



---

ORDINE · DEI · DOTTORI · COMMERCIALISTI  
DI PARMA

**INCONTRI SU IL DIRITTO FALLIMENTARE:  
LE REVOCATORIE**

**PARMA**

**23 Settembre – 7 Ottobre 2003**

*La revocatoria fallimentare delle garanzie*

Avv. Alberto Scotti

*Avvocato in Parma*



**FONDAZIONE DOTTORI COMMERCIALISTI  
P A R M A**

Il tema della revocatoria fallimentare delle garanzie anche se non risulta oggetto di approfonditi studi di carattere monografico presenta, sia dal punto di vista teorico sia sotto il profilo applicativo, notevole interesse atteso che l'analisi delle vicende delle garanzie nel fallimento costituisce un passaggio obbligato per chi vuole verificarne il ruolo nella pratica degli affari nonché per sondare la correttezza delle soluzioni ipotizzabili nel momento in cui si appaleserà più evidente il conflitto tra creditore con diritto di prelazione e creditori chirografari.

X X X X X

In materia di garanzie il cardine attorno al quale ruota l'art. 67 l.f. è costituito dal rapporto di contestualità e non contestuabilità tra negozio di garanzia e sorgere del credito garantito. La scelta effettuata dal legislatore del '42 appare in sintonia con la dinamica dei rapporti economici in concreto, posto che il rilascio di garanzia da parte di chi nel contempo, riceve credito è asintomatico sotto il profilo dell'elemento soggettivo, risolvendosi in un tipico strumento di autotutela preventiva del creditore. Viceversa la costituzione di garanzia, richiesta dal creditore successivamente alla concessione del finanziamento fa presupporre una sopravvenuta sfiducia nella capacità del debitore di restituire, alla scadenza, quanto dovuto.

A questo riguardo, ai fini della individuazione se ci si confronta con debito "scaduto" o "non scaduto" in relazione all'applicabilità del n. 4 o del n. 3 dell'art. 67 l.f., se la garanzia viene rilasciata in un momento in cui il debitore figuri già inadempiente per essere spirato il termine a cui era sottoposto l'obbligazione, si tratta di garanzia per debito scaduto.

Ove, al contrario, il creditore ottiene la garanzia in cambio di una proroga del termine e quindi prima che sia contestato l'inadempimento del debitore, non può affermarsi che la presentazione di garanzia si riferisca ad un debito propriamente scaduto. Vale la pena di aggiungere che, ferma restando in entrambi i casi l'inversione dell'onere della prova, appare conveniente per il creditore banca procedere al recesso (revoca) dell'apertura di credito per rendere il debito scaduto.

E' appena il caso di precisare che la revoca della garanzia non importa revoca dell'atto da cui scaturisce il credito garantito con la conseguenza che il medesimo può senz'altro essere collocato allo stato passivo pur senza la prelazione che l'accoglimento della domanda revocatoria ha reso priva di effetti (per converso, qualora ad essere colpito da revoca è il negozio – ad esempio mutuo – a cui accede la garanzia, anche quest'ultima viene meno in forza del principio *accessorium sequitur principale*)

\*\*\*\*\*

## COMPIUTO PERIODO SOSPETTO IN RELAZIONE AL MOMENTO COSTITUTIVO DELLA GARANZIA

La formulazione del primo comma dell'art. 67 l.f. nel riferirsi a pegni, ipoteche ed anticresi uno o due anni prima del fallimento, pone un problema interpretativo circa l'esatta individuazione del dies a quo del computo del periodo sospetto. L'utilizzo del termine "costituzione" viene per lo più spiegato con il rilievo che, quanto la garanzia non si perfeziona, non è neppure luogo parlare di revoca, stante l'inopponibilità del negozio al fallimento.

In proposito non è condivisibile la tesi che individua nella pattuizione della garanzia il momento rilevante ai fini del computo del periodo sospetto. In effetti con la pattuizione il creditore acquista nei confronti del debitore (o del terzo datore) il diritto alla costituzione dell'ipoteca, nonché alla sua eventuale rinnovazione e trascrizione, mentre è solo a seguito dell'iscrizione che egli acquista il diritto di prelazione con efficacia erga omnes.

