

GIURISPRUDENZA COMMERCIALE

38.2 Marzo-Aprile 2011

Publicazione bimestrale

ISSN 0390-2269

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

Di particolare interesse in questo numero:

Danno risarcibile e responsabilità degli amministratori

Codici etici

Pratiche commerciali scorrette

Classi di creditori nel concordato

Arbitrato societario



GIUFFRÈ EDITORE

Presunzione di onerosità delle garanzie - Onerosità o gratuità della garanzia - Azione revocatoria ordinaria - Condizioni e presupposti (“eventus damni”, “consilium fraudis”) - Pregiudizio alle ragioni del creditore - Insufficienza dei beni del debitore - Sussistenza - Situazione di insufficienza dei beni aggravata dall’atto
(Codice civile, art. 2901).

La presunzione di onerosità dettata dall’art. 2901 c.c. per le prestazioni di garanzia contestuali al sorgere del debito non implica una presunzione uguale e contraria di gratuità per le garanzie non contestuali, le quali, peraltro, anche in difetto dello spirito di liberalità caratterizzante le donazioni, vanno considerate a titolo gratuito quando manchi un corrispettivo (1).

La valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa, indipendentemente dai motivi che l’hanno determinato (2).

In una situazione di crisi finanziaria non è qualificabile come onerosa la garanzia prestata dal debitore a favore della banca finanziatrice allo scopo di evitare la revoca del finanziamento e il ricorso agli atti esecutivi (3).

Mentre nella revocatoria ordinaria il pregiudizio si concreta nell’insufficienza dei beni del debitore a garantire il soddisfacimento del creditore, restando irrilevante la mera riduzione delle garanzie patrimoniali, nella revocatoria fallimentare assume rilievo anche la semplice riduzione quando comporti un aggravamento dell’insolvenza con lesione della par condicio creditorum (4).

Peraltro, in un contesto di insufficienza dell’attivo al soddisfacimento dei creditori, l’atto che comporti anche solo un aggravamento di tale insufficienza integra gli estremi del pregiudizio ai fini della revocatoria ordinaria (5).

L’azione revocatoria ordinaria di atti a titolo gratuito non postula che il pregiudizio arrecato alle ragioni dei creditori sia conosciuto, oltre che dal debitore, anche dal terzo beneficiario (6).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con la sentenza impugnata la Corte d’appello di Milano s’è pronunciata nella controversia insorta tra la Credito Svizzero S.A. e il gruppo Molteni (costituito dalle società industriali Gi.Emme s.p.a. e Manifatture di Torbially s.p.a., le società immobiliari D.A.M. - Diffusione Alta Moda s.r.l. e Immobiliare Alto Milanese s.r.l., la holding M.Invest s.p.a.), in relazione alla costituzione in pegno delle quote di partecipazione della D.A.M. - Diffusione Alta Moda s.r.l. nella Immobiliare Alto Milanese s.r.l., pari al 65% del capitale, stipulata il 16 dicembre 1994 a garanzia dell’esposizione finanziaria del gruppo nei confronti della banca elvetica.

La corte d’appello, in riforma della decisione di primo grado, ha accolto la domanda revocatoria ordinaria proposta dal sopravvenuto fallimento della D.A.M. - Diffusione Alta Moda s.r.l., dichiarando il pegno inopponibile ai creditori concorsuali, in quanto costituito a titolo gratuito a garanzia di crediti della banca elvetica già esistenti e nella consapevolezza da parte della società debitrice del danno così arrecato ai propri creditori, in particolare alla Armani s.p.a., che aveva già promosso un giudizio, conclusosi poi con il riconoscimento di un suo credito di sette miliardi di lire.

Ha confermato invece la Corte di merito il rigetto della domanda di risarcimento danni proposta dal fallimento per l'abusivo esercizio del pegno, e del connesso diritto di voto nell'assemblea dei soci, da parte del Credito Svizzero S.A., che aveva ottenuto anche l'iscrizione di un'ipoteca sugli immobili di proprietà della Immobiliare Alto Milanese s.r.l., rilevando come l'ipoteca fosse stata immediatamente cancellata e risultasse carente di prova il dedotto deprezzamento della partecipazione sottoposta a pegno, posto che a revoca di questa garanzia rendeva inefficace anche la concessione dell'ipoteca deliberata con il voto della banca.

Contro questa decisione ricorre ora per cassazione la Credito Svizzero S.A. e propone cinque motivi d'impugnazione, cui resiste con controricorso il Fallimento D.A.M. - Diffusione Alta Moda s.r.l., che ha proposto altresì ricorso incidentale, resistito a sua volta dalla Credito Svizzero S.A. con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

Dei ricorsi proposti contro la stessa sentenza viene disposta la riunione a norma dell'art. 335 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1.1. Con il primo motivo la ricorrente principale deduce vizi di motivazione della decisione impugnata, censurata per avere i giudici del merito ommesso di considerare che con la convenzione del 16 dicembre 1994 fu stipulata una rinegoziazione e ristrutturazione del rapporto finanziario intrattenuto con la banca elvetica dall'intero gruppo Molteni incorso in difficoltà economiche tali da pregiudicarne l'attività imprenditoriale. Sicché non può essere considerata gratuita la garanzia prestata dalla D.A.M. - Diffusione Alta Moda. s.r.l., in favore del gruppo cui essa stessa apparteneva.

E i giudici del merito hanno male interpretato la convenzione del 16 dicembre 1994, che dimostrava invece l'onerosità della garanzia, in quanto destinata a consentire un rinnovato supporto finanziario dei Credito Svizzero S.A. al gruppo Molteni.

Con il secondo motivo la ricorrente principale deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 2901 c.c., erroneamente interpretato nel senso che la mancata contestualità tra credito e garanzia debba comportare un'automatica gratuità dell'atto costitutivo della prelazione, mentre in realtà la norma prevede solo una presunzione di onerosità della garanzia contestuale all'erogazione del credito.

Con il terzo motivo la ricorrente principale deduce erronea e contraddittoria motivazione dell'affermazione che il pegno fu pattuito per un rischio finanziario già assunto dalla banca, senza considerare che nella stessa convenzione del 16 dicembre 1991 si riconosce l'esigenza di garanzie reali in relazione a una situazione nuova e di maggior rischio.

Con il quarto motivo del ricorso la ricorrente principale lamenta che i giudici del merito abbiano ommesso di accertare se l'atto ritenuto gratuito avesse effettivamente inciso sull'insorgere o sull'aggravarsi dello stato di insolvenza.

Con il quinto motivo infine la ricorrente principale deduce violazione dell'art. 115 c.p.c. e vizio di motivazione della decisione impugnata. Rileva come i giudici del merito abbiano ritenuto esistente il presupposto soggettivo dell'azione revocatoria ordinaria in ragione della consapevolezza da parte dell'amministratrice della D.A.M. - Diffusione Alta Moda s.r.l. della causa in corso con la Armani s.p.a., conclusasi poi con il riconoscimento di un debito di sette miliardi di lire della società poi fallita. E sostiene che l'esistenza della "causa Armani" non risulta documentata nel giudizio e le era del tutto ignota.

