

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

MASSIMO GIULIANO

*Adempimento di debito altrui:
la causa concreta quale criterio di individuazione
della gratuità od onerosità dell'atto*

2005, II, 205; F.G. PIZZETTI, *La questione sulla giurisdizione nel risarcimento del danno biologico del dipendente pubblico non (ancora) privatizzato*, in *Danno e resp.*, 2000, 628.

2. LO STATO DELLE CONOSCENZE SCIENTIFICHE E L'ACCERTAMENTO DI RESPONSABILITÀ: L'URANIO IMPOVERITO. Con riguardo ai profili giuridici sia consentito rinviare a MANTELERO, *Impiego di muni-*

zioni ad uranio impoverito ed attività militare: un caso di danno di massa, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, in corso di pubblicazione.

3. LE CC.DD. NANOPARTICELLE ED IL «RISCHIO DELL'ALCHIMISTA». Non consta dottrina giuridica in tema.

ALESSANDRO MANTELERO

- CASS. CIV., sez. un., 18.3.2010, n. 6538
Conferma App. Catanzaro, 8.11.2004

FALLIMENTO - REVOCATORIA FALLIMENTARE DI ATTI A TITOLO GRATUITO - ACCERTAMENTO DELLA GRATUITÀ - RIFERIBILITÀ ALLA CAUSA CONCRETA (cod. civ., art. 1180; l. fall., art. 64)

In tema di dichiarazione di inefficacia degli atti a titolo gratuito, ai sensi dell'art. 64 l. fall., la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello astratto utilizzato, e non può quindi fondarsi sull'esistenza, o meno, di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, ma dipende necessariamente dall'apprezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del «solvens», quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento, collegato o meno ad un sia pur indiretto guadagno ovvero ad un risparmio di spesa. Pertanto, nell'ipotesi di estinzione da parte del terzo, poi fallito, di un'obbligazione preesistente cui egli sia estraneo, l'atto solutorio può dirsi gratuito, ai predetti effetti solo quando dall'operazione – sia essa a struttura semplice perché esaurita in un unico atto, sia a struttura com-

pressa, in quanto si componga di un collegamento di atti e di negozi – il terzo non tragga nessun concreto vantaggio patrimoniale, avendo egli inteso così recare un vantaggio al debitore; mentre la causa concreta deve considerarsi onerosa tutte le volte che il terzo riceva un vantaggio per questa sua prestazione dal debitore, dal creditore o anche da altri, così da recuperare anche indirettamente la prestazione adempiuta ed elidere quel pregiudizio, cui l'ordinamento pone rimedio con l'inefficacia «ex lege».

dal testo:

Il fatto. Il Tribunale di Lamezia Terme con sentenza dell'8 febbraio 2002, in accoglimento della richiesta del Fallimento della s.r.l. Statti, dichiarava inefficace il pagamento della somma di L. 2 miliardi, – ricevuta a titolo di mutuo dalla Isveimer – mediante 7 assegni bancari emessi dal legale rappresentante di detta società su di un conto corrente presso la Banca popolare di Nicastro (poi incorporata dalla Banca Monte dei Paschi di Siena) al fine di estinguere i debiti dei soci della SATTI nei confronti di detto istituto di credito. Condannava l'Istituto di credito alla restituzione della somma di L. 2.136.000.000, oltre agli interessi legali. L'impugnazione di quest'ultima Banca è stata accolta in parte dalla Corte di appello di Catanzaro che, con sentenza dell'8 novembre 2006 ha dichiarato inammissibile la domanda della Curatela rivolta al pagamento degli

interessi legali perché tardivamente formulata nella comparsa conclusionale; ha confermato nel resto la decisione di primo grado osservando (per quanto qui interessa): *a*) che la domanda della Curatela, costituita parte civile nel procedimento penale instaurato per bancarotta fraudolenta nei confronti di S.R., P.L. e V.C.S., era procedibile per essere diversi i presupposti dell'azione revocatoria rispetto alla richiesta risarcitoria avanzata nel giudizio penale; *b*) che l'azione intrapresa dal Fallimento andava ricondotta nell'ambito di applicazione della L. Fall., art. 64, in quanto gli assegni erano stati emessi dall'amministratore unico della società poi fallita, S.R. e da questi fatti transitare su altro conto corrente afferente al c.d. Gruppo Statti al fine di estinguere i debiti di costoro, perciò da considerarsi terzi, nei confronti della Banca popolare; ed era fondata anche ove gli assegni fossero stati emessi in favore di S.R. in proprio e da questi utilizzati per ripianare la propria posizione debitoria.

Per la cassazione della sentenza la s.p.a. Banca Monte Paschi ha proposto ricorso per 3 motivi; cui resiste la Curatela del Fallimento con controricorso recante ricorso incidentale per due motivi.

Questa Corte, con ordinanza 21 maggio 2009 n. 11822, ha rilevato la sussistenza di un contrasto sulla qualificazione quale atto a titolo gratuito ovvero oneroso del pagamento eseguito dal terzo ai sensi dell'art. 1180 cod. civ., per cui la controversia è stata rimessa alle sez. un. per la sua composizione. Le parti hanno depositato memoria.

I motivi. I ricorsi vanno anzitutto riuniti ai sensi dell'art. 335 c.p.c., perché proposti contro la medesima sentenza. (*Omissis*)

Con il terzo motivo la Banca, deducendo violazione della L. Fall., art. 64, anche in relazione all'art. 1180 cod. civ., nonché carenza e contraddittorietà di motivazione, censura la sentenza impugnata: *a*) per non aver considerato che nel caso si era in presenza di un adempimento del debito del Gruppo fratelli Statti da parte del terzo (la società poi fallita) *ex art.* 1180 cod. civ.: perciò da qualificare secondo la prevalente giurisprudenza a titolo oneroso con riguardo all'*accipiens*, come dimostravano le clausole onerose apposte dall'ISVEIMER nel contratto di finanziamento, e non connotato da

animo liberale, neppure prospettato dalla Curatela; *b*) che occorreva perciò valutare anche i rapporti intercorsi da S.R. con il gruppo familiare Statti ed esso Istituto di credito, prendendo atto che gli assegni erano pervenuti alla Banca tramite il prenditore S.R. e non direttamente dalla società fallita, la quale aveva invece emesso i titoli a favore del primo (un assegno di L. 68 milioni era stato emesso a favore di un terzo del tutto estraneo al giudizio); *c*) per avere dapprima ritenuto che l'elemento psicologico resta irrilevante nella fattispecie della L. Fall., art. 64, e poi concluso che doveva ritenersi provata la conoscenza in capo alla banca dei rapporti interni al gruppo, in assenza di qualsiasi prova al riguardo; e senza indicare in alcun modo le ragioni di un tal convincimento. Viene in tal modo posta all'esame delle Sez. un. la questione concernente la natura – onerosa o gratuita – dell'atto con cui un soggetto adempie il debito altrui, con particolare riguardo al pagamento ad opera della società, del debito del proprio socio: questione dalla quale dipende l'applicabilità della L. Fall., art. 64, in ipotesi di fallimento del *solvens* e che ha indotto la prima Sezione della Corte con la ricordata ordinanza di rimessione a segnalare la sussistenza e la persistenza di un contrasto di giurisprudenza nell'ambito della Corte. Ciò in quanto, un primo orientamento, radicato nel tempo ha sostenuto che il pagamento del debito altrui costituisce per chi paga un atto a titolo gratuito perché il beneficio è destinato all'originario debitore rimasto estraneo all'atto, con la conseguenza che tale liberalità, in caso di fallimento del *solvens* è da considerarsi inefficace ai sensi della L. Fall., art. 64 (Cass. 6918/2005; 11093/2004; 5264/1998; 6909/1997; 5616/1992; 6929/1983). Laddove altro indirizzo ha seguito il principio opposto che in tema di pagamento compiuto dal fallito per estinguere il debito di un terzo, la gratuità dell'atto ai fini della revoca L. Fall., *ex art.* 64, può essere affermata unicamente in relazione al debitore in quanto l'adempimento *ex art.* 1180 cod. civ., da parte del soggetto poi sottoposto a procedura fallimentare configura un atto a titolo gratuito solo nei rapporti fra questi ed il debitore ove manchi una causa onerosa che ne giustifichi la liberazione, mentre nei rapporti fra il fallito ed il creditore che ha ricevuto il pagamento ha ca-

rattere indubbiamente oneroso (Cass. 889/2006; 15515/2001; 9560/1991; 3265/1989; 5548/1983).

Infine, Cass. 6739/2008, muovendo dal rilievo che l'adempimento in senso tecnico è solo il comportamento di chi sia obbligato alla prestazione, ha affermato che il pagamento del terzo non costituisce "mera esecuzione dell'obbligazione preesistente ma ha una sua causa autonoma che può risultare onerosa o gratuita a seconda che l'atto estintivo del debito dipenda o meno dalla controprestazione di uno dei due soggetti dell'obbligazione estinta" e che di conseguenza, agli effetti della L. Fall., art. 64, il pagamento del debito altrui effettuato da soggetto poi fallito è atto gratuito qualora si tratti di atto di disposizione del suo patrimonio senza contropartita anche in un altro rapporto nel cui ambito l'atto risulti preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto. Nessuna indicazione a favore dell'una o dell'altra tesi è fornita dalle recenti riforme (L. n. 80 del 2005, e D. Lgs. n. 5 del 2006, nonché 169 del 2007), in seguito alle quali la disposizione dell'art. 64 è rimasta invariata rispetto alla formulazione originaria.