In concreto quindi, per dirla con la Suprema Corte (cfr. ancora da ultimo: *"Ai fini dell'azione revocatoria di cui all'art. 67 l. fall., atteso che l'ipoteca volontaria si ha per costituita con l'iscrizione nei registri immobiliari e non invece con l'atto di concessione, per l'accertamento della scientia deconctionis nonché della preesistenza e scadenza del credito deve farsi riferimento al momento dell'iscrizione, in cui la garanzia ipotecaria viene ad esistenza"*. Cass., sez.I, 21 febbraio 2001, n. 2483, Fall. Soc. arredam. Medici c. Rolo Banca 1473, in Mass., 2001; Fallimento, 2002, 373).

Equivalente è la soluzione nell'ipotesi di pegno di crediti atteso che a' sensi dell'art. 2800 c.c. *"la prelazione non ha luogo se non quando il pegno risulta da atto scritto e la continuazione di esso è stata notificata al debitore ovvero è stato da questo accettata con scrittura avente data certa"*. Neppure nel pegno di cose vi è coincidenza necessaria fra il momento del titolo negoziale alla costituzione e quello costitutivo della garanzia che viene ad esistenza con lo spossessamento del debitore oppignorato risultante da atto avente data certa. Qualora il pegno abbia ad oggetto cose future, ad esempio titoli emittendi, si tende a parlare di fattispecie a formazione progressiva (cfr. Cass. 27/04/1999 n. 4208), e si deve ritenere che con l'evento della emissione si realizzi il momento costitutivo della relativa garanzia.

Discorso diverso sembra potersi fare per l'anticresi menzionata nell'art. 67 l.f. in cui la funzione di garanzia si traduce in una delegazione oggettiva dal debitore al creditore di

percepire i frutti derivanti dall'immobile consegnato a quest'ultimo imputandoli, nell'ordine, agli interessi ed al capitale. In altre parole si tratterebbe non di diritto reale di garanzia ma di un diritto personale di godimento con la conseguenza che l'assoggettamento alla azione revocatoria si giustifica con l'interesse della curatela ad ottenere la restituzione dei frutti percepiti. Il periodo sospetto in tal caso decorre, quindi, dalla stipulazione del negozio che risulta opponibile ai terzi (che non abbiano acquistato diritti nell'immobile) in base al principio della data certa, a prescindere dell'intervenuta trascrizione ex art. 2643 n. 12 c.c..

\*\*\*\*\*

### NOZIONE DI CONTESTUALITA'

Al riguardo la tesi oggi pressoché incontrastata attribuisce rilevanza generale ed astratta all'unicità del disegno economico, cioè a dire se il rilascio della garanzia è stato voluto nello stesso momento in cui il creditore si è determinato a concedere il finanziamento, il credito non può ritenersi preesistente alla garanzia anche se materialmente costituita in epoca successiva (cfr Cass. 17/07/1997 n. 6558).

Il Leading case è rappresentato da una pronuncia della Suprema Corte (Cass 20/10/60 n. 2850 in Dir. Fall. 1961, II, p. 22) in cui è stabilito il principio in base al quale *“la contestualità tra la costituzione del debito e del diritto di prelazione richiesto dall'art. 67, comma 2 l.f., non implica una identificazione cronologica e meramente formale dei due atti ma soltanto che essi, anche se attuati separatamente, siano contemporaneamente voluti e perciò riferibili ad un unico momento genetico”*.

Tra le ipotesi che frequentemente si verificano in concreto vi è quella della garanzia concessa in corrispondenza dell'aumento del fido bancario: ora, poiché la garanzia prestata con generico riferimento ad una apertura di credito assiste naturalmente tutti i debiti da essa derivanti con la conseguenza che ogniqualvolta la prelazione venga in essere in coincidenza con un aumento del fido e questo figura essere stato almeno in parte utilizzato, il credito garantito - non scaduto - deve considerarsi preesistente al rilascio della garanzia (c.f. nel punto Cass 18/06/96 n. 5592, Cass. 29/08/95 n. 9075, Cass. 30/01/98 n.969).

