

**Civile Sent. Sez. 1 Num. 2176 Anno 2023**

**Presidente: CRISTIANO MAGDA**

**Relatore: MERCOLINO GUIDO**

**Data pubblicazione: 24/01/2023**



## **SENTENZA**

sul ricorso iscritto al n. 75672015 R.G. proposto da  
BANCA DELLE MARCHE S.P.A. in amministrazione straordinaria, in persona  
dei commissari straordinari p.t. Dott. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~  
~~XXXXXXXX~~ rappresentata e difesa dagli Avv. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~  
con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Toscana, n.  
10;

*– ricorrente e controricorrente –*

contro

FALLIMENTO DELLA ~~XXXXXXXXXX~~, in persona del curatore p.t. Dott. Francesco  
~~XXXXXXXXXX~~ rappresentato e difeso dagli Avv. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~  
~~XXXXXXXXXX~~ con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale  
Angelico, n. 38;

*– controricorrente e ricorrente incidentale –*

avverso il decreto del Tribunale di Perugia depositato il 14 febbraio 2015.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 17 maggio 2022 dal Consigliere Guido Mercolino;

lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Paola FILIPPI, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso principale e del ricorso incidentale.

### **FATTI DI CAUSA**

1. Con decreto del 14 febbraio 2015, il Tribunale di Perugia ha parzialmente accolto l'opposizione proposta dalla Banca delle Marche S.p.a. in amministrazione straordinaria avverso lo stato passivo del fallimento della ~~XXXXX~~ S.p.a., ammettendo al passivo in via chirografaria, anziché in grado ipotecario, un credito di Euro 711.833,23, a titolo di restituzione di un mutuo fondiario concesso alla società fallita da un *pool* di banche, ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, con atto del 29 luglio 2009, ed un credito di Euro 153.104,59, a titolo di saldo debitore di tre conti anticipi.

Premesso che l'esclusione del credito dallo stato passivo non è censurabile per insufficienza della motivazione, la quale non determina la nullità del provvedimento adottato dal Giudice delegato, e ritenuta ammissibile la riproposizione nel giudizio di opposizione delle eccezioni già sollevate dal curatore in sede di verifica, nonché la proposizione di eccezioni nuove, il Tribunale ha innanzitutto precisato che l'esenzione prevista dall'art. 67, terzo comma, lett. *d*), del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 non trova applicazione alla revocatoria ordinaria, essendo prevista soltanto per la revocatoria fallimentare, nell'ambito della quale costituisce un contrappeso alle agevolazioni probatorie accordate al curatore, e dovendosi altrimenti ritenere che la medesima esenzione spetti anche all'imprenditore *in bonis* convenuto in giudizio ai sensi dell'art. 2901 cod. civ. Ha aggiunto che nella specie il piano e l'attestazione risultavano privi di data certa, in quanto non desumibile dal contratto di finanziamento, recante un generico riferimento ad un piano di risanamento, rilevando comunque l'inidoneità del piano ad assicurare il risanamento dell'impresa.

Il Tribunale ha escluso inoltre la nullità del mutuo sia per superamento

del limite di finanziabilità che per illiceità della causa, rilevando che la violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 385 del 1993 non comporta alcuna nullità, mentre l'intento delle parti di recare pregiudizio ad altri non è di per sé illecito; ha ritenuto altresì insussistente la simulazione, osservando che la concessione del mutuo era sicuramente voluta dalle parti, ed aggiungendo che, ove il risultato pratico dalle stesse perseguito consista nella trasformazione di un pregresso credito chirografario in un credito ipotecario e nel pagamento di un debito scaduto ed esigibile con un mezzo anormale, l'operazione deve considerarsi in frode ai creditori, e quindi revocabile ai sensi degli artt. 66 e 67 della legge fall.