1.2. Il ricorso è infondato in tutte le sue tre prospettive: quella della contestata gratuità del pegno, quella della sua incidenza sullo stato di insolvenza della D.A.M. - Diffusione Alta Moda s.r.l., quello della consapevolezza di tale incidenza da parte della società debitrice.

1.2.1. Vero è, infatti, che l'art. 2901 c.c., fissa una presunzione di onerosità per le prestazioni di garanzia contestuali, ma non stabilisce affatto una presunzione di gratuità per le prestazioni di garanzia non contestuali. Tuttavia la giurisprudenza ha ben chiarito che l'assenza di corrispettivo vale di per sé a qualificare come gratuito, anziché oneroso, un negozio giuridico, anche quando manchi lo spirito di liberalità che caratterizza le donazioni (Cass. I sez., 24 febbraio 2004, n. 3615, n. 570426; Cass. I sez., 5 dicembre 1998, n. 12325, n. 51419; Cass. I sez., 11 marzo 1996, n. 2001, n. 496284). (Cass. I sez., 12 marzo 2008, n. 6739, n. 602560).

E la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa, e non già ai motivi dello stesso (Cass. I sez., 12 marzo 2008, n. 6739, n. 602560).

Sicché può ragionevolmente essere considerata gratuita la prestazione di una garanzia per debiti preesistenti, anche quando il motivo della prestazione sia quello di evitare la revoca dei finanziamenti e l'escussione del debitore.

Nel caso in esame i giudici del merito hanno accertato che la garanzia controversa fu prestata per una situazione debitoria già esistente, a tutela di un rischio già integralmente assunto dalla Credito Svizzero S.A. E la ricorrente non ha dedotto neppure in questa sede l'esistenza di una sua sopravvenuta controprestazione ulteriore. L'aggravamento del rischio conseguente al peggioramento dei conti del gruppo Molteni, cui la ricorrente allude, fu certamente il 1° motivo dell'accordo del 16 dicembre 1994; ma non vale a qualificare come onerosa la prestazione del pegno da parte della D.A.M. - Diffusione Alta Moda s.r.l.

Risulta dunque incensurabilmente accertata la gratuità della costituzione del pegno stipulata il 16 dicembre 1994 in favore della Credito Svizzero S.A., essendo generiche o infondate le censure mosse dalla ricorrente con i primi tre motivi del ricorso.

1.2.2. Quanto all'*eventus damni*, la giurisprudenza di questa corte ha chiarito che, nell'azione revocatoria ordinaria il pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore consiste nella insufficienza dei beni del debitore a offrire la garanzia patrimoniale, essendo irrilevante una mera diminuzione di detta garanzia, mentre nell'azione revocatoria fallimentare il carattere pregiudizievole dell'atto va invece valutato in riferimento all'aggravamento dell'insolvenza, potendo consistere nella lesione della "par condicio creditorum" (Cass. I sez., 11 novembre 2003, n. 16915, n. 568046).

Infatti l'azione revocatoria ordinaria non è destinata alla tutela del *par condicio creditorum*, tanto che l'art. 2901 c.c., comma 3, esclude la revocabilità dei normali pagamenti di crediti scaduti (Cass. I sez., 28 aprile 1981, n. 2559, n. 413334, Cass. III sez., 5 agosto 1996, n. 7119, n. 498947), soggetti invece all'azione revocatoria fallimentare.

Tuttavia deve ritenersi di per sé revocabile ex art. 2901 c.c., l'atto dispositivo che incida in un contesto di insufficienza dell'attivo al soddisfacimento dei creditori.

Se dunque una mera diminuzione della garanzia patrimoniale non rileva ai fini dell'azione revocatoria ordinaria, ove non ne consegua un'insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare i creditori, rileva invece comunque ogni aggravamento della insufficienza dei beni del debitore ad assicurare la garanzia patrimoniale.

Nel caso in esame risulta dalle stesse deduzioni della ricorrente che la situazione

finanziaria del gruppo Molteni, e in specie della D.A.M. - Diffusione Alta Moda s.r.l., era tale da pregiudicarne l'attività imprenditoriale. Mentre i giudici del merito hanno ritenuto che la costituzione in pegno della partecipazione della D.A.M. - Diffusione Alta Moda s.r.l. nella Immobiliare Alto Milanese s.r.l. comportò un vincolo di indisponibilità pressoché definitivo di una parte determinante dell'attivo sociale, contribuendo così significativamente al fallimento della società. E a questa valutazione la ricorrente non oppone alcuna specifica obiezione, ma solo un generico richiamo a principi giurisprudenziali certamente non incompatibili con il convincimento espresso dai giudici del merito.

Sicché il quarto motivo del ricorso, infondato quanto alla censura relativa alla motivazione, è per il resto inammissibile per genericità.

1.2.3. I giudici del merito hanno ritenuto che la D.A.M. - Diffusione Alta Moda s.r.l. fosse consapevole del pregiudizio derivante ai suoi creditori dalla costituzione del pegno, perché l'amministratrice della società era consapevole dell'ingente credito già vantato in giudizio dalla società Armani.

La ricorrente sostiene con il quinto motivo del ricorso che la Corte d'appello ha fatto riferimento a una "causa Armani" non documentata in giudizio e sempre ignorata dalla banca.

Sennonché, come hanno ben premesso i giudici del merito, "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" (Cass. III sez., 3 marzo 2009, n. 5072, n. 606958). Sicché è irrilevante che la Credito Svizzero S.A. ignorasse la causa Armani al momento della stipula della convenzione del 16 dicembre 1994.

Mentre l'esistenza di tale causa risulta documentata dalla stessa corrispondenza che la ricorrente richiama per sostenere di averla in precedenza ignorata. Né l'esistenza del credito verso la società Armani risulta che sia stata mai contestata, nel corso del giudizio.

È infondato pertanto il quinto motivo del ricorso.

2. Con l'unico motivo del suo ricorso il ricorrente incidentale deduce violazione degli art. 2790 e 2043 c.c., vizi di motivazione e omissione di pronuncia sul dedotto abuso del diritto di pegno da parte della Credito Svizzero S.A.

Sostiene che, contrariamente a quanto affermato dai giudici del merito, l'ipoteca iscritta sull'immobile di proprietà della immobiliare Alto Milanese s.r.l., non è stata cancellata mentre è stata cancellata l'ipoteca di secondo grado iscritta sull'immobile di proprietà della D.A.M. - Diffusione Alta Moda s.r.l. Aggiunge che l'ipotizzata, ma non dichiarata, invalidità della concessione di ipoteca, conseguente all'inefficacia del pegno, non esclude il danno lamentato.

Il ricorso è inammissibile nella parte in cui deduce un errore di fatto, vizio revocatorio e non di legittimità, infondato nella parte in cui nulla oppone alla ritenuta mancanza di prova del danno lamentato, così lasciando priva di effettive censure una ratio decidendi di per sé sufficiente a giustificare la sentenza impugnata.