Le sez. un. ritengono che le due contrapposte tesi, così in dottrina come in giurisprudenza, limitando entrambe l'esame nella ricerca della prestazione e/o della controprestazione al rapporto bilaterale terzo-creditore (la prima), ovvero debitore-creditore (la seconda), peraltro nella sua connotazione astratta, finiscono per risultare egualmente apodittiche e prive di collegamento con il complessivo regolamento contrattuale predisposto dalle parti ed ancor più con l'effettivo rapporto economico da esse inteso perseguire. Al riguardo non può disconoscersi che la L. Fall., art. 64, disponendo l'inefficacia verso i creditori degli atti a titolo gratuito compiuti dal fallito nei due anni anteriori al fallimento si rivolge, come indica inequivocabilmente il suo stesso tenore letterale non già ad atti riguardati in funzione della posizione del creditore, per il fatto che costui ne subisce comunque l'inefficacia, bensì "agli atti a titolo gratuito" provenienti dal soggetto che disponga del proprio patrimonio e successivamente venga dichiarato fallito: tali qualificandoli in virtù della natura obbiettiva dell'atto,

rapportato unicamente ad un elemento oggettivo temporale anteriore alla dichiarazione di fallimento; e con le sole eccezioni previste nella seconda parte della norma (regali di uso ed atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità), la cui previsione non avrebbe senso se la gratuità dell'atto fosse stata considerata soltanto (o anche) nella prospettiva del creditore.

Il che corrisponde del resto alla finalità della norma, di cui più volte questa Corte ha sottolineato il particolare rigore – equiparabile soltanto a quello del precedente art. 44 – di non consentire il relativo pregiudizio alla disponibilità patrimoniale del disponente, che si traduce, in fase fallimentare, nella menomazione delle possibilità soddisfattive della massa dei creditori concorrenti; sicché è proprio il pregiudizio provocato dall'atto di disposizione del proprio patrimonio a divenire elemento essenziale per giustificare la sanzione dell'inefficacia delle disposizioni, proprio in funzione della tutela di interessi i cui titolari sono chiaramente individuati subito nella parte iniziale dell'art. 64, con riferimento al destinatario del beneficio dell'inefficacia relativa (i creditori del disponente).

D'altra parte la norma suddetta fa parte integrante del sistema revocatorio compreso nella 3^a sezione della legge fallimentare in cui tutte le disposizioni sono ispirate dalla tutela della medesima *ratio* del ceto creditorio o di alcuni particolari creditori ed in cui la nozione di atto a titolo gratuito è utilizzata proprio con riferimento alla situazione patrimoniale del soggetto poi fallito: come dimostrano l'art. 69 (che dopo le modifiche introdotte dal D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, art. 54, stabilisce che gli atti a titolo gratuito compiuti tra coniugi più di due anni prima della dichiarazione di fallimento, ma nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale, sono revocati se il coniuge non prova che ignorava lo stato d'insolvenza del coniuge fallito), nonché l'art. 123, il quale dispone che, in caso di riapertura del fallimento, sono privi di effetto nei confronti dei creditori gli atti a titolo gratuito, posteriori alla chiusura e anteriori alla riapertura del fallimento, compiuti dal fallito (negli stessi termini gli artt. 192-194 c.p.). Per cui soltanto con un'inammissibile salto logico è possibile trarre da que-

sta normativa il risultato che per l'art. 64 rilevano, contrariamente al suo apparente contenuto, il punto di vista dell'*accipiens* e della natura gratuita ovvero onerosa del suo acquisto, da individuare esclusivamente con riferimento al negozio giuridico intercorso con il suo debitore di cui l'adempimento del terzo costituisce attuazione, neanche menzionato pur indirettamente dalla norma; e che per converso non possa venire in rilievo ed essere considerata, perché estranea alla pattuizione tra creditore e debitore, la causa dell'atto di disposizione del proprio patrimonio posto in essere dal fallito cui invece la disposizione legislativa fa espresso riferimento.

Né vale evocare a sostegno di questa interpretazione la L. Fall., art. 67, comma 2, che pone fra gli atti onerosi quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente anche creati; nonché l'art. 2901 cod. civ., comma 2, secondo cui le garanzie contestuali per debito altrui sono considerate a titolo oneroso, perciò privando di rilievo le ragioni per le quali il garante vincola il proprio patrimonio a garanzia delle altrui obbligazioni e spostando l'attenzione sulla posizione del garantito: in quanto entrambe le disposizioni dimostrano soltanto che il legislatore ha ritenuto di dettare un criterio specifico per individuare la natura onerosa (o meno) di una prestazione di garanzia ricollegandola alla contestualità del credito garantito. E che in virtù della scelta legislativa per queste situazioni soggettive resta inapplicabile la regola dell'art. 64, proprio per la mancanza del presupposto della gratuità dell'atto di disposizione del fallito: al cui schema di riferimento nessun accenno sia pure indiretto è contenuto in alcuna delle due norme, che semmai confermano piuttosto che smentire l'interpretazione della norma revocatoria appena recepita (Cfr. Cass. 5 dicembre 1992, n. 12948).

Se tuttavia deve ritenersi che agli effetti della L. Fall., art. 64, l'individuazione dell'atto gratuito vada compiuta privilegiando la prospettiva del *solvens*, non per questo la relativa nozione e la distinzione con la categoria degli atti a titolo oneroso, deve continuare ad essere riferita alla causa del negozio quale tradizionalmente individuata in base alla nota definizione della Relazione al Codice civile – “la funzione eco-

nomico-sociale che il diritto riconosce ai suoi fini e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata –; ed applicata negli anni immediatamente successivi dalla giurisprudenza secondo una concezione unificante le varie tipologie, necessariamente collegata al “tipo” individuato dal legislatore (c.d. causa tipica) e perciò fondata sull'astrattezza di tale requisito. Alla quale costantemente si è riferito il primo orientamento riconducendo la natura onerosa o gratuita dell'atto sempre e soltanto nell'ottica del rapporto bilaterale tra chi attua l'attribuzione ed il creditore che la riceve: perciò richiedendo per accedere alla prima opzione che le prestazioni siano legate sul piano giuridico-formale da un nesso sinallagmatico e corrispettivo; e concludendo sistematicamente per la gratuità dell'atto di disposizione tutte le volte che non sia stato costituito alcun corrispettivo con l'*accipiens*, o che comunque non risulti un rapporto causale che la giustifichi secondo il modello tipico.

Siffatta ricostruzione non tiene conto, anzitutto dell'evoluzione che ha interessato la nozione di “causa del negozio” in questi ultimi decenni, né dei risultati al riguardo raggiunti dalla più qualificata dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità. Le quali, muovendo dalla categoria delle c. d. “prestazioni isolate” (artt. 627, 651 e 1197 cod. civ., art. 1706 cod. civ., comma 2, artt. 2034 e 2058 cod. civ., ecc.), mancanti di una loro funzione oggettiva astrattamente predeterminata, hanno preso in considerazione particolari categorie di negozi, quali la prestazione di garanzia (reale o personale) per un debito altrui, la modificazione del lato passivo del rapporto obbligatorio (delegazione, espromissione, accollo, art. 1268 cod. civ. e ss.), l'adempimento del terzo (art. 1180 cod. civ.), la cessione del credito (art. 1260 cod. civ.), la rinuncia a un diritto, fra cui la remissione di debito e, secondo alcuni, la cessione del contratto: osservando che per essi 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; e che tuttavia anche per questi negozi, classificati “astratti” o “a causa astratta o generica”, è egualmente indispensabile individuare la causa sia pure in base ad una impostazione differente non soggetta all'obbligo predeterminato di modelli

astratti, ma attenta strettamente al negozio posto in essere dai contraenti, nonché all'affare nel suo complesso: quanto meno onde valutare la meritevolezza dell'operazione alla stregua di quanto dispone l'art. 1322 cod. civ., comma 2, e pervenire ad una giustificazione causale anche nei contratti più complessi, nei fenomeni dei collegamenti negoziali e più in generale nei negozi da sempre qualificati "astratti". Per cui Cass. 10490/2006 ha definito "causa del contratto", qualificandola "concreta" in contrapposizione alla nozione tradizionale, lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato. E le successive decisioni di questa Corte, rese anche a sez. un. (sent. 26972-26975/2008), hanno ripetutamente condiviso e ribadito la nozione di "causa concreta", rendendo superflua la nozione di negozio astratto, pur esso inserito in un più vasto regolamento di interessi; e compiendo la verifica della giustificazione causale nell'ambito dell'intera operazione economica compiuta dalle parti.