Ciò posto, e precisato che la revocabilità può essere opposta in via incidentale anche in sede di verifica del passivo, ha rilevato che il credito azionato costituiva la quota spettante all'opponente nell'ambito di un mutuo dell'importo complessivo di Euro 8.619.050,00 stipulato dalla società fallita con un *pool* di banche costituito anche dalla Banca di San Marino S.p.a., dalla Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.a., dall'Unicredit Corporate Banking S.p.a., dalla Banca Popolare di Ancona S.p.a., dalla Banca Popolare di Spoleto S.p.a., dalla Sedici Banca S.p.a. e dalla Banca di Mantignana Soc. coop., e garantito da ipoteca su un opificio industriale sito in Bettona, nonché da un pegno in favore della Banca di San Marino e della Sedici Banca. Premesso che l'importo erogato era stato utilizzato in gran parte per l'estinzione di esposizioni debitorie pregresse nei confronti di vari istituti di credito, ivi compresa l'opponente, ha ritenuto che l'operazione fosse finalizzata al pagamento soltanto di alcuni creditori, la cui posizione era stata rafforzata in pregiudizio di altri, mediante la concessione dell'ipoteca: ha evidenziato in proposito la situazione debitoria della ~~XXXX~~ all'epoca della stipulazione del contratto, nonché il successivo aggravamento della stessa, aggiungendo che dai dati della Centrale dei Rischi e dall'analisi dei bilanci emergeva che lo stato di decozione era conoscibile da soggetti qualificati come gli istituti di credito fin dal 2006.

Premesso poi che la concessione d'ipoteca costituisce un atto dispositivo idoneo a determinare una diminuzione della garanzia patrimoniale, ed esclusa l'applicabilità dell'art. 2901, terzo comma, cod. civ., il Tribunale ha ritenuto provato il pregiudizio arrecato agli altri creditori, affermando che la Banca

non poteva non esserne consapevole, in quanto in grado di valutare i sintomi dello stato di dissesto, e ritenendo sussistente anche il requisito temporale prescritto dall'art. 2901 cod. civ. Ha concluso pertanto per l'ammissione al passivo del credito in via chirografaria, ritenendo non ostativo, a tal fine, il c.d. consolidamento breve dell'ipoteca, opponibile soltanto nel caso in cui lo scopo complessivo del negozio consista nel consentire al mutuatario l'acquisto, la costruzione o la ristrutturazione d'immobili.

Quanto infine al saldo debitore dei tre conti anticipi, ha rilevato che l'ulteriore documentazione prodotta dall'opponente dimostrava compiutamente l'esistenza del credito.

3. Avverso il predetto decreto la Banca ha proposto ricorso per cassazione, articolato in quattro motivi, illustrati anche con memoria. Il curatore del fallimento ha resistito con controricorso, proponendo a sua volta ricorso incidentale, articolato in due motivi, ed anch'esso illustrato con memoria, al quale la Banca ha resistito con controricorso.

Per la decisione del ricorso, fissato per la trattazione in pubblica udienza, questa Corte ha proceduto in camera di consiglio, senza l'intervento del Procuratore Generale e dei difensori delle parti, ai sensi dell'art. 23, comma 8-*bis*, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, in combinato disposto con l'art. 16, comma primo, del d.l. 30 dicembre 2021, n. 228 (che ne ha prorogato l'applicazione alla data del 31 dicembre 2022).

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. Con il primo motivo d'impugnazione, la ricorrente denuncia la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 66 e 67, terzo comma, della legge fall. e dell'art. 2901 cod. civ., sostenendo che, nell'escludere l'applicabilità dell'esenzione prevista dall'art. 67, terzo comma, lett. *d*), della legge fall. alla revocatoria ordinaria, il decreto impugnato non ha tenuto conto del tenore letterale della predetta disposizione e della *ratio* della stessa, consistente nel sottrarre alla revocabilità determinate categorie di atti posti in essere per un fine ritenuto meritevole di tutela, ed in particolare le operazioni strumentali al superamento della crisi d'impresa, le quali risulterebbero altrimenti poco

appetibili sia per il debitore che per i terzi.

2. Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione o la falsa applicazione degli artt. 2701 e 2704 cod. civ. e degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ., nonché l'omesso esame di un fatto controverso e decisivo per il giudizio, censurando il decreto impugnato per aver ritenuto privi di data certa il piano di risanamento e la relativa attestazione, senza considerare che il primo era richiamato espressamente nell'atto pubblico di finanziamento stipulato il 29 luglio 2009, il cui contenuto corrispondeva a quello del piano. Aggiunge che, nell'escludere l'ammissibilità della prova testimoniale dedotta ai fini della dimostrazione della data del piano, il Tribunale non ha considerato che, al di fuori delle ipotesi tipiche di cui all'art. 2704, primo comma, cod. civ., la prova del fatto idoneo a conferire certezza alla data di un atto può essere fornita anche per testimoni o per presunzioni.

3. Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta la violazione o la falsa applicazione dell'art. 67, terzo comma, lett. d), della legge fall. e degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ., nonché l'omesso esame di un fatto controverso e decisivo per il giudizio, osservando che, nell'escludere l'idoneità del piano di risanamento a conseguire l'obiettivo prefissato, il Tribunale ha fondato il proprio convincimento su una relazione prodotta dal curatore, priva di efficacia probatoria, in quanto configurabile come documento di parte, formatosi in assenza di contraddittorio.

4. Con il quarto motivo, la ricorrente denuncia la violazione o la falsa applicazione dell'art. 66 della legge fall. e degli artt. 2901 e ss. e 2697 cod. civ., nonché l'omesso esame di un fatto controverso e decisivo per il giudizio, sostenendo che, nel ritenere sussistenti i presupposti necessari per l'accoglimento della revocatoria ordinaria, il decreto impugnato ha fatto erroneamente riferimento alla *scientia decoctionis*, allo stato d'insolvenza ed al c.d. periodo sospetto, rilevanti esclusivamente ai fini della revocatoria fallimentare, senza tenere conto della mancata dimostrazione del pregiudizio arrecato ai creditori e della consapevolezza dello stesso da parte di essa ricorrente. Premesso che anche a tal fine il Tribunale ha fondato il proprio convincimento su relazioni tecniche di parte, aggiunge che l'ipoteca era stata iscritta su un complesso immobiliare di valore ben superiore all'importo del finanziamento,

la cui erogazione, oltre a consentire il risanamento di esposizioni debitorie pregresse, aveva comportato per la società fallita l'incameramento di liquidità residua per oltre Euro 1.500.000,00. Afferma infine che, ai fini della prova dell'elemento soggettivo, non era sufficiente la dimostrazione della conoscenza da parte di essa ricorrente dello stato d'insolvenza della società debitrice, ma occorre quella della conoscenza effettiva e concreta del pregiudizio arrecato ai creditori.

5. Con il primo motivo del ricorso incidentale, il curatore deduce la violazione degli artt. 1344 cod. civ. e dell'art. 216 della legge fall., censurando il decreto impugnato nella parte in cui ha escluso la configurabilità del contratto come negozio in frode alla legge, senza considerare che tra le ipotesi di indebita preferenza sanzionate dall'art. 216 cit. può rientrare anche la concessione di una prelazione idonea ad alterare la *par condicio creditorum*.

6. Con il secondo motivo, il controricorrente deduce la violazione dell'art. 99 della legge fall., nonché l'omesso esame di un fatto controverso e decisivo per il giudizio, censurando il decreto impugnato per aver ammesso al passivo il credito relativo al saldo passivo dei conti anticipi, senza tenere conto della tardiva produzione della relativa documentazione e dell'eccepita nullità di rimesse per un importo non inferiore ad Euro 90.000,00.