\*\*\*\*\*

## LE C.D. GARANZIE ROTATIVE TRA INOPPONIBILITA' DELLA PRELAZIONE E REVOCABILITA' DELL'ATTO DI COSTITUZIONE

Relativamente alle garanzie mobiliari “ a contenuto variabile” il cui oggetto, cioè , è previsto fin ab origine possa variare nel tempo, il problema principale è quello di stabilire se ogni sostituzione di beni generi o meno il sorgere di una nuova garanzia con ogni relativa conseguenza, sia ai fini delle formalità previste per la costituzione, sia ai fini del consolidamento della garanzia rispetto all'azione revocatoria. L'esigenza, per così dire, di “sganciare” la costituzione della garanzia dal requisito (perfezionativo) dello spossessamento, è stata superata per la prima volta con la legge n. 401 del 24/07/1985 in materia di costituzione di pegno su prosciutti a denominazione di origine tutelata, la quale ha previsto che il privilegio possa sorgere, oltre che con le modalità codicistiche, con l'apposizione di un timbro ad inchiostro indelebile e con la contestuale annotazione del vincolo, a cura del creditore, sui registri obbligatoriamente tenuti dal debitore e soggetti a vidimazione annuale. Con tale disciplina, di fatto si è dato vita alla prima ipotesi di garanzia rotativa tipizzata in via legislativa, posto che il vincolo così apposto è destinato a seguire il bene nella varie fasi lavorative fino a trasferirsi definitivamente nel prodotto finale. A tale normativa ha fatto seguito, subito dopo, la legge sulla Monte Titoli ( n. 289/86) a' sensi del cui art. 7 i vincoli gravanti sui titoli immessi nel sistema, si trasferiscono senza effetti novativi sui diritti del depositante e l'iscrizione del vincolo nel registro tenuto dal depositario produce gli stessi effetti della costituzione del vincolo sul titolo. Tale disciplina è stata poi estesa con due successivi D.M. previsti dall'art. 22 della legge n.1/91 ( precisamente del 27/05/93 e del 05/01/95 del Ministero del Tesoro) al settore dei titoli di Stato limitatamente a quelle oggetto di deposito nella gestione centralizzata presso la Banca d'Italia (con esclusione, quindi, dei titoli dematerializzati). Successivamente anche l'art. 46 del T.U. bancario, introducendo senza richiedere lo spossessamento del debitore una nuova ipotesi di privilegio mobiliare convenzionale avente ad oggetto impianti, opere (esistenti e future) beni strumentali, materie prime e prodotti (sia finiti che in corso di lavorazione), nonché beni comunque acquistati con il finanziamento concesso e crediti derivanti dalla vendita di detti beni, integra un'ulteriore ipotesi di garanzia rotativa.

Recentemente il panorama legislativo si è arricchito di una ulteriore importante fattispecie introdotta dal D.Lgs. 24/06/98 n. 213 recante disposizioni per l'introduzione dell'euro nell'ordinamento italiano. Con tale legge che, come noto, ha sancito la dematerializzazione

degli strumenti finanziari negoziati (o destinati alla circolazione) sui mercati regolamentari, si è previsto all'art. 34 che la costituzione dei vincoli avvenga unicamente mediante registrazione in conto; che possano essere accesi conti idonei a consentire la costituzione di vincoli nell'insieme degli strumenti finanziari ivi registrati e che l'intermediario autorizzato sia responsabile dell'osservanza delle istruzioni ricevute all'atto della costituzione del vincolo, in ordine alla conservazione dell'integrità del suo valore e all'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari. Quasi a sancire l'efficacia della "rotatività" anche in relazione ad ipotetiche azione revocatorie, il regolamento attuativo della Consob d'intesa con la B.I. precisa che nel caso di sostituzione od integrazione degli strumenti finanziari registrati in conto, la data di costituzione del vincolo resta a parità di valore quella della originaria immissione nel conto (cfr. art. 46 Reg. n. 11768 del 23/12/98).