3. Al rigetto di entrambi i ricorsi consegue la compensazione delle spese.

P.Q.M.

La Corte:

Riunisce i ricorsi, li rigetta e compensa le spese.

(1-6) **Onerosità o gratuità delle garanzie infragruppo.**

SOMMARIO: 1. Il fatto. — 2. L'accertamento dell'onerosità o della gratuità della garanzia prestata per debito altrui. — 3. La "causa concreta" come elemento cui riferire l'accertamento dell'onerosità o della gratuità. — 4. La soluzione proposta per il caso concreto. — 5. I presupposti della revocatoria ordinaria: l'*eventus damni*. — *Segue*: il *consilium fraudis*.

1. *Il fatto*. — Con la sentenza in esame la Cassazione torna sull'annoso problema della revocatoria delle garanzie per debito altrui (1). Nel caso di specie, infatti, la curatela fallimentare della D.A.M. s.r.l., dichiarata fallita, esperiva l'azione revocatoria ordinaria contro il Credito Svizzero S.A., a favore del quale, con convenzione del 16 dicembre 1994, la prima aveva costituito in pegno la propria quota di partecipazione nella Immobiliare Alto Milanese s.r.l. Tale garanzia reale veniva prestata per i saldi passivi dei conti correnti intestati alla Molteni Invest s.p.a. e alla Gi.Emme s.p.a., appartenenti al medesimo gruppo di cui faceva parte anche la società garante.

2. *L'accertamento dell'onerosità o della gratuità della garanzia prestata per debito altrui*. — Per determinare la disciplina da applicare all'azione revocatoria ordinaria esperita dalla curatela, la Suprema Corte ha proceduto, in primo luogo, ad accertare l'onerosità o la gratuità della prestazione di garanzia per debito altrui.

Il pegno è stato giudicato come garanzia non contestuale alla concessione del credito, in quanto costituito in relazione a situazioni debitorie preesistenti, a tutela di un rischio già integralmente assunto dal Credito Svizzero. Pertanto, non è stata ritenuta applicabile nel caso di specie la presunzione di onerosità prevista proprio per la costituzione di garanzie dall'art. 2901² c.c. (2).

La Suprema Corte ha affermato, inoltre, che tale disposizione prevede una presunzione di onerosità per la prestazione di garanzie contestuali ma che la stessa, tuttavia, non può essere interpretata *a contrario*, in modo da qualificare come gratuite le garanzie non contestuali: perciò per determinarne il titolo occorre valutare caso per caso la prestazione o meno di un corrispettivo (3).

(1) La fattispecie concreta non è descritta con chiarezza nella sentenza che si procede ad annotare. Per ricostruire il fatto, quindi, si fa riferimento alla pronuncia di appello (App. Milano, 20 aprile 2004, n. 1641), inedita.

(2) La giurisprudenza è pacifica nel considerare la contestualità rilevante ai fini della presunzione di onerosità di cui all'art. 2901², c.c., non in senso cronologico, ma in senso logico: la garanzia è giudicata contestuale al credito se, anche in mancanza di coincidenza temporale, «il rischio insito nella funzione creditizia è assunto sul presupposto della concessione di garanzia. La contestualità, pertanto, va esclusa nel caso in cui la garanzia sopravvenga quando il rischio dell'operazione creditizia sia già in atto» (Cass., 5 dicembre 1992, n. 12948, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2165).

(3) Tale conclusione è pressoché pacifica. Cfr. in dottrina DI AMATO, *Inefficacia ex art. 64 l. fall. e questioni controverse in tema di garanzie e pagamenti*, in questa *Rivista*, I, 1128; PANZANI, *Gli atti a titolo gratuito e gli atti a titolo oneroso: contrasti interpretativi ai fini dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 1991, 940; TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, I, *Parte generale, Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di Bricola e Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli, 1993, 71. In giurisprudenza v. Cass., 8 luglio 2005, n. 14376, in *Dir. giur.*, 2005, 35; Cass., 1 aprile 2005, n. 6918, in *Fallimento*, 2006, 150. Del resto sono facilmente ipotizzabili fattispecie in cui,

La Cassazione ha poi recepito l'orientamento giurisprudenziale prevalente in merito all'accertamento della gratuità delle garanzie infragruppo, secondo il quale «l'assenza di corrispettivo (...) è sufficiente a caratterizzare i negozi a titolo gratuito (così distinguendoli da quelli a titolo oneroso) (...)» (4). Infatti, per qualificare un atto come gratuito, ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria, non è necessario che l'attribuzione patrimoniale sia compiuta per spirito di liberalità (5).

3. *La «causa concreta» come elemento cui riferire l'accertamento dell'onerosità o della gratuità.* — Sempre in merito all'accertamento del titolo della garanzia prestata per debito altrui, la sentenza in esame accoglie la tesi che considera l'onerosità o la gratuità requisiti della causa del negozio. Essa ha, quindi, concluso che il pegno di quote costituito dalla D.A.M. a favore del Credito Svizzero S.A. dovesse essere revocato come atto a titolo gratuito, nonostante a fronte della costituzione dello stesso la banca creditrice avesse accordato, nella convenzione del 16 dicembre 1994, il mantenimento delle linee di credito concesse a favore della Molteni Invest s.p.a. e della Gi.Emme s.p.a. (debitrici principali). La rinuncia alla revoca dei finanziamenti ed all'escussione delle debentrici da parte del Credito Svizzero S.A., infatti, avrebbe costituito — secondo la Suprema Corte — un mero motivo della prestazione della garanzia, come tale irrilevante per accertarne l'onerosità (6).

La questione merita qualche osservazione.

Nel passaggio della motivazione appena riportato, la Cassazione recepisce la tesi c.d. causale (7), secondo la quale la natura onerosa o gratuita di un negozio dipende dalla

nonostante la non contestualità fra erogazione del credito e prestazione della garanzia, è evidente l'onerosità di quest'ultima: si pensi alla garanzia prestata a fronte della concessione di una dilazione di pagamento o di una remissione parziale o di una riduzione del tasso di interesse (Cfr. BONFATTI, sub art. 67 1° e 2° co., in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Abete-Fabiani-Jorio, Bologna, Zanichelli, 2006, 942; Cass., 7 giugno 1999, n. 5562, in *Fallimento*, 2000, 741).

(4) Così Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, 2317, al quale si riferisce anche il virgolettato nel testo; Cass., 12 marzo 2008, n. 6739, in *Foro it.*, 2009, 2, 395; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2325, in *Dir. e giust.*, 2006, 45; Cass., 1 aprile 2005, n. 6918, (nt. 3); Cass., 24 febbraio 2004, n. 3615, in *Fallimento*, 2005, 438; Cass., 11 marzo 1996, n. 2001, in questa *Rivista*, 1996, II, 643.