Proprio per la particolare fattispecie dell'adempimento del terzo, neanche essa presa in considerazione dal primo indirizzo, e che pur rientra tra i negozi in passato qualificati a causa astratta o generica, la recente concezione della causa come funzione concreta del contratto ben si presta ad interpretare il regolamento voluto dalle parti in modo più aderente alla realtà.

Come rilevato, infatti, da questa Corte, detto istituto presuppone che il terzo estraneo ad un rapporto obbligatorio intercorrente tra altre parti, e dunque non obbligato in proprio ad estinguerlo (come nel caso del fideiussore o di altro garante), paghi spontaneamente al creditore dell'obbligazione in questione perciò rivestendo la natura di figura composita, da un lato negoziale e dall'altro esecutiva nel momento in cui, attuando un precedente rapporto, si perfeziona con la diretta esecuzione della prestazione in favore del creditore, estinguendone la pretesa in forza della specifica disposizione dell'art. 1180 cod. civ. (perciò discostandosi dall'adempimento in senso proprio previsto dall'art. 1218 cod. civ.): senza la quale l'adem-

pimento del terzo costituirebbe soltanto una invasione dell'altrui sfera giuridica (Cass. 889/2006). Trattandosi allora di un vero e proprio negozio giuridico avente l'effetto di soddisfare, in modo diverso dallo schema predisposto dall'art. 1218 cod. civ., l'interesse del creditore, anche l'adempimento del terzo resta soggetto alla regola per cui il carattere oneroso o gratuito dell'attribuzione patrimoniale che esso comporta non può sfuggire alla regola che deve essere stabilito in riferimento alla sua causa concreta. La quale rende palese l'irrelevanza dell'indagine prospettata dal secondo indirizzo giurisprudenziale, qui non accolto, con riguardo esclusivamente al rapporto bilaterale debitore-creditore, senza percepire l'interferenza o l'affacciarsi del terzo nel suddetto rapporto, che diviene necessariamente trilaterale e comporta comunque la sovrapposizione di un nuovo più complesso rapporto a quello originario; né che solo per effetto di essa e del conseguente coinvolgimento della sfera giuridica del terzo è apprestato lo strumento di soddisfacimento del creditore, che diviene oggetto della speciale disposizione della L. Fall., art. 64, ove non disveli, a livello causale, alcun vantaggio patrimoniale o comunque una qualche utilità economico-giuridica per il *solvens*. Ma la qualificazione dell'adempimento del terzo, in sede di azioni revocatorie, non può limitarsi nemmeno ad una visuale incentrata sul solo rapporto bilaterale terzo-creditore, e dunque sull'atto o negozio in sé, nella sua connotazione causale astratta quale funzione economico-sociale nella ricerca di un nesso diretto fra le due eventuali controprestazioni di detti soggetti, come preteso dall'orientamento opposto, sotto tale profilo pur esso inadeguato: in quanto attraverso lo schema-base individuato dal legislatore nell'art. 1180 cod. civ., le parti possono perseguire variegati interessi meritevoli di tutela, ricorrendo anche ad un collegamento di atti o negozi diversi, pure non coevi, ma susseguiti nel tempo; il quale permette, grazie a semplici connessioni economiche, di realizzare uno scopo, a seconda dei casi, oneroso o gratuito, mediante l'utilizzo di atti astrattamente a causa neutra, oppure onerosa o anche gratuita, ma tutti egualmente strumentali e necessari alla realizzazione del risultato antitetico. Ed al quale, dunque, deve guardarsi per valutare se l'at-

to sia stato compiuto o meno, a titolo gratuito. Conseguenze: 1) che variando la causa concreta che ha indotto il terzo ad adempiere in luogo del debitore, dall'una o dall'altra ragione discendono effetti o rimedi giuridici diversi, o diversi rapporti giuridici susseguenti tra il terzo e il debitore; e deve concludersi che nell'adempimento del terzo sono egualmente configurabili gratuità o, per converso, onerosità; 2) che seppure la tipizzazione legislativa dell'istituto avviene con riguardo all'effetto del negozio (l'estinzione dell'obbligazione), la ragione concreta, per la quale il terzo interviene nel rapporto creditore-debitore, deve quindi essere necessariamente verificata caso per caso dal giudice di merito; 3) che l'atto deve qualificarsi a titolo gratuito, quando dall'operazione che esso conclude – sia essa a struttura semplice perché esaurita in un unico atto, sia a struttura complessa, in quanto si componga di un collegamento di atti e di negozi – il terzo non ne trae nessun concreto vantaggio patrimoniale ed egli abbia inteso così recare un vantaggio al debitore; mentre la ragione deve considerarsi onerosa tutte le volte che il terzo riceva un vantaggio per questa sua prestazione dal debitore, dal creditore o anche da altri, così da recuperare anche indirettamente la prestazione adempiuta ed elidere quel pregiudizio, cui l'ordinamento pone rimedio con l'inefficacia *ex lege* come esemplificativamente avviene nell'ipotesi già esaminata da Cass. 5616/1992, – in cui si possa allegare e provare l'esistenza di fatti idonei a individuare un qualche vantaggio, sia pure mediato e indiretto (nel caso individuato nella cessione di credito), della società poi fallita con riguardo all'esecuzione della prestazione; nella surrogazione nel diritto del creditore verso il suo debitore; nella conclusione di un contratto a favore di terzo, in tale posizione dovendo porsi il disponente; nell'esistenza di una delegazione di pagamento da parte del debitore e così via. In tal modo i concetti di "gratuità" ed "economicità" vengono assunti nel loro significato economico proprio, con spostamento della loro qualificazione dal negozio all'attribuzione patrimoniale: per la quale deve tenersi conto dell'interesse economico che si intende realizzare, anche in via mediata, attraverso la complessa operazione economica, da parte di chi apparentemente paga il debito al-

trui senza corrispettivo: nell'ambito, quindi, del regolamento globale degli interessi non limitato al singolo "atto di disposizione" da lui compiuto. Questi risultati trovano naturale applicazione proprio in relazione all'individuazione del vantaggio per il terzo nell'ambito del gruppo societario cui è stato riconosciuto in quest'ultimo decennio gradualmente rilievo giuridico, e si saldano perfettamente con la più recente giurisprudenza di questa Corte; la quale ha in particolare riconosciuto la rilevanza, per la singola società del gruppo, del soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure in ragione di un rapporto diverso, quale contropartita del depauperamento diretto derivato alla società da un'operazione: per tale ragione non considerata liberale. Ed ha statuito in termini generali che al fine di verificare se un'operazione abbia comportato o meno per la società che l'ha posta in essere un ingiustificato depauperamento occorre tener conto della complessiva situazione che, nell'ambito del gruppo, a quella società fa capo, potendo l'eventuale pregiudizio economico che da essa sia direttamente derivato aver trovato la sua contropartita in un altro rapporto e l'atto presentarsi come preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto (Cass. 6739/2008; 12325/1998; 2001/1996). Per cui le sez. un. devono concludere che pur in presenza del pagamento del debito di società collegate (ovvero del pagamento del debito del socio da parte della società partecipata, come nella fattispecie, o viceversa) può essere esclusa la gratuità del negozio, quando la società disponente abbia comunque realizzato un suo vantaggio economico: in quanto, ancorché manchi il corrispettivo immediato in termini di diretta sinalgomaticità, tuttavia può verificarsi, da parte dell'impresa che svolga la sua attività economica a monte, o a valle, di quella del disponente, l'acquisizione di un'utilità economica in rapporto di causalità mediata e indiretta con la prestazione eseguita; che tuttavia si traduca in un vantaggio patrimoniale concreto. Altrimenti il terzo, adempiendo ad un debito non proprio, si procura comunque una diminuzione patrimoniale, costituente un nocumento, che restando perciò stesso estraneo all'esercizio dell'impresa, diviene come tale immeritevole di

tutela nell'ambito della disciplina dello statuto di questa; ed a maggior ragione al lume della disposizione revocatoria della L. Fall., art. 64. Resta da esaminare come si ripartisca l'onere della prova nel relativo giudizio: ricordando a tal fine, che secondo i principi generali, di cui all'art. 2697 cod. civ., il curatore che agisce deve provare l'integrazione della fattispecie della norma invocata, e dunque, che l'atto – di cui vuole si dichiari l'inefficacia – sia a titolo gratuito; ma che detta prova può essere offerta anche tramite presunzioni. Ed in relazione all'adempimento del terzo, tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza di merito hanno correttamente ritenuto che, mancando nello schema causale tipico la controprestazione in favore del disponente, si presume che l'atto sia stato compiuto gratuitamente: pagando il terzo per definizione un debito non proprio e non prevedendo la struttura del negozio alcuna attribuzione patrimoniale a suo favore; sicché diviene onere del creditore beneficiario provare con ogni mezzo che pure il disponente ha ricevuto un vantaggio in seguito all'atto che ha posto in essere, in quanto questo perseguiva un suo interesse economicamente apprezzabile (cfr. Cass. 4770/2007, in relazione alla concessione della garanzia da parte del fideiussore; nonché Cass. 26325/2006, in tema di atto compiuto nell'interesse del gruppo sociale; Cass. 1831/2001, in tema di concessione di ipoteca a garanzia di debito altrui).

