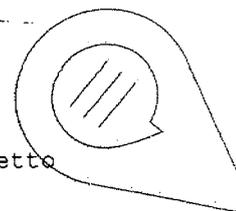




-7321/16



Oggetto

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ANTONIO DIDONE

- Presidente -

Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO

- Rel. Consigliere -

Dott. ANDREA SCALDAFERRI

- Consigliere -

Dott. MASSIMO FERRO

- Consigliere -

Dott. FRANCESCO TERRUSI

- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

Ud. 04/02/2016

**SENTENZA**

PU

sul ricorso 7053-2010 proposto da:

(omissis)

(omissis) S.C. (P.I. (omissis) ), in

persona del legale rappresentante pro tempore,

elettivamente domiciliata in (omissis)

(omissis), presso l'avvocato (omissis), che la

rappresenta e difende unitamente all'avvocato (omissis)

(omissis), giusta procura a margine del ricorso;

- **ricorrente** -

**contro**

FALLIMENTO

(omissis)

Opposizione
stato
passivo.
Credito da
mutuo
fondario
garantito da
ipoteca.
Revocabilità
ipoteca.
Fattispecie.

R.G.N. 7053/2010

Cron.

Rep.

7321

C.I.

2016

269

Fallimenti

h

(omissis) S.N.C.. E DEI SOCI ILLIMITATAMENTE RESPONSABILI,

FALLITI IN PROPRIO, (omissis) , (omissis)

(omissis) E (omissis) ;

- intimato -

avverso la sentenza n. 1140/2009 della CORTE D'APPELLO  
di BOLOGNA, depositata il 24/09/2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 04/02/2016 dal Consigliere Dott. ROSA  
MARIA DI VIRGILIO;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato (omissis) che  
si riporta;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. LUCIO CAPASSO che ha concluso per il  
rigetto del ricorso.

## Svolgimento del processo

(omissis)

(omissis) soc.coop a r.l. proponeva opposizione allo stato passivo del Fallimento di (omissis) ed (omissis) (dichiarati falliti quali soci della s.n.c. (omissis), dichiarata fallita con sentenza dell'(omissis)), lamentando che il credito di euro 314.201,35, quale saldo debitore al 23/5/03, passato a sofferenza, del contratto di mutuo fondiario del 14/2/02 con la s.n.c., garantito da ipoteca volontaria rilasciata da (omissis) (omissis), (omissis) e (omissis) quali terzi datori d'ipoteca, era stato ammesso al passivo della s.n.c. e dei soci come chirografario sul presupposto della nullità o revocabilità dell'ipoteca.

Il Fallimento contestava la fondatezza dell'opposizione, deduceva che la concessione del mutuo fondiario garantito da ipoteca era finalizzata all'estinzione della pregressa passività e non a creare effettiva disponibilità di denaro per il debitore, tale già ad altro titolo, da cui l'interpretazione quale negozio indiretto, e quindi l'inefficacia dell'ipoteca ex art.67,1° comma l.f.

Il Tribunale, con sentenza del 31/5/06, dichiarava il difetto di legittimazione passiva del Fallimento della s.n.c. e di (omissis), rigettava l'opposizione e regolava le spese.

La Corte d'appello di Bologna, con sentenza del 12/6-  
24/9/2009, ha respinto l'appello proposto dalla Banca e  
condannato questa alle spese del grado.