(5) Lo spirito di liberalità è, infatti, l'elemento soggettivo atto a distinguere la donazione dagli atti gratuiti. Questi ultimi costituiscono una categoria più ampia delle donazioni. In dottrina, per la definizione degli atti gratuiti, v. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1966, 8 ed., 224, secondo il quale «il negozio è oneroso quando all'attribuzione a favore di un soggetto faccia riscontro un'attribuzione a carico dello stesso (...); altrimenti è gratuito»; e con specifico riferimento al pegno considerato nel caso di specie REALMONTE, *Il pegno*, in *Trattato, Rescigno*, vol. 19, Torino, UTET, 1985, 655.

(6) Conf. Cass., 11 giugno 2004, n. 11093, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1294, ove si afferma che un «negozio che potrebbe apparire oneroso quanto al motivo, deve considerarsi gratuito quanto alla causa, che è il solo profilo che conta»; Cass., 20 maggio 1987, n. 4608, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2890, entrambe proprio in riferimento alla qualificazione come onerosa o gratuita di una garanzia; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2325, (nt. 4).

(7) Oltre alla giurisprudenza citata alla nota precedente, v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II, Napoli, ESI, 1994, 314; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1957, 225; G.B. FERRI, *Onerosità delle garanzie prestate successivamente al credito garantito*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, 93, il quale afferma come «gratuità e onerosità nella teoria del negozio sta ad indicare un certo modo di porsi del concreto assetto di interessi e, come tale, esso appartiene al momento causale»; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1948, II, 278; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, Milano, Giuffrè, 1973, 769; FRAGALI, *Fideiussione, mandato di credito (artt. 1936-1959)*, in *Commentario Scia-*

circostanza che esso attui o meno una prestazione causalmente legata ad un'altra ⁽⁸⁾. L'attribuzione patrimoniale compiuta da un soggetto, cioè, deve trovare un corrispettivo — sul piano giuridico-formale — ad essa legato da un nesso sinallagmatico.

Il problema che sorge in conseguenza del recepimento di tale impostazione concerne la definizione di tale elemento del contratto ⁽⁹⁾.

Tradizionalmente la causa è stata definita — in base al noto passaggio contenuto nella Relazione al Codice civile — come la «funzione economico-sociale che il diritto riconosce ai suoi fini e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata». Conseguentemente, essa viene collegata al “tipo” negoziale disciplinato dal legislatore (c.d. causa tipica) ⁽¹⁰⁾.

Questa concezione della causa c.d. tipica è stata normalmente utilizzata anche per accertare la gratuità o l'onerosità del negozio, ai fini dell'applicazione della disciplina dell'azione revocatoria: la qualificazione del titolo di un atto viene effettuata avendo riguardo *esclusivamente* alla struttura del negozio da revocare, limitando a quest'ultimo la verifica dell'esistenza di un'attribuzione patrimoniale compiuta dal fallito e di una controprestazione a suo favore legate sul piano giuridico-formale da un nesso sinallagmatico e corrispettivo ⁽¹¹⁾.

Tuttavia, la giurisprudenza più recente ha osservato — recependo sul punto le osservazioni già formulate da parte della dottrina ⁽¹²⁾ — che esistono negozi, «classifi-

loja-Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1957, 105; GIUSTI, *Fideiussione e mandato di credito*, 1998, Milano, Giuffrè, 74.

⁽⁸⁾ In pratica «la teorica della causa onerosa e gratuita... si risolve in una convenzione verbale, in quanto la causa c.d. onerosa individua nient'altro che la sinallagmaticità del contratto»: CAROPPO, *Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 427; CARIOTA FERRARA, (nt. 7), 204.

⁽⁹⁾ Che la definizione del concetto di causa del contratto risulti estremamente ardua è confermato dalle numerose tesi che sono state elaborate al riguardo. Tant'è che il tema è stato definito «vago e misterioso» (F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, Jovene, 1940, 236). Vi è chi è addirittura giunto ad affermare che ogni volta che un autore vuole dimostrare una tesi poco chiara o illogica ricorre al concetto di causa, sfruttandone l'indeterminatezza di significato (ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, Cedam, 2007, 368).

⁽¹⁰⁾ Così Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 6538, inedita ma consultabile su www.overlex.it (che riassume in tal modo la tradizionale ricostruzione del concetto di causa per confutarla), la quale riferisce il recepimento di tale concezione della causa — in relazione alla qualificazione della garanzia per debito altrui — a Cass., 1 aprile 2005, n. 6918, in *Fallimento* 2006, 150; Cass., 11 giugno 2004, n. 11093, (nt. 6); Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in questa *Rivista* 1998, II, 673; Cass., 23 luglio 1997, n. 6909, in *Fallimento*, 1998, 1025; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1986, 9 ed., 172; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1992, 33 ed., 168, il quale, tuttavia, poco oltre, parla di causa quale scopo in concreto perseguito dalle parti; BETTI, voce “Causa del negozio giuridico”, in *Nss.D.I.*, vol. VII, Torino, UTET, 1957, 32 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. le sentenze citate alla nota precedente.

⁽¹²⁾ NICOLÒ, sub. artt. 2900-2969, in *Commentario Scialoja-Branca*, VI, Bologna-Roma, Zanichelli, 1953, 237; BERTONE, *Garanzie onerose ed azione revocatoria*, in *Dir. fall.*, 1977, II, 492; SCALISI, voce “Negozio astratto”, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, 106 ss.; CAROPPO, (nt. 8), 439; GIUSTI, (nt. 7), 72; PUGLIATTI, *Sull'onerosità dell'avallo apposto a cambiali destinate allo sconto*, in *Foro it.*, 1936, II, 87; SACCHI, *La prova della gratuità od onerosità dell'atto compiuto dall'insolvente*, in questa *Rivista*, 1995, 163; GIOVANNONI, *La causa del contratto fra nozione codicistica e prassi negoziale*, consultabile in www.dircomm.it, luglio-agosto 2006, afferma — a conferma di quanto si sostiene nel testo — che il superamento della concezione tradizionale della causa è stato determinato proprio dallo studio delle c.d. «prestazioni isolate» ossia di atti caratterizzati dalla presenza di uno «scopo che soggettivamente a tali atti imprime il soggetto mentre la giustificazione (oggettiva) di tali prestazioni è posta al di fuori di esse» (DI MAJO, voce “Causa del negozio giuridico”, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1990, § 3.3.).

cati “astratti” o “a causa astratta o generica”, rispetto ai quali «è difficile individuare una causa oggettiva nel senso tradizionale, dato che non c’è una coincidenza fra la funzione pratica del contratto e la causa economico-giuridica tradizionale». Anche per questi negozi, tuttavia, è egualmente indispensabile individuare la causa, quanto meno al fine di valutare la meritevolezza dell’operazione alla stregua di quanto dispone l’art. 1322² c.c. (13). Ciò determina la necessità di adottare un’impostazione che non faccia riferimento a modelli astratti (tipizzati dal legislatore), ma attenta al negozio concretamente posto in essere dai contraenti, nonché all’affare nel suo complesso. Il che ha portato la giurisprudenza a valorizzare il concetto di «causa concreta», da intendersi — in contrapposizione al concetto tradizionale di causa come funzione economico sociale dei negozi tipici — come «lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (...), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato» (14).