Nel caso, invece, pur essendo pacifico che la soc. Statti, poi fallita, ricevuto il mutuo per cui è causa dall'ISVEIMER, attraverso le operazioni bancarie avanti menzionate, ha attribuito la relativa somma alla Banca popolare di Nicastro, creditrice dei propri soci per estinguerne i debiti verso l'istituto di credito, dalla sentenza impugnata non risulta che quest'ultimo abbia dimostrato o quanto meno allegato la sussistenza di un interesse apprezzabile di detta società in ordine all'atto dispositivo dalla stessa compiuto. Ed anzi la Corte territoriale ha accertato senza specifiche e motivate contestazioni al riguardo della banca creditrice, che la prova documentale acquisita (sentenze penali, perizie, relazioni della curatela in sede penale, ecc.) dimostrava che si era trattato di una vera e propria distrazione dei fondi societari (di cui peraltro erano a conoscenza la Banca ed i suoi

funzionari) senza corrispettivo e con pregiudizio del patrimonio immobiliare sociale, al solo fine di ripianare i rapporti personali dei soci Statti.

Per cui il Collegio deve confermare il carattere gratuito nel caso concreto dell'atto di disposizione e la sua assoggettabilità all'inefficacia di cui alla norma menzionata; ed enunciare, infine, il seguente principio di diritto: "In tema di revocatoria fallimentare di atti a titolo gratuito, ai sensi della L. Fall., art. 64, la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dallo scopo pratico del negozio, e cioè dalla sintesi 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; per cui la relativa classificazione non può più fondarsi sulla esistenza o meno di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, ma dipende necessariamente dall'apprezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del *solvens*, quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento collegato o non collegato ad un sia pur indiretto guadagno o ad un risparmio di spesa. Pertanto, nell'ipotesi di estinzione da parte del terzo, poi fallito, di un'obbligazione preesistente cui egli sia estraneo, l'atto solutorio può dirsi gratuito, agli effetti della L. Fall., art. 64, solo quando dall'operazione che esso conclude – sia essa a struttura semplice perché esaurita in un unico atto, sia a struttura complessa, in quanto si componga di un collegamento di atti e di negozi – il terzo non ne trae nessun concreto vantaggio patrimoniale ed egli abbia inteso così recare un vantaggio al debitore; mentre la ragione deve considerarsi onerosa tutte le volte che il terzo riceva un vantaggio per questa sua prestazione dal debitore, dal creditore o anche da altri, così da recuperare anche indirettamente la prestazione adempiuta ed elidere quel pregiudizio, cui l'ordinamento pone rimedio con l'inefficacia *ex lege*. (Omissis)

[CARBONE *Presidente* – SALVAGO *Estensore* – IANNELLI *P.M.* (concl. conf.). – Banca Monte dei Paschi

di Siena s.p.a. (avv.ti Scognamiglio e Nicotera) – Fallimento F.lli Statti s.r.l. (avv. Roperto)]

Nota di commento: «*Adempimento di debito altrui: la causa concreta quale criterio di individuazione della gratuità od onerosità dell'atto*»

I. Il caso

La sentenza in commento, resa a sez. un., risolve un contrasto sulla qualificazione del pagamento eseguito dal terzo ai sensi dell'art. 1180 cod. civ. quale atto a titolo gratuito o oneroso.

Il caso posto all'attenzione del S.C. riguarda, in particolare, il pagamento effettuato da una società, poi fallita, per estinguere un obbligo altrui degli stessi soci nei confronti di un istituto di credito.

Dapprima il Tribunale di Lamezia Terme e, poi, la Corte d'Appello di Catanzaro accoglievano per quanto ci interessa, la richiesta del fallimento della società dichiarando inefficace il pagamento della somma riscossa dall'istituto di credito al fine di estinguere i debiti dei soci della stessa società nei confronti della predetta banca, ritenendo che si vertesse nell'ambito di pagamento effettuato dal fallito per estinguere il debito di un terzo e, quindi, di atto da qualificarsi a titolo gratuito.

A seguito di censura da parte dell'istituto di credito, la Corte di Cassazione con ord. n. 11822 del 21.5.2009 rilevava l'esistenza di contrasto che sembrava sopito sulla qualificazione giuridica, quale atto a titolo gratuito ovvero oneroso, del pagamento eseguito dal terzo ai sensi dell'art. 1180 cod. civ., rimettendo quindi gli atti al primo Presidente per eventuale assegnazione della questione alle sez. un.

Le sez. un., nel censurare entrambe le contrapposte tesi, poiché ritenute astratte, apodittiche e prive di collegamento rispetto al complessivo regolamento contrattuale e all'effettivo rapporto economico che esse hanno voluto perseguire, affermano la necessità di valutare *la gratuità od onerosità di un negozio con esclusivo riguardo alla causa in concreto, e cioè dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare*.

Quindi nell'ipotesi di estinzione da parte del terzo, poi dichiarato fallito, di un'obbligazione preesistente cui era estraneo, l'atto solutorio può essere considerato gratuito agli effetti dell'art. 64 del r.d. 16.3.1942, n. 267 (*Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dall'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*, l. fall.) solo quando dall'operazione che esso conclude – qualunque ne sia la struttura – il terzo non ne trae nessun concreto vantaggio patrimoniale intendendo so-

lo ed esclusivamente arrecare un vantaggio al debitore a decurtazione ed in pregiudizio del proprio patrimonio.

II. Le questioni

1. LA NATURA DELL'AZIONE REVOCATORIA EX ART. 64 L. FALL. E L'APPLICAZIONE DELL'ADEMPIMENTO DEL TERZO NELLA SEDE FALLIMENTARE. Com'è noto si discute da tempo in dottrina e in giurisprudenza sul carattere di gratuità od onerosità del pagamento del debito altrui eseguito dal fallito, discussione che ha dato origine ad orientamenti contrastanti nella giurisprudenza di legittimità e di merito sull'applicabilità o meno dell'art. 64 l. fall., sul presupposto che la qualificazione gratuita od onerosa dell'atto debba essere valutata *ex latere solventis* o *ex latere accipientis*.

Infatti, da un lato vi è chi sostiene che l'adempimento del terzo configuri per chi paga un atto a titolo gratuito, in quanto privo di una controprestazione diretta da parte del creditore accipiente (CASS., 1°4.2005, n. 6918; CASS., 11.6.2004, n. 11093; CASS., 12.5.1992, n. 5616; CASS., 21.12.1983, n. 6929, tutte *infra*, sez. III), e chi, invece, ritiene che l'adempimento del debito altrui possa configurare atto gratuito solo nel rapporto tra lo stesso ed il debitore mentre nel rapporto tra il fallito, terzo adempiente, e il creditore l'adempimento è sempre atto estintivo di un'obbligazione derivante da causa onerosa (CASS., 7.12.2001, n. 15515; CASS., 12.12.1991, n. 9560; CASS., 13.9.1983, n. 5548, tutte *infra*, sez. III).

Da ultimo, una recente sentenza nell'assegnare al pagamento del terzo una sua causa autonoma, ha statuito che la stessa può risultare onerosa o gratuita a seconda che l'atto estintivo del debito dipenda o meno dalla controprestazione di uno dei due soggetti dell'obbligazione estinta (CASS., 12.3.2008, n. 6739, *infra*, sez. III).

La diversa qualificazione ha evidentemente riflessi nell'ambito della legge fallimentare, la quale attribuisce al curatore fallimentare le azioni, comunemente definite revocatorie fallimentari, contemplate dagli artt. 64, 65, 67, 68 e 69 l. fall. Tuttavia, a ben vedere di revocatoria si può parlare solo delle ultime tre azioni, in quanto gli artt. 64 s. l. fall. disciplinano ipotesi di inefficacia *ex lege*, in ragione della gratuità dell'atto.

Inoltre, la qualificazione giuridica da attribuire al pagamento compiuto da un imprenditore, poi fallito, del debito di un terzo assume una notevole importanza pratica in ragione delle non trascurabili conseguenze derivanti dall'applicazione del diverso regime normativo che si ritenga eventualmente invocabile.

Infatti, la diversa natura dell'atto, come onerosa o come gratuita, comporta non soltanto una modificazione del regime probatorio ma comporta anche una differenza radicale in ordine alla prescrizione dell'azione, che non opera nel caso dell'art. 64 l. fall., trattandosi di un'azione di accertamento negativo.

Sicché si passa, quindi, da un'azione di inefficacia (che ha natura dichiarativa) imprescrittibile ad un'azione revocatoria (che ha invece natura costitutiva) soggetta ora ad un doppio termine di decadenza (triennale dal fallimento e quinquennale dall'atto).

L'inefficacia ex art. 64 l. fall. opera automaticamente e oggettivamente, a prescindere dalla condizione soggettiva del disponente e, dunque, opera anche se egli non era imprenditore commerciale quando ha posto in essere l'atto gratuito ed anche se non era insolvente.

Con tale norma, si ritiene oramai pacifico che il legislatore abbia voluto tutelare gli interessi dei creditori del disponente in conseguenza del pregiudizio provocato dall'atto di disposizione.