La Corte ha indicato le circostanze di fatto rilevanti: era  
stato concesso mutuo ipotecario fondiario di euro  
300.000,00 a favore della (omissis) s.n.c.,  
garantito da iscrizione ipotecaria di euro 600.000,00; vi  
era stata la contestuale riduzione del fido della società  
da euro 154.937,07 ad euro 50.000,00, sul conto che  
all'epoca era scoperto in misura superiore all'affidamento;  
era stata accreditata il 28/2/2002 la somma erogata sul c/c  
che presentava il saldo passivo di euro 200.370,92; vi era  
stato il rapido peggioramento della situazione della  
società, sino alla dichiarazione di fallimento dell' (omissis).  
Secondo la Corte di merito, si trattava non già di  
un'ordinaria operazione di ristrutturazione e  
consolidamento dell'esposizione debitoria, da debito a  
breve a debito a lungo termine, ma bensì di un'operazione  
volta ad erogare alla società debitrice una somma destinata  
all'estinzione di un debito preesistente ed alla  
sostituzione di un debito chirografario con uno assistito  
da garanzia ipotecaria, e quindi di un procedimento  
indiretto anormalmente solutorio, costituito dal mutuo e  
dall'utilizzazione della somma accreditata a quel titolo ad  
estinzione del preesistente credito del mutuante verso il  
mutuatario.

La Corte territoriale ha respinto la tesi dell'appellante, intesa a far valere l'irrevocabilità della sola ipoteca per il disposto dell'art.67, u.c. l.f. e dell'art.4, 2° comma del d.p.r. 7/1/76, che prevede il consolidamento delle ipoteche contestuali all'erogazione del mutuo decorsi 10 gg. dall'iscrizione, ritenendo (conformemente alla pronuncia 4069/2003) che l'ammissione al passivo della somma mutuata è incompatibile solo con gli schemi della novazione e della simulazione ma non del negozio indiretto e che è inapplicabile il disposto ex art.39,4° comma d.lgs.385/93, non trattandosi di un effettivo finanziamento fondiario, ma di un'operazione destinata a ripianare i debiti pregressi.

Quanto al profilo soggettivo, secondo la Corte del merito, non era stata fornita la prova dell'inscientia, ed anzi, la costante crescita dell'esposizione debitoria, oltre i limiti del fido, il mancato pagamento, a partire dall'estate del 2001, di ricevute bancarie appoggiate alla Banca appellante, la riduzione del fido deliberata contestualmente alla concessione del mutuo deponevano per la percepibilità dei sintomi dell'insolvenza della (omissis) ..

Ricorre avverso detta pronuncia la Banca con ricorso strutturato su sei motivi.

Gli intimati non hanno svolto difese.

Motivi della decisione

1.1.- Col primo mezzo, la ricorrente fa valere l'inapplicabilità al mutuo fondiario ed all'ipoteca della revocatoria fallimentare, da cui i vizi della pronuncia impugnata, ex art.360 nn.3 e 5 c.p.c.; sostiene che l'ammissione al passivo in chirografo del credito preclude nell'ambito fallimentare ogni questione sull'esistenza, entità ed efficacia del titolo da cui il credito origina, e che quindi nel caso non si può mettere in dubbio che si tratti di mutuo fondiario ipotecario, da cui l'irrevocabilità della sola ipoteca, coesistente alla concessione del credito fondiario stesso.

Secondo la ricorrente, la Corte d'appello incorre nel vizio motivazionale, affermando dapprima la revoca dell'intera operazione e successivamente, che non v'è incompatibilità tra l'ammissione chirografaria del credito e la revoca della sola garanzia ipotecaria, ed incorre anche nel vizio di violazione <sup>(e)</sup> falsa applicazione di legge, per non considerare che non v'è alcuna differenza tra il finanziamento fondiario destinato a procurare una nuova provvista e quello inteso ad estinguere passività bancarie pregresse.

1.2.-Col secondo, la Banca si duole dell'erronea affermazione che la somma erogata non sarebbe entrata nella disponibilità della (omissis) e (omissis), dell'illegittima revoca dell'ipoteca volontaria iscritta a garanzia del

mutuo fondiario, sotto il profilo dei due vizi ex art. 360  
nn.3 e 5 c.p.c.

1.3.- Col terzo mezzo, la ricorrente, sempre intestando il  
motivo con il riferimento ai due vizi ex art. 360 nn.3 e 5  
c.p.c., si duole dell'erronea affermazione che la somma  
sarebbe stata destinata all'estinzione delle passività  
pregresse, dell'errata qualificazione come negozio  
indiretto, e a riguardo anche del vizio motivazionale.