7. Il primo motivo del ricorso principale è fondato.

La questione sollevata dalla ricorrente è stata già ripetutamente affrontata da questa Corte, in epoca successiva alla proposizione dell'impugnazione, e risolta nel senso dell'inapplicabilità all'azione revocatoria ordinaria, ancorché esercitata dal curatore fallimentare, delle esenzioni contemplate dall'art. 67, terzo comma, della legge fall. (cfr. Cass., Sez. I, 8/02/2019, n. 3778, relativa all'esenzione prevista dalla lett. e) per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato; nel medesimo senso, Cass., Sez. III, 24/02/2020, n. 4796 e Cass., Sez. I, 14/01/2021, n. 571, relative all'esenzione prevista dalla lett. c) per le vendite ed i preliminari di vendita conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo o destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente). A fondamento di tale soluzione, sono stati adottati cinque ordini di considerazioni, fondate rispettivamente a) sulla

formulazione letterale dell'art. 67, terzo comma, il quale, escludendo la soggezione degli atti da esso indicati all'«azione revocatoria» genericamente indicata, si riferisce evidentemente a quella disciplinata dai due commi precedenti, e non anche a quella ordinaria, disciplinata dall'art. 66 con rinvio alle norme del codice civile, *b)* sulla diversa formulazione dell'art. 69-*bis*, il quale, nel disciplinare la decadenza dall'azione, si riferisce invece espressamente a tutte quelle «disciplinate dalla presente sezione», ovvero sia dagli artt. 64-71, *c)* sull'analoga disciplina dettata dall'art. 12, comma quinto, della legge 27 gennaio 2012, n. 3 per i procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento, la quale, nel sottrarre all'azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato, fa espresso riferimento all'art. 67 della legge fall., in tal modo escludendo l'applicabilità dell'esenzione all'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 cod. civ., richiamato dall'art. 66 della legge fall., *d)* sull'art. 18 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, il quale, nel modificare l'art. 12, comma quinto, cit., ha contestualmente modificato l'art. 217-*bis* della legge fall., estendendo le esenzioni dai reati di bancarotta all'accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art. 12, in tal modo confermando la piena autonomia dei due ambiti di tutela, civilistico e penalistico, riguardanti i pagamenti effettuati in violazione della *par condicio creditorum*, *e)* sulla diversità dei due tipi di azione revocatoria, ritenuta idonea ad escludere l'arbitrarietà di un trattamento differenziato, essendo gli stessi volti a colpire rispettivamente atti idonei ad indurre l'insolvenza del debitore ed atti compiuti dallo stesso quando era già insolvente, nonché riferibili ad ambiti temporali diversi e caratterizzati da un differente regime probatorio, più gravoso per quella ordinaria, dal momento che in quella fallimentare il curatore può avvalersi anche di presunzioni *juris tantum*.

7.1. In contrario, è stata peraltro evidenziata la portata tutt'altro che risolutiva dell'interpretazione letterale, osservandosi per un verso che il rinvio dell'art. 66 alla disciplina del codice civile non esclude qualsiasi interferenza con quella dettata dalla legge fallimentare, a sua volta fatta salva dall'art. 2904 cod. civ., e per altro verso che la maggiore genericità della formulazione dell'art. 67, terzo comma, sia rispetto a quella dell'art. 69-*bis* che rispetto a

quella dell'art. 12, comma quinto, della legge n. 3 del 2012 potrebbe consentire di pervenire a conclusioni esattamente opposte; in linea più generale, è stato posto in risalto il carattere tutt'altro che rigoroso della formulazione delle norme in materia, esprimendosi dubbi anche in ordine alla validità teorica di una distinzione così netta tra l'azione revocatoria fallimentare e quella ordinaria, aventi una matrice indubbiamente comune. La consistenza di tali obiezioni, volte a porre in risalto la fragilità degli argomenti di ordine testuale e sistematico adottati a sostegno della soluzione negativa, impone di procedere in questa sede ad un approfondimento della questione, tenendo conto anche delle opinioni manifestatesi in dottrina in ordine all'ambito applicativo della norma in esame.

