riferimento al *«pregiudizio per la massa dei creditori»* o al *«patrimonio della società fallita [che] si è modificato in modo tale da rendere più difficile il soddisfacimento della massa dei creditori»*, finendo col confondere il profilo oggettivo della revocatoria di cui al combinato disposto degli artt. 66 l.fall. e 2901 c.c. con quello della revocatoria fallimentare ex art. 67 l.fall.

5. Il quarto motivo è infondato.

5.1. Il Tribunale ha in realtà tenuto conto del mandato irrevocabile conferito a Intesa San Paolo da IN.FI.M.IM e da Eurocity, intervenuta nell'atto del 23/5/2008, ad iscrivere ipoteca (se ne dà atto a pag. 2 del decreto), offrendo la seguente ricostruzione *«l'originario credito delle due banche nei confronti di IN.FI.M.IM srl oggetto di accollo da parte della società poi fallita, era chirografario; è pur vero che le banche avevano la possibilità di iscrivere ipoteca, anche nei confronti di Eurocity Sviluppo Edilizio srl, ma tale possibilità era prevista solo al verificarsi di talune specifiche ipotesi, che evidentemente non si sono concretizzate in quanto è pacifico che l'ipoteca è stata iscritta solo in data 7/4/2019(...) a seguito della concessione del mutuo ad Eurocity Sviluppo Edilizio srl in data 31.3.2010 »*.

Si tratta di un accertamento non confutato in modo specifico dalla ricorrente.

6. Il quinto motivo è inammissibile.

6.1. Va preliminarmente chiarito che il profilo concernente il valore dell'area di Casal Balocco è stato valorizzato dal Tribunale come uno degli indizi della consapevolezza da parte della Banca del pregiudizio arrecato ai creditori arrecato dall'atto.

6.2. Il Tribunale ha individuato plurimi e specifici elementi probatori dai quali è stata desunta la prova del minor valore dell'area rispetto al prezzo di acquisto da parte di Eurocity (€ 110 milioni) costituiti: a) dal fatto che il prezzo di acquisto dell'immobile nel 2003 e nel 2006, cioè in epoca antecedente alla crisi del mercato immobiliare, fosse pari rispettivamente a € 24.200.000 e a € 66.000.000; b) dall'incarico conferito in data 16/7/2009 da Sensidoni spa, promittente acquirente del preliminare avente ad oggetto la cessione del 100% delle quote societarie in Eurocity, a Mediobanca per rinegoziare le condizioni economiche del preliminare, incarico con cui si dava atto del mutamento delle condizioni di mercato ai fini della richiesta di riduzione del prezzo di € 20.000.000,00.

6.3. Le circostanze evidenziate dalla Corte presentano senza dubbio i connotati della gravità, precisione e concordanza e, comunque, la doglianza si risolve nella censura dell'apprezzamento "in fatto" operato in parte qua dai giudici di merito.

6.4. Giova, infatti, rammentare che il ragionamento presuntivo - fermo il principio per cui è compito di esclusiva pertinenza del giudice di merito apprezzare la conclusione delle circostanze di fatto rilevanti in via presuntiva secondo i criteri della gravità, della precisione e, se del caso, della concordanza - è censurabile per cassazione solo quando il giudice di merito affermi che esso può basarsi su presunzioni non gravi, precise e concordanti ovvero fondi la presunzione su un fatto storico privo di gravità o precisione o concordanza ai fini dell'inferenza dal fatto noto della conseguenza

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ignota, e non anche quando la critica si concreti nella diversa ricostruzione delle circostanze fattuali o nella mera prospettazione di una inferenza probabilistica diversa da quella ritenuta applicata dal giudice di merito o senza spiegare i motivi della violazione dei paradigmi della norma (Cass. 9054/2022).

7. Il sesto motivo è inammissibile nella prima parte.

7.1. L'elemento psicologico, che deve essere provato dal soggetto che lo allega e si identifica con consapevolezza del pregiudizio della diminuzione della garanzia patrimoniale generica, può essere accertato anche mediante il ricorso a presunzioni.

7.2. L'impugnato decreto ha individuato elementi gravi, precisi e concordanti circa la consapevolezza in capo alla banca del pregiudizio arrecato ai creditori dell'operazione di finanziamento con costituzione di ipoteca e la censura propriamente si risolve in un diverso apprezzamento della *quaestio facti*.