Quanto alla differenza rispetto all'azione revocatoria disciplinata dall'art. 67 l. fall. emerge innanzi tutto dall'impossibilità della *mutatio* – nel corso del processo – della originaria domanda proposta ai sensi dell'art. 67 l. fall. in quella di cui all'art. 64 della stessa legge (TRIB. TORINO, 21.7.1993, *infra*, sez. III). E questo nonostante la dottrina parli di azione revocatoria fallimentare in un modo ampio e quindi comprensivo di entrambe le azioni (BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Cedam, 2007).

Si ritiene che la norma in commento sia il risultato di un bilanciamento di interessi, operato dal legislatore, tra chi *certat de damno vitando* e chi *certat de lucro captando*, con totale soccombenza degli interessi di questi ultimi, i quali non hanno ragione di essere tutelati proprio in virtù del fatto di aver beneficiato di un'attribuzione patrimoniale senza aver subito alcun corrispondente sacrificio.

Tali considerazioni, tuttavia, se sono difficilmente contestabili nel caso di pagamento di un debito proprio, devono invece essere ripensate alla luce della fattispecie dell'adempimento del terzo, disciplinata dall'art. 1180 cod. civ., posto che in tale situazione il terzo fallito effettuerebbe un pagamento in adempimento di un obbligo altrui, che solo *prima facie* apparirebbe effettuato per spirito di liberalità ma che potrebbe non esserlo.

Ed è proprio sul terreno di applicazione dell'art. 1180 cod. civ. nella materia fallimentare che negli ultimi trent'anni si sono contrapposti orientamenti, che hanno alternativamente privilegiato ora il rapporto *solvens*-creditore ora quello intercorrente tra l'*accipiens* e il debitore, trascurando, almeno fino al-

l'intervento delle sez. un., di considerare tutti i rapporti facenti parte della complessiva operazione economica concretamente posta in essere dalle parti, prescindendo – e andando oltre – lo schema contrattuale astratto utilizzato dai contraenti, arrivando addirittura ad evidenziare come la stessa legge fallimentare non citi il termine adempimento ma quello di pagamento, il quale che verrebbe in rilievo indipendentemente dall'obbligazione in adempimento della quale è stato effettuato (TRIB. VENEZIA, 17.7.1997, *infra*, sez. III).

Il pagamento così inteso, quindi, avrebbe natura non negoziale a differenza dell'adempimento e, dunque, prescinderebbe da una consapevolezza da parte del debitore di adempiere un debito del terzo, nonché da un'eventuale rivalsa che il *solvens* possa esercitare contro il debitore.

Tuttavia tale interpretazione non è rinvenibile nel contesto normativo in questione e non si comprendono i motivi per cui l'art. 1180 cod. civ. debba mutare natura in sede fallimentare, per il solo fatto che la disciplina delle revocatorie fallimentari tuteli in misura preponderante i creditori del *solvens*.

Anzi, è proprio su tale terreno che occorre indagare quali siano stati gli interessi meritevoli di tutela perseguiti dal soggetto in questione al fine di scovare il reale titolo del pagamento, facendo ricorso, dopo l'effettivo sdoganamento da parte delle sez. un. con la sentenza in commento, alla nuova evoluzione del concetto di causa, valutata non più in astratto ma in concreto, definita quale sintesi degli interessi che il contratto è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello astratto utilizzato.

2. L'ADEMPIMENTO DEL TERZO E LA NATURA NEGOZIALE DELL'ATTO. L'adempimento è per definizione un atto del debitore con il quale questi dà attuazione alla pretesa del creditore. In senso tecnico, l'adempimento consiste nel comportamento dovuto da chi vi è tenuto, mentre tutte le altre diverse fattispecie che abbiano l'effetto di soddisfare l'interesse del creditore non rientrano nella figura di cui si parla.

Ai sensi dell'art. 1180 cod. civ. l'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione; ad eccezione di tale ipotesi, e del caso in cui venga manifestata opposizione da parte del debitore, il creditore non può quindi rifiutare l'adempimento del terzo, che estingue l'obbligazione nei rapporti creditore-debitore originario.

L'adempimento del terzo appartiene alla categoria dei negozi a causa astratta o, comunque, neutra nel senso che sono indifferenti al carattere oneroso o gratuito, in quanto per giungere a qualificarli nel-

l'uno o nell'altro verso bisogna non arrestarsi alla loro causa prima, determinata dalla funzione solutoria, ma andare al di là di questa, ed indagare, caso per caso, quale ragione giustifica l'adempimento.

La dottrina è concorde nel ritenere che l'adempimento del terzo abbia la stessa valenza satisfattiva dell'interesse creditizio che viene riconosciuto all'adempimento del debitore.

Tuttavia, l'adempimento del terzo non sempre porta alle medesime conseguenze dell'adempimento del debitore, poiché il terzo che ha eseguito una prestazione alla quale non era obbligato, può agire nei confronti del debitore per la restituzione (art. 1201 cod. civ.) o con l'azione di arricchimento (art. 2041 cod. civ.), a seconda che versi in un caso di surrogazione convenzionale, ovvero che non abbia adempiuto per spirito di liberalità (DI MAJO, *infra*, sez. IV).

Vi è tuttavia un'altra differenza poiché l'adempimento del debitore costituisce l'attuazione di un obbligo preesistente tra le parti; l'attività del debitore è di tipo meramente esecutivo. Non occorre dunque che la prestazione sia compiuta con l'intenzione di realizzare l'interesse creditorio. Poiché l'adempimento del debitore è un atto dovuto, non si pone alcuna questione di *animus solvendi*.

Trattandosi di un atto dovuto, è escluso, quindi, qualunque rilievo della volontà del debitore nel meccanismo di attuazione del rapporto obbligatorio.

Quanto all'adempimento del terzo, invece, dopo non poche incertezze tra gli interpreti, si è giunti alla conclusione che tale atto abbia natura negoziale unilaterale, caratterizzato dal fatto che il terzo deve avere la consapevolezza e la volontà di pagare un debito che non è proprio.

Quest'ultima circostanza consente di distinguere l'ipotesi prevista dall'art. 1180 cod. civ. dalla fattispecie, apparentemente simile, dell'art. 2036 cod. civ., che disciplina invece il pagamento dell'indebito soggettivo *ex latere solventis*, nel quale il soggetto che compie la prestazione è un terzo che agisce credendo di essere il vero creditore (MOSCATI, 380, *infra*, sez. IV).

Da tale sintetica analisi dell'istituto in questione, risulta di palmare evidenza come sia privo di pregio quell'orientamento che pretende, in caso di fallimento del *solvens*, di qualificare l'adempimento del terzo non più quale negozio solutorio a titolo oneroso, ma quale atto di disposizione del fallito del suo patrimonio avente natura gratuita, per il solo ed unico fatto che il *solvens* non abbia ricevuto dal creditore alcuna controprestazione.

Invero, dato il carattere negoziale dell'atto e la sua caratteristica di essere a causa astratta o neutra, la natura dell'atto in sé deve essere ricercata indagando l'operazione economica nel suo complesso,

cosicché il carattere oneroso o gratuito dell'attribuzione patrimoniale dovrà essere determinato in riferimento alla sua causa concreta.

3. LA CAUSA CONCRETA DEL CONTRATTO: GLI SVILUPPI DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA. Le sez. un. hanno risolto il contrasto giurisprudenziale facendo ricorso al concetto di causa in concreto, evidenziando come sia necessario anche per i negozi cc.dd. «astratti» o «a causa generale o astratta», quali la prestazione di garanzia (reale o personale) per un debito altrui, la cessione del credito, la rinuncia di un diritto e lo stesso adempimento del terzo, individuare la causa attinente strettamente al negozio posto in essere dai contraenti.

Occorre, dunque, valutare la meritevolezza di un'operazione e verificare la giustificazione causale nell'ambito dell'intera operazione economica posta in essere tra le parti.

Difatti i giudici di legittimità già con la sentenza n. 10490/2006 hanno evidenziato che da parte di un'attenta dottrina e di una sporadica e minoritaria giurisprudenza, si discorra da tempo di una fattispecie causale «concreta», quale sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato.

Con la sentenza del 2006 la Corte di Cassazione ha voluto contrapporsi alla ricostruzione tradizionale di Emilio Betti della causa come funzione economico-sociale del contratto, per abbracciare una nuova concezione della causa a cui a ben vedere si è fatto ricorso allorché la Corte di Cassazione ha dovuto statuire sulla liceità o meno della causa.

Infatti se è vero che la Corte di Cassazione abbia sino ad epoca recente richiamato tralattivamente la definizione classica della causa, è anche vero che nelle decisioni concrete abbia poi invece applicato il concetto della causa in concreto al fine di accertare l'effettiva presenza della causa in contratti formalmente riconducibili a figure tipiche ma sostanzialmente inidonei a realizzare gli interessi programmati dai contraenti stessi.

Infatti la semplice adesione alla teoria tradizionale della causa come funzione economico-sociale finirebbe per dichiarare la sussistenza e liceità della causa a prescindere da ogni ulteriore indagine sulla sussistenza del requisito causale all'interno della concreta operazione.