7.2. Sotto il profilo letterale, va innanzitutto confermata l'ambivalenza della formulazione letterale dell'art. 67, terzo comma, della legge fall., la quale, a dispetto della collocazione della norma, inserita nella disciplina della revocatoria fallimentare, non autorizza conclusioni sicure né nel senso dell'applicabilità, né in quello dell'inapplicabilità delle esenzioni alla revocatoria ordinaria. Nell'ambito del medesimo articolo, alla generica formulazione del terzo comma, il cui riferimento all'«azione revocatoria» potrebbe testimoniare anche l'intento del legislatore di estenderne l'ambito applicativo ad entrambe le azioni, si contrappone infatti la specificità del quarto comma, che nell'escludere l'applicabilità della revocatoria all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario, fa puntuale riferimento alle «disposizioni di questo articolo», e quindi alla sola revocatoria fallimentare. Analoghe considerazioni possono svolgersi con riguardo alla differente formulazione dell'art. 69-*bis*, il cui specifico riferimento a tutte le «azioni revocatorie disciplinate dalla presente sezione», idoneo ad abbracciare sia quella fallimentare che quella ordinaria, non rappresenta un indice sicuro della volontà del legislatore di limitare alla prima l'ambito applicativo delle esenzioni previste dall'art. 67, terzo comma: si è anzi rilevato che, in presenza di una più generica formulazione di quest'ultima disposizione, costituirebbe un evidente paradosso l'attribuzione alla stessa di una portata più circoscritta di quella di altre norme, aventi un ambito di applicazione rigorosamente individuato. Non può ritenersi infine determinante neppure il confronto con l'art. 12, comma



quinto, della legge n. 3 del 2012, il cui puntuale riferimento «all'azione revocatoria di cui all'art. 67 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267» potrebbe essere interpretato come espressione tanto della volontà di esplicitare meglio la regola generale enunciata da tale disposizione, quanto della volontà di discostarsene, dettando una disciplina dall'ambito applicativo più ristretto.

Sotto il profilo logico-sistematico, poi, avuto riguardo alla *ratio* dell'art. 67, terzo comma, della legge fall., le segnalate differenze tra la disciplina della revocatoria fallimentare e quella della revocatoria ordinaria non possono ritenersi idonee a giustificare l'esclusione dell'applicabilità alla seconda delle esenzioni previste per la prima, correndosi altrimenti il rischio di vanificarne l'efficacia, e quindi di impedire il perseguimento delle finalità avute di mira dal legislatore mediante l'introduzione della norma in esame. In quest'ottica, è stata peraltro evidenziata la difficoltà di ricondurre ad unità le fattispecie di esenzione, osservandosi che, mentre alcune delle stesse (lett. *a, b*) mirano a consentire la prosecuzione dell'attività produttiva, evitando che il timore della revocatoria scoraggi altri operatori dall'entrare in rapporti con l'imprenditore in difficoltà, altre (lett. *d, e, g*) sono volte ad agevolare il ricorso alle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa, sottraendo alla revocatoria gli atti compiuti in funzione o in esecuzione delle stesse, ed altre ancora trovano giustificazione nell'appartenenza del creditore o dell'altro contraente a particolari categorie di soggetti ritenute meritevoli di tutela (lett. *c, f*). Si è quindi prospettata la possibilità di dare al quesito riguardante l'ambito di operatività della norma in esame risposte differenziate, anche con riguardo alla revocatoria fallimentare, correlando l'applicabilità dell'esenzione alla categoria di atti cui si riferiscono le singole fattispecie: si è ritenuto, in particolare, che l'operatività del primo gruppo di esenzioni dovrebbe essere subordinata alla riconducibilità dell'atto alla normale gestione dell'impresa ed al compimento dello stesso con modalità ordinarie, con la conseguente inapplicabilità delle esenzioni agli atti di cui all'art. 67, primo comma, n. 1, mentre quella del secondo e del terzo gruppo andrebbe riconosciuta alle condizioni di volta in volta previste, e tale ragionamento è stato esteso anche alla revocatoria ordinaria, osservandosi che la sottrazione della stessa all'ambito di applicabilità della norma in esame comporterebbe la sostanziale elisione della portata

delle esenzioni.