Le pronunce più recenti hanno, inoltre, affermato che tale concezione della causa come funzione concreta del negozio ben si presta ad essere utilizzata anche per determinare l’onerosità o la gratuità del regolamento voluto dalle parti, proprio nel caso — quale quello oggetto del sentenza in commento — in cui occorra qualificare il titolo di un negozio a causa astratta o generica (15). In tal modo, infatti, «i concetti di ‘gratuità’ ed ‘onerosità’ vengono assunti nel loro significato economico proprio, con spostamento della loro qualificazione dal negozio all’attribuzione patrimoniale...» (16). Al fine dell’accertamento dell’onerosità o della gratuità deve, pertanto, tenersi conto dell’interesse economico che si intende *in concreto* realizzare, anche in via mediata, attraverso la complessiva operazione economica.

Applicando la teoria della «causa concreta» recepita dalla più recente giurisprudenza della Cassazione, anche a Sezioni Unite, la prestazione di pegno da parte della D.A.M. a garanzia dell’esposizione debitoria di altre società del gruppo Molteni avrebbe dovuto essere qualificata come onerosa, in quanto lo scopo pratico, ossia la causa concreta, della convenzione del 16 dicembre 1994 era lo scambio fra una prestazione a favore del Credito Svizzero (costituzione di pegno) e un’attribuzione patrimoniale a sua carico (17), costituita dalla rinuncia alla revoca del finanziamento (18) e alla richiesta

(13) Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 6538, (nt. 10), cui si riferisce anche il virgolettato.

(14) Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.* 2007, 10, 2203; Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 6538, (nt. 10); Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 1, 38.

(15) Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 6538, (nt. 10). Tale pronuncia comprende nella categoria dei negozi a causa neutra proprio la prestazione di garanzia reale o personale per debito altrui. Conf. Cass., 11 giugno 2004, n. 11093, (nt. 6); Cass. 20 maggio 1987, n. 4608, (nt. 6). Per una elencazione degli atti rientranti in tale categoria v. anche GAZZONI, *L’attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, Giuffrè, 1974, 214 ss.; GIOVANNONI, (nt. 12).

(16) Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 6538, (nt. 10), la quale traspone in motivazione la tesi di M. SANDULLI, *Gratuità dell’attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, Jovene, 1976, 106 ss., secondo cui «oggetto della qualificazione come a titolo oneroso o a titolo gratuito non è il negozio... bensì l’attribuzione patrimoniale che ne costituisce il contenuto» intesa come «utilità o non utilità che derivi al soggetto... nel contesto del rapporto economico-giuridico». Conf. anche SACCHI, (nt. 12), 155; BERTONE, (nt. 11), 492; MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, Giappichelli, 1989, 100, il quale afferma che «in senso proprio e diretto (...) non è esatto ritenere la manifestazione stessa di volontà come gratuita od onerosa». Pertanto l’attribuzione della qualifica di gratuità od onerosità deve essere riferita all’effetto attributivo, non al negozio che lo produce.

(17) Risultava così integrata la nozione di onerosità, secondo la quale «il negozio è oneroso quando all’attribuzione in favore di un soggetto faccia riscontro un’attribuzione a

della dichiarazione di fallimento ⁽¹⁹⁾ a vantaggio delle società debtrici principali (la Molteni Invest s.p.a. e la Gi.Emme s.p.a.).

4. *La soluzione proposta per il caso concreto.* — La Cassazione, nell'applicare al caso concreto il principio secondo cui «la valutazione della gratuità o dell'onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa indipendentemente dai motivi che l'hanno determinato», non può che aver fatto riferimento al concetto di causa concreta, poiché il negozio revocando oggetto della controversia è un contratto non previsto dal legislatore, come tale sprovvisto di una causa c.d. tipica. Quest'ultima, d'altronde, risulta assolutamente «inidentificante» rispetto alla qualificazione in termini di onerosità di un negozio c.d. neutro, quale la prestazione di garanzia per debito altrui.

Ciò posto, è difficile capire perché la sentenza in commento sia pervenuta ad una conclusione diversa da quella esposta nel paragrafo precedente — anch'essa fondata sulla concezione della causa concreta —, degradando la proroga del finanziamento accordata dal creditore a mero motivo della costituzione della garanzia.

Probabilmente, la spiegazione risiede in una inappropriata applicazione di quei principi al caso concreto.

La *ratio decidendi* secondo cui la distinzione tra negozi a titolo oneroso e negozi a titolo gratuito deve basarsi sulla causa, e non sui motivi ricorre spesso nella giurisprudenza di legittimità ⁽²⁰⁾, la quale, sul punto, si è uniformata all'opinione della dottrina civilistica che ritiene il motivo del negozio (salvo le ipotesi espressamente previste dal legislatore) giuridicamente irrilevante ⁽²¹⁾.

carico dello stesso, o all'eventualità dell'attribuzione in suo favore l'eventualità di un'attribuzione a suo carico» [SANTORO PASSARELLI, (nt. 5), 224].

⁽¹⁸⁾ Anche se la narrativa del fatto contenuta nella sentenza non consente di desumerlo con certezza, parrebbe che il contratto di finanziamento originario intercorrente fra il Credito svizzero S.A. e le società del gruppo Molteni contenesse una clausola (c.d. *financial covenants* assai diffusi nella pratica dei paesi anglosassoni), che prevedeva la possibilità per il creditore di revocare i finanziamenti al verificarsi di una situazione di difficoltà finanziaria della società finanziata. La rinuncia ad avvalersi di un simile diritto pare certamente costituire un'attribuzione capace di costituire una controprestazione alla prestazione del pegno.

⁽¹⁹⁾ V. App. Milano, 20 aprile 2004, n.1641, (nt. 1), ove si precisa che le società debtrici principali del gruppo Molteni erano, al momento della concessione della garanzia, già insolventi. L'onerosità della prestazione della garanzia che consenta di evitare l'esecuzione forzata è affermata da NICOLÒ, (nt. 12), 240. Del resto per attribuzione patrimoniale deve intendersi il «prodursi a favore di un soggetto di un vantaggio, di un arricchimento (...)» (NICOLÒ, voce «Attribuzione patrimoniale», in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 283; Cass., 25 luglio 1997, n. 6909, in *Dir. fall.* 1999, II, 85, ove si afferma che è rilevante per accertare l'onerosità di un atto «qualsiasi apprezzabile prestazione di *utilitas*» da parte del destinatario del bene»). E la possibilità di evitare il fallimento è certamente un vantaggio per il debitore.

⁽²⁰⁾ V. Cass., 12 marzo 2008, n. 6739, in *Guida al diritto*, 2008, 18 (espressamente richiamata dalla sentenza in esame); Cass., 11 giugno 2004, n. 11093, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1294, ove si afferma che un «negozio che potrebbe apparire oneroso quanto al motivo, deve considerarsi gratuito quanto alla causa, che è il solo profilo che conta»; Cass., 20 maggio 1987, n. 4608, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2890; Cass., 7 agosto 2008, n. 21402, in *Guida al diritto*, 2008, 41; Cass. 2 febbraio 2006 n. 2325, in *N. giur. civ. comm.* 2007, I, 161.