La Battistini voleva passare dal finanziamento a breve a  
quello a lungo termine, e l'afflusso di una così  
consistente provvista rendeva oneroso il mantenimento del  
fido come in precedenza accordato; né vi è prova alcuna del  
procedimento negoziale indiretto col quale le parti  
avrebbero inteso perseguire lo scopo, peraltro legittimo,  
di estinguere il vecchio debito utilizzando la nuova  
provvista e di sostituire i precedenti crediti chirografari  
con quelli garantiti da ipoteca.

1.4.- Col quarto, si appunta sul requisito soggettivo,  
sostenendo il vizio di motivazione, per non avere la Corte  
d'appello esaminato le argomentazioni contrarie addotte  
dalla parte: la concessione del finanziamento era stata  
volontaria e non richiesta dalla banca; il giorno in cui il  
C.d.A. aveva deliberato la concessione del finanziamento,  
il c/c aveva saldi ampiamente nel limite del fido, ed in  
precedenza aveva avuto un andamento ondulatorio in termini  
fisiologici; non esistevano protesti, procedimenti

monitori, esecuzioni, procedure conservative, né le ricevute bancarie temporaneamente insolute, ove risultanti (e per importi modesti) deponevano per l'esistenza dello stato di insolvenza.

2.5.- Col quinto, la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 67, comma 3°, l.f., che deve valere anche a ritenere la connotazione anormale della fattispecie.

1.6.- Col sesto, si duole della violazione e falsa applicazione dell' art.39 d.lgs. 385/93 in materia di esenzione da revocatoria del credito fondiario.

2.1.- Nell'esame del ricorso, va esaminato con priorità il terzo motivo, la cui fondatezza comporta l'assorbimento di tutti gli altri motivi di ricorso.

La giurisprudenza di questa Corte ha conosciuto, nell'ultimo ventennio, una progressiva evoluzione infine attestata sul principio secondo cui 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). Essa può integrare, invece, - e 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.

Tale affermazione, che il collegio condivide, rileva sia per ciò che attiene al profilo della revocatoria della garanzia ipotecaria per debiti preesistenti (art. 67, 1° comma, nn. 3 e 4, l.f. testo *pro tempore*), sia per ciò che attiene al profilo della revocatoria di pagamenti (in sé, ex art. 67, 2° comma, ovvero in quanto eseguiti con mezzi anomali, ex art. 67, 1° comma, n. 2, l.f.), essendo legata all'inopponibilità del mutuo.

In particolare essa rinviene la *ratio* nel progressivo superamento della parzialmente dissonante tesi (retta da Sez. 1<sup>a</sup> n. 11496-97 e n. 84-99) (per cui, in caso di mutuo finalizzato a conseguire l'estinzione di un anteriore debito, il procedimento, caratterizzato da motivo illecito (per violazione della *par condicio*), avrebbe come effetto finanche l'impossibilità di ammettere al passivo le somme mutuate dalla banca, siccome conseguente alla dichiarazione di inefficacia dell'ipoteca).

A fronte di simile minoritario indirizzo, la giurisprudenza della Corte si è data carico della constatazione che il mutuo destinato all'estinzione di debiti pregressi, senza creazione di nuova liquidità, per quanto inefficace nei confronti della massa, è da considerare comunque in effetti sorretto dalla volontà dei contraenti - costituendo dunque un atto voluto, e non simulato.

Il che suppone doversi riconoscere, poi, a differenza di quanto accade per i casi di simulazione, il diritto del mutuante di insinuarsi al passivo quanto alle somme erogate in vista dell'estinzione del debito preesistente ma in chirografo, attesa la revocabilità dell'ipoteca.