Invero, facendo applicazione della causa concreta, anche un contratto tipico come il contratto di prestazione d'opera intellettuale, il contratto di vendita o di costituzione dell'usufrutto può essere dichiarato nullo per mancanza di causa (SACCO, 788, *infra*, sez. IV).

Peraltro vi è da dire che la stessa *Relazione al Re* introduce il concetto di causa concreta, tanto da far

ritenere «che la definizione della causa in termini di funzione economico-sociale non ha le conseguenze rigide che i codificatori vollero ufficialmente proclamare» (BRECCIA, 66, *infra*, sez. IV).

Cosicché è stato osservato che la causa non s'identifica nel tipo cui il contratto appartiene, come vorrebbe la teoria della causa in astratto.

Dottrina autorevole ha evidenziato come oggi debba ritenersi più coerente alle esigenze di un'evolutive teoria e disciplina del contratto concepire la causa come causa concreta (ROPPO, 364, *infra*, sez. IV) intesa come ragione che concretamente giustifica il particolare contratto in esame al fine di far emergere il particolare contesto di circostanze, finalità e interessi che le parti hanno programmato.

Al fine dunque di dare la giusta rilevanza agli interessi reali che di volta in volta il contratto è diretto a realizzare è indispensabile riferirsi alla ragione pratica del contratto, avvalendosi di tutti gli elementi che consentono di ricostruire integralmente lo specifico assetto di interessi che le parti mirano ad instaurare nella singola operazione negoziale (BIGLIAZZI GERI-BUSNELLI-BRECCIA-NATOLI, 701 ss., *infra*, sez. IV).

Tuttavia, è bene evidenziarlo, non si tratta di una nuova concezione della causa in contrapposizione alla nozione tradizionale di causa in astratto – come peraltro affermato dalle sez. un. richiamando un precedente – ma di una contrapposizione solamente terminologica essendo unico il concetto di causa, laddove la causa concreta altro non è se non l'attuazione della causa astratta nella singola operazione contrattuale.

Ciò premesso, volendo guardare nell'ottica della causa in concreto l'adempimento del terzo di un debito altrui, anche nella specifica sede del diritto fallimentare, non si può prescindere dal considerare la pratica ragion d'essere dell'operazione voluta dalle parti, ricostruendo la causa del negozio in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato (CASS., 8.5.2006, n. 10490, *infra*, sez. III).

4. LA RISOLUZIONE DELLA QUESTIONE. Con la sentenza in commento le sez. un. affrontano e risolvono la questione se il pagamento del debito altrui sia inefficace ai sensi dell'art. 64 l. fall. in quanto atto gratuito del terzo nei confronti dell'*accipiens* o, al contrario, estinguendo un'obbligazione, assuma carattere oneroso con la conseguente esclusione dell'inefficacia del pagamento medesimo.

L'orientamento prevalente della Corte di Cassazione, e della stessa giurisprudenza di merito, dando rilevanza al fatto che l'attribuzione patrimoniale del

solvens fallito avviene in assenza di corrispettivo, con valutazione da compiersi esclusivamente *ex latere solventis*, propende per la gratuità del pagamento del debito altrui da parte del fallito.

Inoltre, è stato osservato che secondo l'inquadramento civilistico dell'adempimento del terzo, l'art. 1180 cod. civ. non può operare nella materia fallimentare, in cui l'art. 64 l. fall. offre una protezione eccezionale ai creditori del fallito, consentendo di valutare la gratuità *ex parte debitoris*, a prescindere dall'onerosità della prestazione del terzo, nonché dal negozio in cui la stessa è inserita, dovendo essere valutato solo l'effetto patrimoniale dell'atto nei confronti del fallito.

Peraltro, nel sistema dell'azione revocatoria fallimentare, il legislatore attribuisce rilevanza esclusiva alla depauperazione del patrimonio del fallito, che si traduce nella menomazione della *par condicio creditorum*, ed infatti negli artt. 65 e 67 l. fall. a nulla rileva la liberalità o doverosità del pagamento, essendo la graduazione della tutela dei creditori soddisfatti correlata unicamente all'anormalità dell'atto estintivo, che giustifica un diverso regime della prova della *scientia decotiois*, né rileva la doverosità del pagamento del debito scaduto, non assoggettato a revocatoria ordinaria ed invece revocabile ai sensi dell'art. 67, comma 2°, l. fall.

Da tali assunti si è, quindi, affermato che il legislatore fallimentare prende in considerazione, come causa giustificativa dell'inefficacia del pagamento, la sola posizione del *solvens*, mirando l'istituto alla tutela del patrimonio di questi, nella prospettiva dei creditori concorrenti nel successivo fallimento. È chiaro allora che l'angolo di visuale non può che essere se non quello del debitore, posto che il patrimonio depauperato è quello del fallito (TRIB. VERONA, 29.5.1990, *infra*, sez. III).

Tale tesi trova peraltro riscontro anche dal fatto che, se il pagamento anticipato *ex art.* 65 l. fall. è ritenuto dal legislatore talmente anormale da subire la drastica sanzione dell'inefficacia, a maggior ragione anormale è da qualificare il pagamento di un debito di altri, tanto più ove si consideri che l'atto di disposizione del patrimonio del fallito non prevede alcun corrispettivo (CASS., 12.5.1992, n. 5616, *infra*, sez. III).

Difatti, al fine di valutare quale sia l'interesse che giustifica la revocatoria dell'attribuzione patrimoniale dal debitore al creditore, l'orientamento in questione si è mosso dall'adempimento del debito proprio evidenziando che il legislatore fallimentare, a proposito delle obbligazioni pecuniarie, non parla di adempimento ma di pagamento di debiti pecuniari non scaduti (art. 65 l. fall.) e pagamento di debiti scaduti (art. 67 l. fall.).

Pertanto, i debiti altrui contratti da un soggetto

poi fallito, siano essi riconducibili ad un negozio oneroso o gratuito, devono essere guardati *ex parte debitoris*, con l'ovvia conseguenza della gratuità del negozio solutorio che regge l'attribuzione in favore del creditore.

L'opposto orientamento giurisprudenziale e dottrinario, latamente minoritario, poiché meno diffuso tra le corti di merito ma non tra quelle di legittimità, ritiene che le argomentazioni addotte dall'orientamento maggioritario non possano fondare, nel sistema fallimentare, una diversa qualificazione dell'adempimento del terzo, nei rapporti *solvens-creditore*, rispetto a quanto avviene nel sistema ordinario civilistico.

In presenza di un negozio solutorio di per sé neutro, qual è l'adempimento del terzo, non è sufficiente, allo scopo, esaminare la sola posizione del fallito, presentandosi il pagamento se valutato astrattamente, come atto gratuito sia nei confronti dell'*accipiens* che nei confronti del debitore originario (TRIB. MANTOVA, 8.7.2005, *infra*, sez. III).

L'indagine deve, invece, necessariamente essere estesa ai diversi rapporti esistenti tra i vari soggetti del rapporto trilaterale e, posto che l'adempimento deriva sempre da una causa onerosa nel rapporto *accipiens-debitore* originario, solo quest'ultimo, a fronte dell'apparente assenza di una causa giustificativa onerosa nei suoi rapporti con il *solvens*, potrà essere identificato come il soggetto passivo dell'azione di inefficacia, ossia, tenuto conto della *ratio* della norma, come il soggetto che ha beneficiato di un atto dispositivo da parte del fallito senza alcun corrispondente sacrificio patrimoniale; in tal senso la valutazione sulla gratuità o meno dell'atto dovrà quindi essere compiuta, oltre che *ex latere solventis*, anche *ex latere accipientis*.

Sulla scia di tale ragionamento si è così affermato che ben potrà la curatela agire nei confronti del debitore originario, qualora il pagamento sia stato eseguito dal fallito per spirito di liberalità o comunque in assenza di un rapporto di provvista, essendo onere di quest'ultimo eventualmente dedurre e dimostrare l'esistenza di una causa onerosa; o ancora, qualora la curatela possa già disporre di elementi che depongano per questa seconda ipotesi, agire nei confronti del beneficiario sia utilizzando gli strumenti previsti in materia di revocatoria fallimentare, che le altre azioni ordinarie a tutela dei creditori, quale la revocatoria ordinaria.

Anche l'interpretazione che potrebbe dirsi intermedia, in base alla quale si consentirebbe al creditore convenuto in giudizio per la dichiarazione di inefficacia *ex art. 64 l. fall.* di fornire prova dell'esistenza di un rapporto a titolo oneroso fra *solvens* e debitore originario, idoneo ad escludere la gratuità dell'attribuzione (e quindi assegnando rilevanza al solo

rapporto *solvens-debitore*), risulterebbe – secondo l'orientamento minoritario – non aderente ai principi dell'ordinamento giuridico, risultando addirittura contraddittoria nella sua struttura alla tesi contestata e in contrasto con il principio di disponibilità e vicinanza della prova, richiedendo all'*accipiens* una dimostrazione che questi, in ipotesi del tutto estraneo ai rapporti fra *solvens* e debitore originario, può legittimamente non essere in grado di fornire.