7.3. Il ricorso non può rimettere in discussione, proponendo una propria diversa interpretazione, la valutazione delle risultanze processuali e la ricostruzione della fattispecie operate dai giudici del merito, poiché la revisione degli accertamenti di fatto compiuti da questi ultimi è preclusa in sede di legittimità (cfr. Cass. 29404/2017).

8. È, invece, fondata l'ulteriore articolazione del motivo che, seppur rubricato *sub specie* di *error in procedendo* ex art. 112 c.p.c., denuncia, in realtà, l'erronea esclusione dallo stato passivo del credito in via chirografaria - oggetto di specifica domanda proposta dal creditore in via gradata - e quindi, nella sostanza, prospetta un *error in iudicando*.

8.1. Invero, l'erronea intitolazione del motivo di ricorso per cassazione non osta alla sua sussunzione in altre fattispecie di cui all'art. 360, comma 1, c.p.c., né determina l'inammissibilità del ricorso, se dall'articolazione del motivo sia chiaramente individuabile

il tipo di vizio denunciato (cfr. tra le tante Cass. 4036/2014; 26310/2017; 10862/2018 e 3670/2023).

8.2. Venendo all'esame della censura, a fronte della domanda proposta da Intesa Sanpaolo di ammissione del credito, il cui fatto costitutivo è dato dal mancato adempimento da parte di Eurocity del rimborso delle rate del mutuo garantito dalla costituzione di ipoteca sull'area immobiliare ceduta alla società fallita, il curatore ha eccepito la revocatoria breve prevista dall'art. 95, 1° co., l.fall. *«dell'intera operazione, costituita dall'accollo del debito e dalla sua sostituzione ai sensi dell'art. 66 l.fall. e 2901 c.c., evidenziando che tale operazione era finalizzata ad erogare un mutuo, garantito da ipoteca su un immobile dal valore sopravvalutato, per l'estinzione di un preesistente debito chirografario della IN.FI.M.IM.»* (cfr. decreto impugnato, pagg. 2 e 3).

8.3. Dunque, l'ambito di operatività della revocatoria ordinaria fatta valere dalla curatela per paralizzare la pretesa azionata dalla Banca in via fallimentare è circoscritta al contratto di mutuo ipotecario del 31/3/2010, operazione ritenuta avente esclusiva finalità di erogare alla società debitrice Eurocity una somma destinata all'immediata estinzione di un debito preesistente verso Intesa Sanpaolo e alla sostituzione di un debito chirografario con uno assistito da garanzia ipotecaria.

8.4. Così delimitato il perimetro della revocatoria proposta in via d'eccezione, questa Corte, in materia di contratto di finanziamento con contestuale concessione d'ipoteca stipulato tra la Banca e la Società fallita, in quanto finalizzato all'estinzione anticipata di un altro mutuo precedentemente stipulato tra le medesime parti, e quindi lesivo della *par condicio creditorum*, ha ripetutamente enunciato il principio secondo il quale la stipulazione di un contratto di mutuo con la contestuale concessione d'ipoteca sui beni del mutuatario, ove non risulti destinata a procurare a quest'ultimo un'effettiva disponibilità, essendo egli già debitore in virtù di un

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale, non integra necessariamente né la fattispecie della simulazione del mutuo (volta a dissimulare la concessione di una garanzia per il debito preesistente), né quella della novazione (consistente nella sostituzione del preesistente debito chirografario con un debito garantito), potendosi configurare anche come un procedimento negoziale indiretto, nell'ambito del quale l'importo pattuito viene effettivamente erogato ed utilizzato per l'estinzione del precedente debito chirografario: in tal caso, l'intera operazione è impugnabile per revocatoria, in presenza dei relativi presupposti, in quanto diretta per un verso ad estinguere con mezzi anormali la precedente obbligazione e per altro verso a costituire una garanzia per il debito preesistente, dovendosi ravvisare il vantaggio conseguito dalla banca non già nella stipulazione del mutuo fondiario in sé, ma nell'impiego dello stesso come mezzo per la ristrutturazione di un passivo almeno in parte diverso (cfr. Cass. 4694/2021, 19746/2018, 4202/2018 e 3955/2016). Risulta pertanto superato il precedente indirizzo che, ravvisando nella fattispecie in esame un fenomeno simulatorio (caratterizzato dalla circostanza che le somme erogate non erano destinate a procurare un'effettiva disponibilità al mutuatario) o un accordo negoziale contraddistinto da un motivo illecito comune (consistente nello intento di ledere la par condicio creditorum), perveniva alla duplice conclusione della revocabilità della garanzia, in quanto costituita per un debito preesistente, e, in caso di fallimento, dell'impossibilità di ammettere al passivo il credito della banca (Cass. 17200/2012 e 11495/1997). Si è infatti osservato che l'ammissione al passivo della somma mutuata risulta incompatibile con le sole fattispecie della simulazione e della novazione, e non anche con quella del negozio indiretto, poiché in tal caso la revoca dell'intera operazione comporterebbe pur sempre la necessità di ammettere al passivo la somma (realmente) erogata in virtù del mutuo revocato, atteso che all'inefficacia del contratto