La quale, da questo punto di vista, rimane insensibile alla fattispecie di consolidamento prevista dall'art. 39 del d.lgs. n. 385 del 1993, stante che la revocatoria finisce con l'attingere non (atomisticamente) l'ipoteca in sé, ma l'intero procedimento negoziale indiretto (leggibile in termini di collegamento) nel contesto del quale è coinvolto il mutuo su cui l'ipoteca si fonda (v. ex multis Sez. 1^ n. 4096-03, n. 23669-06, n. 20622-07, n. 17200-12, n. 1807-13).

In questo caso, ove il mutuo ipotecario risulti stipulato a copertura di un'esposizione debitoria pregressa, il Fallimento, sussistendone i presupposti, ha la possibilità di impugnare l'intera operazione, ai sensi della legge fall., art. 67, in quanto diretta a estinguere con mezzi anormali la precedente obbligazione, e pure le rimesse effettuate con la provvista in quanto abbiano avuto carattere solutorio (v. anche Sez. 1^ n. 5265-07).

L'orientamento deve essere in questa sede ulteriormente ribadito con la doverosa precisazione, però, che, ai fini che interessano, va tenuta ben distinta un'operazione simile da quella volta al rifinanziamento del debitore.

Il ricorso al credito come strumento di ristrutturazione del debito - cui del resto si rivolge l'attuale normativa a mezzo degli attuali artt. 182-bis e 182-quater l.f. - consente di rinegoziare i finanziamenti bancari anche nei riguardi di debiti scaduti. E di simile condizione, involgente ambiti di economia reale, va preso atto. Ma 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, tutelando la banca mediante un'ipoteca configurabile come garanzia non contestuale, ma 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.

In ciò può concretamente stabilirsi il discrimine tra le due tipologie di operazioni, costituito dalla preesistenza o meno del rischio di credito effettivamente assunto dalla banca. La quale banca, laddove eroghi effettivamente nuova liquidità al debitore, nel contesto di un'operazione non distorta e non preordinata ad estinguere semplicemente l'obbligazione pregressa ripianando, con l'ipoteca, il rischio di credito male apprezzato al momento della sua insorgenza, si conforma alla sua funzione economica

istituzionale munendo l'impresa di nuove risorse suscettibili di rifinanziarla; funzione in tal caso connaturata all'essere il finanziamento, cui accede l'ipoteca, destinato per l'appunto ad assicurare ulteriori disponibilità al debitore in conformità alle regole di corretta gestione di un rischio contestualmente assunto e, per questo, nuovo.

E la sentenza impugnata non ha calato i principi sopra esposti nella fattispecie, ritenendo sussistente nell'operazione di cui si tratta il procedimento negoziale indiretto, inteso all'erogazione alla debitrice della somma mutuata al fine di estinguere la pregressa esposizione ed alla sostituzione di un debito chirografario con uno assistito da garanzia ipotecaria, senza valutare appieno che nel caso, alla concessione alla (omissis) del mutuo ed all'erogazione della consistente somma di euro 300.000,00 sul c/c scoperto per euro 200.370,92, si era accompagnata la riduzione contestuale del fido da euro 154.937,07 ad euro 50.000,00, da cui la dilazione nell'arco di dieci anni per la restituzione della somma mutuata, a fronte della pericolosa revocabilità *ad nutum* dell'apertura di credito in conto corrente.

2.2. - Va pertanto accolto il terzo motivo, e vanno conseguentemente ritenuti assorbiti gli altri mezzi; va cassata la pronuncia impugnata in relazione ai motivi accolti, con rinvio alla Corte d'appello di Bologna in

diversa composizione, che si atterrà a quanto sopra rilevato, e che provvederà anche a statuire sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il terzo motivo di ricorso, assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, e rinvia alla Corte d'appello di Bologna in diversa composizione, anche per le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, in data 4 febbraio 2016

Il Presidente

Il Consigliere est.

R.M. D. V. *ziti*

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO  
*Franca Caldarola*

Depositato in Cancelleria

il 13 APR 2016

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO  
*Franca Caldarola*