Tale opinione merita di essere condivisa, proprio in considerazione delle finalità perseguite dal legislatore mediante la previsione delle singole fattispecie di esenzione, che inducono a ravvisare nella soluzione adottata dai precedenti giurisprudenziali citati una risposta eccessivamente semplificata ad una problematica nella realtà assai complessa e variegata. Nel primo gruppo di ipotesi, infatti, l'esenzione si pone in collegamento con l'ordinaria gestione dell'impresa, e può trovare giustificazione soltanto a condizione che, per tipologia e modalità di effettuazione, da valutarsi caso per caso, l'operazione sia riconducibile alla stessa: in tal senso depono la stessa formulazione letterale delle lett. *a)* e *b)* dell'art. 67, terzo comma, la quale richiede che i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'impresa abbiano avuto luogo «nei termini d'uso», e che le rimesse effettuate su conto corrente bancario «non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca» (cfr. Cass., Sez. I, 7/07/2021, n. 19373; 7/12/2020, n. 27939; 18/03/2019, n. 7580). Negli altri due gruppi di ipotesi, invece, la finalità di agevolare il ricorso ad accordi per la regolazione della crisi d'impresa e quella di garantire la tutela di soggetti appartenenti alle categorie indicate comporta la necessità di riconoscere comunque l'esenzione, in presenza delle condizioni richieste dalla norma, e cioè, rispettivamente, del compimento dell'atto in esecuzione di un piano di risanamento, del concordato, dell'amministrazione controllata o dell'accordo omologato, oppure dell'effettuazione del pagamento a fronte di un servizio prestato in funzione delle predette procedure, o ancora dell'effettuazione dello stesso per una prestazione di lavoro.

In termini sostanzialmente non diversi deve ritenersi operante l'esenzione dalla revocatoria ordinaria, rispetto alla quale occorre tuttavia tenere presente che i pagamenti e le rimesse di cui alle lettere *a)*, *d)*, *f)* e *g)* dell'art. 67, terzo comma, sono già sottratti alla revoca, ai sensi dell'art. 2901, terzo comma, cod. civ., costituendo adempimento di debiti scaduti. Quanto agli atti ed alle garanzie di cui alle lettere *c)*, *d)* ed *e)*, occorre invece considerare che per le vendite immobiliari l'applicabilità dell'esenzione trova giustificazione

nella corrispondenza dell'atto ad una situazione di normale esercizio dell'attività d'impresa, comprovata dalla subordinazione della sua operatività alla condizione che la vendita sia stata conclusa «a giusto prezzo»; per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione o in funzione della regolazione concordata della crisi d'impresa, la riferibilità dell'esenzione alla revocatoria ordinaria trova a sua volta giustificazione nell'osservazione che altrimenti l'operazione non potrebbe mai sottrarsi alla dichiarazione d'inefficacia, avuto riguardo alla consapevolezza da parte del terzo dello stato di crisi in cui versava l'impresa all'epoca del compimento dell'operazione e dell'oggettiva idoneità della stessa ad arrecare pregiudizio alle ragioni degli altri creditori. Va infine precisato che la medesima disciplina deve considerarsi applicabile anche nel caso in cui l'azione revocatoria ordinaria venga esercitata al di fuori del fallimento, non ravvisandosi alcuna ragione che possa giustificare, in tal caso, l'assoggettamento dell'operazione ad una disciplina più severa di quella applicabile nell'ambito del fallimento, la cui apertura determina, d'altronde, l'improcedibilità della domanda proposta dal singolo creditore, salva l'eventuale prosecuzione del giudizio da parte del curatore (cfr. Cass., Sez. Un., 17/12/2008, n. 29420; Cass., Sez. III, 6/07/2020, n. 13862).

In conclusione, la questione sollevata dalla ricorrente va risolta mediante l'enunciazione del principio di diritto secondo cui *«in tema di fallimento, le esenzioni previste dall'art. 67, terzo comma, della legge fall. trovano applicazione non soltanto all'azione revocatoria fallimentare, ma, alle condizioni per la stessa previste, anche all'azione revocatoria ordinaria esercitata dal curatore, nonché a quella esercitata al di fuori del fallimento, nel caso in cui il giudizio promosso dal singolo creditore sia proseguito dal curatore»*.