Inoltre, gli effetti dell'insolvenza del *solvens* verrebbero posti integralmente a carico del creditore, che in realtà non ha ricevuto alcuna attribuzione patrimoniale, poiché una volta intervenuto il fallimento del terzo il pagamento al creditore, se si aderisse alla tesi *ex parte debitoris*, verrebbe dichiarato inefficace come atto a titolo gratuito, con conseguente obbligo dello stesso di restituire quanto ricevuto.

Oltre a ciò, la dichiarazione di inefficacia dell'atto comporterebbe un effetto aberrante, poiché, trattandosi di inefficacia relativa, non vi sarebbe alcuna reviviscenza dell'obbligazione originaria, con la conseguenza che il debitore potrà continuare ad opporre l'estinzione della stessa al creditore, sulla base del pagamento eseguito dal fallito; né il creditore potrà insinuarsi al passivo fallimentare, non vantando alcun credito proprio nei confronti del fallito.

Peraltro, il creditore non potrebbe neanche agire nei confronti del debitore originario con l'azione di cui all'art. 2041 cod. civ., stante l'assenza dei presupposti di applicazione della norma e in particolare del requisito della mancanza di giusta causa dell'arricchimento, trovando l'attribuzione patrimoniale in favore del debitore originario la propria causa giustificatrice nel suo rapporto con il fallito (CASS., 24.5.2002, n. 7627, *infra*, sez. III).

I giudici di legittimità favorevoli a questo secondo orientamento, che si pone *ex parte accipientis* al fine di qualificare la natura (onerosa) del pagamento del *solvens*, affermano, contrariamente a quanto sostenuto dalla tesi opposta, che, l'oggetto delle azioni previste dagli artt. 64 ss. l. fall., non può essere definito, se non approssimativamente, come l'atto di disposizione del debitore, ma deve essere definito spostando l'attenzione sul versante opposto della fattispecie traslativa, valutando le caratteristiche funzionali dell'operazione impugnata dal punto di vista di colui che ha ricevuto la prestazione e, quindi, *ex latere accipientis*.

A conforto di questa tesi, la Corte di legittimità indica tre ipotesi di azione revocatoria: quella dell'ipoteca giudiziale iscritta nell'anno (art. 67, comma 1°, n. 4, l. fall.) poiché in essa manca un atto di disposizione patrimoniale da parte del debitore; quella dei cosiddetti pagamenti coattivi (revocabili *ex art. 67, comma 2°, l. fall.*) laddove si è ritenuto che la mancanza di un atto di disposizione del debitore

non sia di ostacolo per la soluzione del problema della revocabilità, essendo rilevante l'attività volontaria del creditore che consegue il pagamento ed il suo stato soggettivo (Cass., 7.12.2001, n. 12515, *infra*, sez. III); quella della garanzia prestata per debito altrui, che si presume onerosa quando è contestuale al credito garantito (*ex art.* 2901, comma 2°, cod. civ.) perché in questo caso non assumono rilievo le ragioni per le quali il garante vincola il proprio patrimonio a garanzia dell'altrui obbligazioni rilevando invece la posizione del garantito, destinato a subire gli effetti dell'impugnazione dell'atto.

Invero, le sez. un., nel sanare il contrasto giurisprudenziale, pongono fine anche all'incertezza circa la natura giuridica dell'art. 64 l. fall., riconoscendo che la norma in questione si rivolga – *come indica inequivocabilmente il suo stesso tenore letterale* – agli atti a titolo gratuito provenienti dal soggetto che disponga del proprio patrimonio e successivamente venga dichiarato fallito. Soltanto con *inammissibile salto logico* è possibile trarre dalla normativa fallimentare, e in particolar modo dalla III sez. della stessa, che per l'art. 64 l. fall. rilevino il punto di vista dell'*accipiens*.

A dimostrazione di tale assunto le sez. un. richiamano gli artt. 69 e 123 l. fall. laddove in essi, rispettivamente, viene affermata la revocabilità dell'atto se il coniuge non prova che ignorava lo stato d'insolvenza del coniuge fallito, e l'inefficacia nei confronti dei creditori degli atti a titolo gratuito, posteriori alla chiusura e anteriori alla riapertura del fallimento, compiuti dal fallito.

Così come ritiene inconferenti i richiami all'art. 67, comma 2°, l. fall. e all'art. 2901, comma 2°, cod. civ. poiché dettate dal legislatore solo al fine di individuare la natura onerosa o meno di una prestazione di garanzia, ricollegandola alla contestualità del credito garantito.

Chiarita la natura giuridica dell'art. 64 l. fall. e la necessità di guardare il punto di vista del *solvens* al fine di individuare la natura gratuita dell'atto, le sez. un., spazzando con un sol colpo la tesi minoritaria precisano che comunque la distinzione con la categoria degli atti a titolo oneroso deve essere effettuata non in base alla causa del negozio astrattamente intesa, ma nell'ottica di ricercare la causa concreta, quale sintesi degli interessi che il contratto è concretamente diretto a realizzare.

Risulta così decisamente limitato il primo orientamento laddove riconduce la natura onerosa o gratuita dell'atto sempre e soltanto nell'ottica del rapporto bilaterale tra terzo-creditore, qualificando inevitabilmente ed evidentemente gratuito l'atto di disposizione tutte le volte che non sia stato costituito alcun corrispettivo con l'*accipiens*.

È necessario, dunque, effettuare un ulteriore pas-

so in avanti e porsi sulla scia dell'evoluzione interpretativa che ha interessato la nozione di causa del negozio.

Ed infatti, l'adempimento del terzo, rivestendo la natura di figura composita, da un lato negoziale e dall'altro esecutiva nel momento in cui, attuando un precedente rapporto, si perfeziona con la diretta esecuzione della prestazione in favore del creditore, estinguendone la pretesa proprio in forza della specifica disposizione dell'art. 1180 cod. civ., resti, comunque, in base alla sentenza *de quo*, soggetto alla regola per cui il carattere oneroso o gratuito dell'attribuzione patrimoniale, che esso comporta deve essere stabilito in riferimento alla sua causa in concreto.

Se ciò è vero, è vero anche che, ai fini della qualificazione dell'adempimento del terzo, sarebbe irrilevante l'indagine sul solo rapporto bilaterale debitore-creditore, in quanto privo dell'interferenza del terzo nel suddetto rapporto.

Occorre invece indagare quali interessi le parti abbiamo voluto perseguire attraverso l'intervento nel rapporto originario di un terzo soggetto, attuato mediante lo schema-base individuato dal legislatore nell'art. 1180 cod. civ.

Cosicché variando la causa concreta che ha indotto il terzo ad adempiere in luogo del debitore, mutano gli effetti o i rimedi giuridici, potendosi configurare e realizzare, allo stesso tempo, uno scopo gratuito o oneroso.

La decisione in commento è esplicita sul punto laddove afferma che l'atto verrà qualificato a titolo gratuito se il terzo non ne tragga nessun concreto vantaggio patrimoniale; oppure potrà qualificarsi a titolo oneroso se questi con lo stesso atto riceva un vantaggio per questa sua prestazione dal debitore, dal creditore-*accipiens* o anche da altri soggetti così da recuperare anche indirettamente la prestazione adempiuta ed elidere quel pregiudizio, cui l'ordinamento pone rimedio con l'inefficacia *ex lege*.

III. I precedenti

1. LA NATURA DELL'AZIONE REVOCATORIA EX ART. 64 L. FALL. E L'APPLICAZIONE DELL'ADEMPI- MENTO DEL TERZO NELLA SEDE FALLIMENTARE. Sull'imprescrittibilità dell'azione *ex art.* 64 l. fall., vedasi Cass., 16.1.1970, n. 93, in *Dir. fall.*, 1970, II, 766. Quanto all'impossibilità di *mutatio libelli*, v. TRIB. TORINO, 21.7.1993, in *Fallimento*, 1993, 1288. Sulla qualificazione dell'azione *ex art.* 64 l. fall. e la natura del pagamento del terzo in sede fallimentare v. TRIB. VICENZA, 17.7.1997, *ivi*, 1998, 607, con nota di TRENINI. Per la natura costitutiva della sentenza di revoca degli atti a titolo oneroso v. Cass., sez. un., 15.6.2000, n. 437, in *Foro it.*, 2000, I, 2724; in *Corr. giur.*, 2000, 1489, con

nota di TARZIA; in *Dir. fall.*, 1996, II, 811, con nota di RAGUSA MAGGIORE. Per la rilevanza dell'aspetto oggettivo della condotta del *solvens*, si veda Cass., 11.6.2004, n. 11093, in *Foro it.*, 2004, I, 2361; Cass., 12.5.1992, n. 5616, in *Fallimento*, 1992, 923.

2. L'ADEMPIMENTO DEL TERZO E LA NATURA NEGOZIALE DELL'ATTO. In tema di adempimento del terzo v. TRIB. NAPOLI, 31.10.1966, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, 181 ss., con nota di MOSCATI; Cass., 8.11.2007, n. 23292, in *Giust. civ.*, 2008, I, 103. Per la natura del pagamento del terzo in ambito fallimentare, v. TRIB. VICENZA, 17.7.1997, cit.