⁽²¹⁾ RICCA, voce «Motivi» (*Dir. priv.*), in *Enc. dir.* XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 286 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1962, 159 ss.; GUZZI, *Motivo del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, UTET, 1957, 971; DELIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, senza editore, 1939. *Contra* BESSONE, *Motivi del contratto, dogma della loro irrilevanza ed obiter dicta giurisprudenziali*, in *Riv. dir. comm.* 1979, II, 92 ss.; MARTORANO, «Presupposizione» ed errore sui motivi nei contratti, in *Riv. dir. civ.* 1958, I, 69 ss.

Tuttavia, dai precedenti della Cassazione ⁽²²⁾ si ricava che, ai fini dell'accertamento dell'onerosità o della gratuità della garanzia per debiti altrui, tale principio di diritto rileva solo quando la prestazione del garante e l'eventuale controprestazione da parte del creditore garantito o del debitore principale siano oggetto di negozi *distinti*, ma *collegati*. In tale evenienza, il corrispettivo *esterno* al negozio di garanzia da qualificare costituisce mero motivo dello stesso, qualora si recepisca la teoria secondo cui l'esistenza dello scambio fra prestazione e controprestazione (necessario per l'onerosità) deve essere valutata in relazione *esclusivamente* alla struttura dell'atto revocando (c.d. teoria causale) ⁽²³⁾. Quest'ultimo, conseguentemente, può risultare *gratuito quanto alla causa* — che costituisce l'unico profilo giuridicamente rilevante — *anche se oneroso quanto al motivo* ⁽²⁴⁾. Al contrario, qualora la costituzione della garanzia e l'eventuale corrispettivo «siano stati fatti oggetto di una *complessiva pattuizione* (alla quale abbiano partecipato creditore, debitore principale e garante), che abbracci in un nesso sinallagmatico tutte le prestazioni, il negozio di garanzia è a titolo» senz'altro oneroso (corsi aggiunti) ⁽²⁵⁾.

Quest'ultima ipotesi ricorre anche nella controversia in esame, che riguarda proprio un contratto trilaterale di costituzione di pegno per debito altrui, sottoscritto sia dalla garante (D.A.M.), sia dal creditore garantito (Credito Svizzero S.A.), sia dalle debentrici principali (Molteni Invest s.p.a. e Gi.Emme s.p.a.). La prestazione della D.A.M. e la rinuncia alla revoca del finanziamento e alla richiesta di fallimento da parte del Credito Svizzero risultano, cioè, comprese in un *unico negozio* ⁽²⁶⁾; non si realizza, quindi, uno scambio fra attribuzioni oggetto di atti distinti ma collegati. Per questo, le concessioni accordate dal Credito Svizzero S.A. — lungi dal poter essere degradate a meri motivi della costituzione del pegno — concorrono sicuramente a determinare *l'onerosità della causa* della convenzione del 16 dicembre 1994.

La Cassazione, quindi, ha fondato l'accertamento dell'onerosità o della gratuità su

⁽²²⁾ Cass., 11 giugno 2004, n. 11093, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1294; Cass., 20 maggio 1987, n. 4608, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2890.

⁽²³⁾ Si tratta della teoria, che impone di considerare il solo negozio di garanzia (*id est* quello oggetto della qualificazione) «nella sua chiusa individualità», astraendolo dalla fattispecie trilaterale in cui è inserito [BETTI, (nt. 7), 314, che scrive: «la fattispecie negoziale dovrebbe andare considerata, ai nostri fini (...) al di fuori di ogni relazione con altre relazioni negoziali funzionalizzate o praticamente collegate con il negozio da qualificare»].

⁽²⁴⁾ I sostenitori della teoria c.d. causale hanno sviluppato tali riflessioni in relazione al caso della prestazione di un corrispettivo al garante da parte del debitore principale (v. BETTI, (nt. 7), 322 ss., il quale, con riferimento al contratto fideiussorio (caso, appunto, di prestazione di garanzia per debito altrui), in cui non sia convenuta l'attribuzione di alcun corrispettivo da parte del creditore al datore di garanzia, ma un corrispettivo sia previsto fra quest'ultimo e il debitore principale, afferma che «la fideiussione (è) negozio che ha per parti il fideiussore e il creditore (...) ciò non toglie che il fideiussore possa essersi fatto promettere a parte una retribuzione dal debitore principale (...) allora un negozio gratuito quanto alla causa appare oneroso quanto al motivo, ma il profilo che conta è quello della causa: perciò, nella detta ipotesi, la fideiussione è indubbiamente a titolo gratuito». È irrilevante che il rapporto interno garante debitore sia oneroso; FRAGALI, (nt. 7), 105-107; in giurisprudenza si cfr. le sent. cit. in nt. 22. Il principio di diritto ricavabile è tuttavia trasponibile a qualunque ipotesi di scambio (anche a quella fra garante e creditore che corrisponda un'attribuzione al debitore principale) tra attribuzioni patrimoniali oggetto di negozi collegati distinti.

⁽²⁵⁾ Cass., 11 giugno 2004, n. 11093, (nt. 22); Cass., 20 maggio 1987, n. 4608, (nt. 6). Tali pronunce considerano l'eventualità che il corrispettivo per il fallito, compreso nell'unica pattuizione, provenga dal debitore principale, ma il principio è senz'altro estendibile anche al caso in cui il compenso sia corrisposto dal creditore al debitore principale.

⁽²⁶⁾ La controprestazione effettuata dal Credito Svizzero S.A. era diretta a vantaggio di soggetti diversi dalla garante, i quali, tuttavia, non erano terzi, bensì parti del negozio trilaterale, avendolo anch'essi sottoscritto.

un principio di diritto, che — seppur teoricamente corretto — non è pertinente rispetto alla fattispecie concreta da giudicare.

Ciò risulta confermato anche considerando il caso di specie sotto un ulteriore profilo. La proroga del finanziamento concessa dal Credito Svizzero S.A. avvantaggia le debtrici principali, mentre la garante-fallita (D.A.M.) non riceve alcunché. Ciononostante, a fronte di una fattispecie concreta analoga a quella oggetto della pronuncia in esame, la giurisprudenza ha affermato che «nel contratto sinallagmatico od oneroso quel che conta è l'incrocio della prestazione (...) e non pure (...) l'ulteriore circostanza che ciascuna delle prestazioni debba entrare a far parte dei rispettivi patrimoni dei contraenti». La garanzia, quindi, «rimane a titolo oneroso anche se una o entrambe le parti riversano il vantaggio (economico) a favore di altri» (27). Questo principio, affermato in relazione ad una fattispecie di garanzia per debito altrui riconducibile entro lo schema tipico del contratto a favore di terzi (art. 1411 ss. c.c.), deve valere *a fortiori* nel caso che si commenta, in cui il vantaggio patrimoniale concesso dal creditore viene attribuito alle debtrici principali (Molteni Invest s.p.a. e Gi.Emme s.p.a.), parti della convenzione trilaterale costitutiva del pegno.