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

conseguirebbe pur sempre la necessità della restituzione, sia pur in moneta fallimentare (cfr. Cass. 4969/2003).

8.5. Ai predetti principii non si è conformato il decreto impugnato.

Invero, dopo aver accertato che l'importo del mutuo ipotecario fatto valere con l'istanza d'insinuazione al passivo era stato in parte utilizzato per l'estinzione di un acollo di debito ed aver ritenuto l'intera operazione (finanziamento e concessione di ipoteca sull'area immobiliare) senz'altro lesiva delle ragioni degli altri creditori, l'impugnato *dictum* non si è limitato a dichiarare l'inefficacia dell'atto di concessione di ipoteca volontaria in accoglimento dell'eccezione di revocazione dell'atto di concessione volontaria in via breve ex artt. 95 e 66 l.fall., ma ha, erroneamente, escluso dal passivo anche il credito in via chirografaria fatto oggetto di domanda subordinata.

9. Il motivo di ricorso incidentale condizionato denuncia omesso esame del fatto decisivo, costituito dall'avvenuta estinzione del debito del Fallimento nei confronti di Intesa Sanpaolo per effetto del pagamento, eseguito in data 31.3.2010 mediante bonifico, con integrale estinzione di ogni debito di Eurocity nei confronti di Intesa San Paolo.

9.1. Il motivo è inammissibile.

9.2. Il decreto impugnato che ha deciso il giudizio di opposizione in senso favorevole per il ricorrente incidentale non fa alcuna menzione della circostanza rappresentata dal Fallimento, secondo la quale il versamento da parte della società poi fallita alla banca delle somme oggetto del finanziamento estingueva sia l'obbligazione di acollo assunta dalla Eurocity con l'atto di acquisto dell'area immobiliare che il mutuo.

Del resto, il ricorrente incidentale ha testualmente addotto che «*in relazione a quanto sopra, il Fall. Eurocity ritiene che la suddetta questione sia stata assorbita e non sia stata quindi oggetto di alcun esame, diretto o indiretto, nel Decreto Impugnato*» (cfr. controricorso, pag. 21).

9.3. Trova, quindi, applicazione il principio ripetutamente affermato da questa Corte, secondo il quale, anche a qualificarlo come condizionato (cfr. Cass. SS.UU. 25 marzo 2013 n. 7381), il ricorso incidentale per cassazione presuppone pur sempre la soccombenza e non può, quindi, essere proposto dalla parte che, come nel caso di specie, nel giudizio di appello sia risultata completamente vittoriosa; quest'ultima, del resto, non ha l'onere di riproporre le domande e le eccezioni non accolte o non scrutinate dal giudice d'appello che le ha ritenute assorbite, poiché anche nell'eventualità di accoglimento del ricorso principale sarebbe salva la possibilità che esse siano riesaminate in sede di giudizio di rinvio (cfr., tra le tante, Cass. 134/2017; 27157/2011; 12728/2010; 25821/2009 e 22346/2006).

10. In accoglimento del secondo motivo e del sesto motivo (nei termini suindicati), l'impugnato decreto va cassato con rinvio della causa al Tribunale di Siena, in diversa composizione, anche ai fini della regolamentazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

PQM

La Corte, limitatamente al ricorso principale, accoglie il secondo motivo e il sesto motivo (nei termini indicati in motivazione), rigetta il primo e il quarto motivo, dichiara assorbito il terzo motivo, dichiara inammissibile il quinto motivo; cassa l'impugnata sentenza in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa al Tribunale di Siena in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del presente giudizio.

Dichiara inammissibile il ricorso incidentale.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. 115 del 2002 dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente incidentale, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, se dovuto, per il ricorso per cassazione, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

Così deciso nella Camera di Consiglio tenutasi in Roma in data 27

Corte di Cassazione - copia non ufficiale