7.3. Alla stregua del predetto principio, non possono pertanto condividersi le conclusioni cui è pervenuto il decreto impugnato, nella parte in cui, pur avendo accertato che il credito fatto valere con l'istanza d'insinuazione al passivo traeva origine da un mutuo ipotecario concesso alla società fallita in esecuzione di un piano di risanamento dell'impresa stipulato con un *pool* di banche, ivi compresa la ricorrente, ha ritenuto revocabile la garanzia, in ac-

coglimento dell'eccezione proposta dal curatore del fallimento, ed ha ammesso il credito al passivo in via chirografaria, escludendo l'applicabilità della esenzione prevista dall'art. 67, terzo comma, lett. *d*), della legge fall., in considerazione dell'avvenuta proposizione dell'eccezione ai sensi dell'art. 66 della legge fall., in combinato disposto con l'art. 2901 cod. civ.

8. Il secondo ed il terzo motivo del ricorso principale, aventi ad oggetto rispettivamente la certezza della data del piano di risanamento e della relativa attestazione e l'idoneità del piano a consentire il raggiungimento dell'obiettivo prefissato, sono invece inammissibili, riguardando argomentazioni del decreto impugnato che risultano palesemente estranee alla *ratio* della decisione impugnata, essendo state svolte, come espressamente precisato dal Tribunale, soltanto *ad abundantiam*, in conseguenza della ritenuta inapplicabilità dell'esenzione, avente carattere assorbente.

In sede di legittimità, devono ritenersi infatti inammissibili le censure rivolte contro argomentazioni contenute nella motivazione del provvedimento impugnato che non abbiano spiegato alcuna incidenza sulla decisione adottata, in quanto svolte *ad abundantiam* o costituenti *obiter dicta*, risultando le stesse concretamente improduttive di effetti giuridici, con la conseguenza che il ricorrente non ha alcun interesse ad impugnarle (cfr. Cass., Sez. I, 10/04/2018, n. 8755; Cass., Sez. lav., 22/10/2014, n. 22380; 22/11/2020, n. 23635).

Resta ferma, ovviamente, la necessità di un riesame delle predette questioni, essendo l'operatività dell'esenzione di cui all'art. 67, terzo comma, lett. *d*), della legge fall. espressamente subordinata alla condizione che il piano in esecuzione del quale è stata concessa la garanzia «appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria». Ai fini di tale accertamento, dovrà tenersi conto dei principi, ripetutamente affermati da questa Corte, secondo cui *a*) in assenza delle situazioni tipiche di certezza contemplate dall'art. 2704 cod. civ., la data della scrittura privata può essere desunta da un fatto idoneo a stabilire in modo certo l'anteriorità del documento, la cui prova può essere fornita anche per testimoni o in via presuntiva (cfr. Cass., Sez. VI, 12/09/2016, n. 17926; Cass., Sez. I, 1/10/2015, n. 19656; 22/10/2009, n.

22430), *b*) la consulenza di parte costituisce una semplice allegazione difensiva, priva di autonomo valore probatorio (cfr. Cass., Sez. Un., 3/06/2013, n. 13902; Cass., Sez. II, 19/01/2022, n. 1614; 24/08/2017, n. 20347). L'idoneità del piano andrà inoltre valutata necessariamente *ex ante*, cioè alla stregua della situazione esistente alla data della sua adozione (cfr. Cass., Sez. I, 10/02/2020, n. 3018; 5/07/2016, n. 13719).

9. L'accoglimento del primo motivo, determinando la caducazione della sentenza impugnata anche nella parte riguardante la sussistenza dei presupposti necessari per l'accoglimento della revocatoria ordinaria, comporta infine l'assorbimento del quarto motivo del ricorso principale, volto a censurare il relativo accertamento.