Semmai, la Corte avrebbe potuto giudicare gratuito il pegno della D.A.M. non richiamando il principio che distingue fra causa e motivi del negozio, ma esaminando il problema del punto di vista (del terzo-garante o del creditore garantito) dal quale valutare la garanzia prestata per debito altrui. Infatti, nell'ambito di una fattispecie trilaterale, un atto può essere gratuito per una parte ed oneroso per l'altra (28). Se si privilegia la prospettiva del garante-fallito, la garanzia può considerarsi onerosa soltanto qualora si provi che il creditore garantito abbia prestato un corrispettivo al concedente, non essendo sufficiente un'attribuzione patrimoniale del primo a favore del debitore principale (29). Pertanto, nel caso in esame la concessione del pegno non può essere considerata onerosa *per il garante-fallito*, che non ha ricevuto — come già rilevato — alcun corrispettivo. Tuttavia, la questione relativa alla prospettiva dalla quale valutare l'onerosità o la gratuità della garanzia per debito altrui non è stata esplicitamente affrontata nella sentenza in commento (30). Quindi, la conclusione cui quest'ultima è pervenuta non può essere spiegata nemmeno facendo riferimento ad essa.

(27) Cass., 28 settembre 1991, n. 10161, in *Giust. civ.*, 1992, I, 689.

(28) Si tratta di una questione ricorrente nelle ipotesi in cui la concessione di una garanzia sia compresa in un rapporto trilaterale e che rileva per stabilire se l'eventuale attribuzione patrimoniale effettuata dal creditore-garantito al debitore principale possa essere considerato come corrispettivo della garanzia prestata dal terzo, nonostante quest'ultimo non riceva nulla in cambio. Tale evenienza (insieme alla discordanza di opinioni in merito a quale delle due prospettive privilegiare) è proprio quella che determina le incertezze della dottrina e della giurisprudenza rispetto all'accertamento del titolo delle garanzie inserite in una fattispecie trilaterale. Un approfondimento sul punto e sulle ragioni che, dopo la riforma, portano a preferire, anche nel fallimento, la prospettiva del creditore-garantito è oggetto di un mio lavoro in corso di preparazione.

(29) Cfr., in tal senso, Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 6538, (nt. 10); Cass. 11 giugno 2004, n. 11093, (nt. 22), la quale ha affermato che non «può reputarsi sufficiente, al fine di qualificare il negozio come oneroso, la circostanza che il creditore garantito presti corrispettivamente il suo consenso alla proroga del termine di scadenza del debito del terzo suo debitore, secondo lo schema del contratto a favore di terzi, perché in materia fallimentare occorre, al fine predetto, *aver riguardo agli effetti che si sono prodotti nel patrimonio del garante poi dichiarato fallito*» (corsivi aggiunti).

(30) Se la sentenza in commento avesse affrontato la questione del punto di vista, la proroga del finanziamento da parte del Credito Svizzero S.A. non sarebbe stata ritenuta irrilevante, ai fini dell'onerosità della garanzia, in quanto mero motivo del negozio — come affermato in motivazione —, ma perché «in materia fallimentare, (...) occorre aver riguardo

5. *I presupposti della revocatoria ordinaria: l'eventus damni.* — La sentenza in commento ha affermato che l'*eventus damni* necessario per l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria consiste nella insufficienza dei beni del debitore a garantire l'esecuzione forzata del creditore agente in revocatoria. Infatti è pacifico che il pregiudizio che giustifica la revoca di un atto non coincide con qualsiasi diminuzione della garanzia rappresentata dai beni del debitore; occorre, invece, che la diminuzione sia tale da far venir meno l'equilibrio fra attivo e passivo nel patrimonio del debitore ⁽³¹⁾.

Sotto questo profilo, secondo la sentenza in esame, la revocatoria ordinaria si differenzia da quella fallimentare ⁽³²⁾, in quanto essendo quest'ultima esperibile quando già sussiste lo stato di insolvenza, il carattere pregiudizievole dell'atto ad essa associato non può essere valutato in relazione alla sufficienza dell'attivo fallimentare al pagamento del passivo, ma deve essere valutato in relazione all'aggravamento dell'insolvenza ⁽³³⁾. Uno dei modi di aggravare lo stato di insolvenza è costituito dalla

agli effetti che si sono prodotti nel patrimonio del garante (poi dichiarato fallito)» (Cass., 11 giugno 2004, n. 11093, (nt. 22); nella motivazione di questa pronuncia è chiaramente evidenziato che il problema del corrispettivo prestato dal creditore garantito al debitore principale anziché a favore del garante-fallito rileva non ai fini della distinzione fra causa e motivi del negozio, ma solo sotto il profilo del rilievo preminente che la disciplina fallimentare — a differenza del diritto civile — riconosce alla tutela del patrimonio del fallito e quindi ai creditori concorrenti).

⁽³¹⁾ Soltanto quando il patrimonio del debitore divenga insufficiente a soddisfare i crediti, si ritiene realizzato il pregiudizio di cui parla l'art. 2901 c.c. Cfr., MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, Cedam, 1970, 24 s.; NICOLÒ, (nt. 12), 4; RAGUSA MAGGIORE, *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1960, 131; LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1995, 171, il quale afferma che una diversa soluzione comporterebbe come conseguenza che «il debitore perderebbe sostanzialmente la disponibilità dei suoi beni», il che non pare ammissibile. L'autore prosegue rilevando che i mutamenti rilevanti ai fini dell'esistenza del danno nella revocatoria ordinaria vengono individuati in base al parametro di riferimento della procedura esecutiva; LAMANNA, *La presunzione di onerosità delle garanzie nella revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 1993, 8; FIGONE, *Azione revocatoria ordinaria in ambito fallimentare ed onere della prova*, in *Fallimento*, 1999, 1071. In giurisprudenza, in senso conforme, oltre la sentenza in esame, Cass., 11 novembre 2003, n. 16915 in *Fallimento*, 2004, 899. Tale orientamento è confermato anche dalla giurisprudenza teorica e pratica pronunciata con riguardo all'art. 2394 c.c. (che pure prevede un rimedio risarcitorio). Tale disposizione è rilevante rispetto alla questione affrontata nel testo perché, da una parte la Cassazione ha affermato che essa protegge, come l'art. 2901 c.c., la garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c. (Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Società*, 1999, 557); dall'altra, il danno per i creditori — che li legittima ad esperire l'azione risarcitoria — è stato identificato, analogamente a quello rilevante ex art. 2901 c.c., con l'insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare i crediti (FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, Giuffrè, 1996, 10 ed., 573; NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, UTET, 1993, 9*, 377).