3. LA CAUSA CONCRETA DEL CONTRATTO: GLI SVILUPPI DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA. Per la nozione di causa in concreto v. Cass., 3.9.2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718, con nota di ROLFI. Per la definizione della causa come funzione economico sociale v. Cass., 7.4.1971, n. 1025, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1796, e in *Foro it.*, 1971, I, 2574; Cass., 4.4.2003, n. 5324, in *Mass. Giur. it.*, 2003; Cass., 20.8.2003, n. 12216, *ibidem*.

4. LA RISOLUZIONE DELLA QUESTIONE. Per l'inefficacia ex art. 64 l. fall. del pagamento di debito altrui v. Cass., 11.6.2004, n. 11093, in *Foro it.*, 2004, I, 2361; Cass., 12.5.1992, n. 5616, in *Fallimento*, 1992, 922; Cass., 21.11.1983, n. 6929, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 106, ed in *Dir. fall.*, 1983, II, 65. Quanto alle corti di merito, v. TRIB. MANTOVA, 3.9.2004, in *Gius.*, 2004, 4211; TRIB. NAPOLI, 18.10.2000, in *Fallimento*, 2001, 109, con nota di SILVESTRI; TRIB. VICENZA, 17.7.1997, cit. Per la natura onerosa del pagamento del debito altrui, v. Cass., 7.12.2001, n. 15515, in *Fallimento*, 2002, con nota di LAMBICCHI, e in *Foro it.*, 2002, I, 2454, con nota di COSTANTINO; Cass., 12.9.1991, n. 9560, in *Fallimento*, 1992, 40; Quanto alla giurisprudenza di merito, v. TRIB. MILANO, 19.1.2004, *ivi*, 2004, 578; App. CATANIA, 7.3.1986, *ivi*, 1987, 396. Con riferimento alla revocatoria dei pagamenti coattivi, v. Cass., 7.12.2001, n. 12515, *ivi*, 2002, 1060.

IV. La dottrina

1. LA NATURA DELL'AZIONE REVOCATORIA EX ART. 64 L. FALL. E L'APPLICAZIONE DELL'ADEMPIMENTO DEL TERZO NELLA SEDE FALLIMENTARE. Sui presupposti dell'azione ex art. 64 l. fall., v. QUATTARO-FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare e gli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Giuffrè, 2002, I, 205; TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Commentario della legge fallimentare*, a cura di BRICOLA e GALGANO, Zanichelli, 1993, 144 ss. Per una

panoramica sul tema della revoca delle garanzie anormali, v. BONFATTI, *Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di JORIO e FABIANI, Zanichelli, 2008, 918 ss.; TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, 2006, 296 ss.; GUGLIELMUCCI, *Revoca e inefficacia delle garanzie per debiti altrui*, in *Fallimento*, 1983, 2.

2. L'ADEMPIMENTO DEL TERZO E LA NATURA NEGOZIALE DELL'ATTO. Per le azioni in favore del terzo contro il debitore, v. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni. Corso di diritto civile*, Utet, 2009, 177 ss.; DI MAJO, *Adempimento in generale*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 85 ss.; NICOLÒ, voce «Adempimento», in *Enc. del dir.*, I, Giuffrè, 1958, 566. Per le differenze rispetto al pagamento dell'indebito *ex latere solventis*, v. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1981, sub artt. 2033-2040, 380. Per l'azione di ingiustificato arricchimento v. BARBIERA, *Arricchimento mediato e sussidiarietà dell'azione*, in *Contratti*, 2004, 113 ss. Per l'istituto della surroga, v. MERLO, *La surrogazione per pagamento*, Cedam, 1933, 65; BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Giuffrè, 1993, 356 ss.

3. LA CAUSA CONCRETA DEL CONTRATTO: GLI SVILUPPI DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA. Sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito v. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa nel contratto*, in questa *Rivista*, 1995, II, 1; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, 1987, 419 ss.; BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, a cura di ALPA, BRECCIA e LISERRE, nel *Trattato Bessone*, XIII, Utet, 1999, 1 ss.; CARUSI, *La disciplina della causa*, nel *Trattato Rescigno-Gabrielli*, I, *I contratti in generale*, Utet, 1999, 531 ss.; SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Utet, 1993, 635 ss.; ID., *Il contratto*, nel *Trattato Vassalli*, Utet, 1975, 574 ss. Per la causa in concreto, v. BIGLIAZZI GERI-BUSNELLI-BRECCIA-NATOLI, *Diritto civile*, I, *Fatti e atti giuridici*, Utet, 701 ss.; ROPPO, *Il contratto*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2001, 364; BRECCIA; FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966; MARICONDA-ROLFI, *La causa del contratto*, in *Casi e questioni di diritto privato*, a cura di BESSONE, XXI, *Il contratto in generale*, a cura di ALESSI e GRISI, Giuffrè, 2002, 1021 ss.

4. LA RISOLUZIONE DELLA QUESTIONE. Per l'inefficacia ex art. 64 l. fall. del pagamento di debito altrui v. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Cedam, 2006, 353, 715 ss.; LAMBICCHI, *Inapplicabilità della presunzione di onerosità di cui all'art. 2901 codice civile, nel giudizio ex art. 64 legge falli-*

mentare, in *Fallimento*, 2004, 752; COSTANTINO, *Osservazioni in tema di adempimento di debito altrui e fallimento del «solvens»*, in *Foro it.*, 2002, I, 2455; FABIANI, *La revocatoria fallimentare del pagamento nel rapporto trilaterale*, in *Fallimento*, 1999, 1220; MAFFEI ALBERTI, voce «Fallimento VI) Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori», in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Ed. Enc. it., 1989, 6; RAGUSA MAGGIORE, *Adempimento di debito altrui da parte del fallito e gratuità dell'attribuzione*, in *Dir. fall.*, 1983, II, 1054; SANDULLI, *Pagamento di debito altrui e revocatoria*

fallimentare, ibidem, II, 983; Per la natura onerosa del pagamento del debito altrui, v. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Giuffrè, 2000, 430 ss.; PANZANI, *Gli atti a titolo gratuito e gli atti a titolo oneroso: contrasti interpretativi ai fini dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 1991, 935; TRENTINI, *Atti a titolo gratuito e pagamento del debito altrui, ivi*, 1998, 615.

MASSIMO GIULIANO

► CASS. CIV., III sez., 26.1.2010, n. 1520
Conferma App. Cagliari, 14.7.2004

FIDEIUSSIONE - FIDEIUSSIONE OMNIBUS - GARANZIE PERSONALI ATIPICHE - LETTERE DI PATRONAGE - PREVISIONE IMPORTO MASSIMO GARANTITO - NECESSITÀ - PRINCIPIO GENERALE DI GARANZIA ED ORDINE PUBBLICO ECONOMICO - SUSSISTENZA (cod. civ., art. 1938)

In tema di fideiussione, l'art. 1938 cod. civ., come modificato dalla l. 17.2.1992, n. 154, nel prevedere la necessità della determinazione dell'importo massimo garantito per le obbligazioni future, pone un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico, valevole anche per le garanzie personali atipiche.

dal testo:

Il fatto. 1. La presente lite deriva da due distinti atti di citazione, proposti dalla Unione Sarda SPA nei confronti della società Zellstoff Pölls AG con sede in Austria, in relazione alla prestazione di una garanzia, derivante da un contratto concluso il 17 aprile 1996 dal direttore e legale rappresentante della Unione Sarda SPA, che aveva garantito la società austriaca, fornitrice di cellulosa, in relazione a fatture scadute e non pagate dalla società Arbatax.

La società fornitrice con due diffide comunicate alla debitrice Arbatax ed alla Unione Sarda SPA quale garante, aveva chiesto il pagamento dei relativi importi, e la Unione Sarda SPA provvedeva a citare con due distinti atti la società austriaca chiedendo l'accertamento della nullità del contratto di fideiussione *omnibus* alla luce del testo novellato dell'art. 1938 c.c., e deduceva che in ogni caso le parti ne avevano concordato la risoluzione nel corso del dicembre 1996 (come da documentazione allegata). L'Unione Sarda SPA non estendeva il contraddittorio al debitore Arbatax.

La Zellstoff Pölls AG si costituiva, dapprima contestando la giurisdizione italiana, quindi accettava il contraddittorio e la competenza del tribunale adito e chiedeva il rigetto delle domande sul rilievo che il rapporto di garanzia era qualificabile come patronage, ed in via riconvenzionale chiedeva la condanna della Unione Sarda SPA al pagamento delle somme richieste in moneta nazionale o in equivalente in lire, oltre ulteriori danni.

2. Il Tribunale di Cagliari, con sentenza del 23 ottobre 2001 così decideva:

- dichiara la mancata instaurazione del rapporto processuale nei confronti della soc. Arbatax 2000;
- dichiara la nullità del contratto di fideiussione, di cui alla lettera del 17 aprile 1996;
- rigetta la domanda riconvenzionale;
- compensa le spese di lite.

3. Contro la decisione ha proposto appello la