10. Quanto al ricorso incidentale, si rileva innanzitutto che la difesa del fallimento, pur avendo dichiarato nella memoria depositata ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ. di non aver interesse a coltivare l'impugnazione, in conseguenza delle contrarie decisioni adottate da questa Corte con ordinanze del 22 febbraio 2021, nn. 4694 e 4695, non ha depositato un formale atto di rinuncia notificato alla controparte, con la conseguenza che non può ritenersi esclusa la necessità di pronunciare al riguardo.

11. Il primo motivo, con cui il curatore insiste sulla nullità del contratto di mutuo, ribadendone la configurabilità come contratto in frode alla legge, è peraltro infondato.

In tema di nullità del contratto, questa Corte ha infatti affermato ripetutamente che, in assenza di una norma che vieti in via generale di porre in essere attività negoziali pregiudizievoli per i terzi, il negozio lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori non può considerarsi di per sé illecito, sicché la sua conclusione non comporta una nullità per illiceità della causa, per frode alla legge o per motivo illecito determinante comune alle parti, dal momento che, a tutela di chi risulti danneggiato da tale atto negoziale, l'ordinamento appresta rimedi speciali, i quali comportano, in presenza di particolari condizioni, l'applicazione della sola sanzione dell'inefficacia (cfr. Cass., Sez. III, 31/10/2014, n. 23158; Cass., Sez. II, 11/10/2013, n. 23158; Cass., Sez. I, 4/10/2010, n. 20576). Tale principio, correttamente richiamato dal decreto impugnato, è stato ribadito anche in riferimento all'ipotesi di stipulazione di

un mutuo ipotecario in violazione dell'art. 216, terzo comma, della legge fall., che punisce il reato di bancarotta preferenziale: in linea generale, si è infatti osservato che la violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto, dal momento che l'art. 1418, primo comma, cod. civ., facendo salva l'ipotesi in cui la legge disponga diversamente, impone all'interprete di accertare se il legislatore, anche nel caso d'inosservanza del precetto, abbia voluto salvaguardare la validità del negozio, mediante la predisposizione di un meccanismo alternativo idoneo a realizzare gli effetti della norma; nel caso in cui il debitore abbia effettuato pagamenti o simulato titoli di prelazione con l'intento di favorire uno o più creditori a danno di altri, il predetto meccanismo è stato poi individuato nell'esercizio dell'azione revocatoria, la quale, comportando la dichiarazione d'inefficacia dell'atto, in quanto lesivo della *par condicio creditorum*, consente di escludere l'applicabilità della sanzione di nullità per illiceità della causa, ai sensi dell'art. 1344 cod. civ. (cfr. Cass., Sez. I, 22/02/2021, n. 4694 e 4695; 28/09/2016, n. 19196).

12. Il secondo motivo è invece inammissibile, per difetto di specificità, in quanto, pur riflettendo la tardiva produzione dei documenti depositati a sostegno dell'istanza d'insinuazione al passivo del credito avente ad oggetto il saldo dei conti anticipi e l'omessa pronuncia in ordine alla nullità di parte delle rimesse affluite in uno dei conti, non risulta corredato né dalla puntuale indicazione dei documenti irrualmente prodotti dalla ricorrente e delle rimesse contestate, né dalla precisazione dell'incidenza dei predetti documenti sulla decisione e delle ragioni addotte a sostegno dell'eccepita nullità.

13. Il decreto impugnato va pertanto cassato, in accoglimento del primo motivo del ricorso principale, con il conseguente rinvio della causa al Tribunale di Perugia, che provvederà, in diversa composizione, anche al regolamento delle spese del giudizio di legittimità.

#### **P.Q.M.**

accoglie il primo motivo del ricorso principale, dichiara inammissibili il secondo ed il terzo, dichiara assorbito il quarto motivo, rigetta il ricorso incidentale, cassa il decreto impugnato e rinvia al Tribunale di Perugia, in diversa

composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso incidentale dal comma 1-*bis* dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso in Roma il 17/05/2022