⁽³²⁾ La dottrina (PAJARDI-BOCCHIOLA, *La revocatoria fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2001, 207) ha rilevato che spesso, per indicare il pregiudizio richiesto dall'art. 2901 c.c., si utilizzano espressioni non pertinenti, come quando si afferma che l'*eventus damni* «è ravvisabile nella incidenza dell'atto sull'insorgere o sul successivo evolversi dello stato di insolvenza» (Cass., 15 marzo 1990, n. 2117, in *Fall.*, 1990, 1007; lo stesso sembra accadere nella sentenza in esame); MAFFEI ALBERTI, (nt. 31), 24. Al contrario, proprio nell'insolvenza viene individuato il danno rilevante per l'esercizio della revocatoria ordinaria contro l'imprenditore commerciale da CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, Morano, 1965, *passim*.

⁽³³⁾ Conf. Cass., 11 novembre 2003, n. 16915, (nt. 31); PAJARDI-BOCCHIOLA, (nt. 32), 208, il quale afferma che «è nella revocatoria fallimentare che si ragiona in termini di qualificazione del danno come consistente nell'insorgere dello stato di insolvenza o nel suo

violazione della *par condicio creditorum* ⁽³⁴⁾, che, dunque, può integrare gli estremi del pregiudizio in caso di revocatoria fallimentare ⁽³⁵⁾.

Sempre in merito all'individuazione del presupposto oggettivo dell'azione revocatoria ordinaria, la sentenza che si annota ha ulteriormente rilevato come, in una situazione in cui già esista l'insufficienza dell'attivo al soddisfacimento dei creditori, risulti pregiudizievole (e dunque revocabile) anche l'atto comportante un aggravamento di tale insufficienza. Si tratta, mi pare, di una constatazione ovvia. La revocatoria ordinaria è lo strumento predisposto dall'ordinamento per tutelare la pretesa del creditore che il debitore conservi nel proprio patrimonio beni sufficienti a garantire, in caso di inadempimento, la propria soddisfazione coattiva ⁽³⁶⁾. Pertanto qualsiasi atto dispositivo relativo ad un patrimonio già insufficiente alla soddisfazione del credito, riducendo ulteriormente la possibilità di ottenere coattivamente l'equivalente monetario della prestazione, integra gli estremi dell'*eventus damni* necessario per esperire l'azione revocatoria ⁽³⁷⁾.

Nel caso oggetto della controversia in esame la D.A.M., al momento della concessione della garanzia per i debiti delle altre società del gruppo Molteni, aveva già un passivo superiore rispetto all'attivo ⁽³⁸⁾. Inoltre, il pegno sulla partecipazione nella società Immobiliare Alto Milanese s.r.l., costituente l'attività principale del patrimonio della fallita, veniva costituito per garantire debiti verso il Credito Svizzero S.A. di società già insolventi e per importi che assorbivano interamente il valore dalla garanzia stessa. In tale situazione è indubitabile che il pegno costituisse un «vincolo pressoché definitivo di indisponibilità della partecipazione» ⁽³⁹⁾ — sottraendola alla garanzia di cui all'art. 2740 c.c. — capace di aggravare l'insufficienza del patrimonio della D.A.M al soddisfacimento dei suoi creditori.

6. Segue: *il consilium fraudis*. — Nel caso di specie la Corte ha accertato la conoscenza da parte del debitore del pregiudizio che la costituzione del pegno arrecava alle ragioni dei creditori. Questo è proprio il presupposto soggettivo richiesto dall'art. 2901¹ n. 1 c.c., per l'esercizio della revocatoria, quando l'atto revocando è posteriore al sorgere dei crediti del disponente ⁽⁴⁰⁾. Nell'accertare il *consilium fraudis* la Cassazione ha applicato le conclusioni della più recente dottrina circa l'imputazione alle società della

aggravarsi (...) se lo stato di insolvenza è precedente l'atto si ritiene che... ogni bene che esce dal patrimonio... non può che aggravare tale stato» (corsivi aggiunti).

⁽³⁴⁾ CORSI, (nt. 32), 163.

⁽³⁵⁾ LAMANNA, (nt. 31), 7 ss.; Cass., SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7028, in questa *Rivista* 2007, 567; QUATRARO-FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, Milano, Giuffrè, 325, ove ulteriori riferimenti alla giurisprudenza.

⁽³⁶⁾ MAFFEI ALBERTI, (nt. 31), 21, il quale afferma che tale pretesa nasce fin dal sorgere dell'obbligazione.

⁽³⁷⁾ Conf. MAFFEI ALBERTI, (nt. 31), 278; NICOLÒ, (nt. 12), 216, sebbene l'autore parli di aggravamento dell'insolvenza.

⁽³⁸⁾ Dalla sentenza di appello risulta chiaramente che la D.A.M., al momento della costituzione del pegno per mezzo della convenzione del 16 dicembre 1994, era debitrice della società Armani per £ 7.000.000.000, avendo un patrimonio risultante dal bilancio pari a £ 3.462.947.194.

⁽³⁹⁾ Così App. Milano, 20 aprile 2004, n. 1641, (nt. 1), confermato dalla sentenza della Cassazione in esame.

⁽⁴⁰⁾ Nel caso di specie si trattava del credito della società Armani, che si era accertato essere sorto anteriormente alla costituzione del pegno. Per maggiori approfondimenti in merito al presupposto del *consilium fraudis* del debitore v. Cass., 12 settembre 1998, n. 9092, in *Fallimento*, 1999, 1067; QUATRARO-FUMAGALLI, (nt. 35), 159 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, (nt. 31), 428 ss.

conoscenza e degli stati soggettivi considerati rilevanti dall'ordinamento giuridico. In particolare la Corte ha ritenuto che alla D.A.M. fosse riferibile la conoscenza — rilevante ai sensi della disciplina della revocatoria ordinaria — del proprio amministratore unico circa il carattere pregiudizievole per i creditori della società della costituzione in pegno della partecipazione nella Immobiliare Alto Milanese s.p.a. ⁽⁴¹⁾.

Pacifica è poi l'affermazione secondo la quale, in caso di atto a titolo gratuito, la sussistenza del *consilium fraudis* deve essere accertata solo in capo al debitore ⁽⁴²⁾. Del tutto irrilevante, pertanto, è stato considerato l'atteggiamento psicologico del Credito Svizzero S.A., posto che la garanzia a suo favore è stata giudicata gratuita dalla Corte.

LORENZO BENEDETTI

⁽⁴¹⁾ V. M. CAMPOBASSO, *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, Giuffrè, 2002, 272; Cass., 28 aprile 1973, n. 1169, in *Dir. fall.*, 1974, II, 264.

⁽⁴²⁾ LUCCHINI GUASTALLA, (nt. 31), 428 ss.; Cass., 3 marzo 2009, n. 5072, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 3, 371; Cass., 21 ottobre 1980, n. 5632, in *Arch. Civ.*, 1981, 439. In caso di revoca dell'atto gratuito nessuna rilevanza riveste lo stato soggettivo dell'acquirente, perché fra il terzo avente causa dal fallito *qui certat de lucro captando* e il creditore del fallito stesso *qui certat de damno vitando*, il legislatore privilegia la tutela di quest'ultimo (così, fra i molti, NATOLI-BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria a revocatoria): appunti delle lezioni*, Milano, Giuffrè, 1974, 163).