In tale ambito si pone il quesito se, al di fuori dei casi espressamente contemplati dal legislatore, sia ammissibile all'interno del contratto costitutivo del pegno una clausola di rotatività idonea ad escludere effetti novativi ogniqualvolta si proceda alla sostituzione del bene pignorato. Superando l'opinione secondo cui ai fini dell'efficacia della prelazione sarebbe necessario porre in essere, ad ogni sostituzione, una scrittura con i connotati codicistici ( con la conseguenza che il periodo sospetto ex art. 67 l.f. andrebbe calcolato con riferimento alla ultima sostituzione antecedente il fallimento e che sarebbe da escludere ogni contestualità tra garanzia e sorgere del credito), la Suprema Corte si è da ultimo orientata nel senso che l'atto con cui l'oggetto della garanzia viene sostituito, integra una ipotesi di surrogazione reale priva, come tale, di efficacia novativa.

In particolare la Suprema Corte (cfr. Cass 28/05/98 n. 5264 in Fallimento 1999, pag. 265 a cui poi è seguita Cass 27/09/99 n. 10685, e nella giurisprudenza merito Appello Milano 04/07/01 in Banca Borsa etc. 2002, II, 695 e Trib. Salerno 03/10/2000 in Dir. Fall. 2002, II, 768) ha stabilito che la clausola rotativa ha l'effetto di ricollegare i nuovi beni alla garanzia pignorativa precedentemente costituita salvaguardando la continuità del vincolo, effetto reso possibile dalla circostanza che in siffatti rapporti il bene viene in considerazione non già per la sua individualità ma per il suo valore economico: ciò alla condizione che la sostituzione avvenga entro i limiti di valore dei beni inizialmente dati in pegno, per evitare un qualsiasi pregiudizio per gli altri creditori.

In altre parole la Cassazione mostra di aver abbandonato la concezione del pegno come rigidamente ancorato alla spossessione materiale ed all'autonomia di ogni singola datio rei privilegiando il profilo della res considerata nel suo valore economico, con la conseguenza che se muta il bene rimanendo invariato, tuttavia, il valore economico nel

contesto di una specifica pattuizione prevedente fin dall'inizio una tale mutazione, non si origina la costituzione di una nuova garanzia, ma una semplice modificazione dell'oggetto del negozio.

L'astratta ammissibilità del pegno rotativo non risolve i problemi della opponibilità della garanzia e della sua revocabilità. Per quanto ottiene il primo profilo è da ritenere che ai fini della validità della sostituzione i nuovi beni debbono essere consegnati al creditore e la consegna è da accompagnarsi con una scrittura avente data certa e contenente la sufficiente indicazione della cosa oltre che del credito.

Relativamente al profilo della revocabilità va da sé che, ove si ritenga in linea di principio non avere effetti novativi la sostituzione materiale dell'oggetto del pegno in presenza di criteri idonei alla individuazione dei beni stessi, il solo negozio potenzialmente assoggettabile a revoca è quello con cui il debitore (o terzo datore) ha concesso il pegno originario con la conseguenza che l'azione revocatoria fallimentare non è più proponibile quando tale atto fuoriesce dal periodo sospetto. Nel caso in cui a variare non sia il bene pignorato ma il credito garantito, si deve ritenere che il successivo accordo con cui si è ampliato lo spettro dei crediti garantiti, va valutato, ai fini del periodo sospetto, alla stregua di un negozio autonomo con la conseguenza che se gli ulteriori crediti garantiti risultano già sorti al momento in cui viene stipulato il nuovo accordo, appare utilmente invocabile l'applicazione del primo comma dell'art. 67 l.f..

\*\*\*\*\*

#### NON CONFIGURABILITA' DELLA IPOTECA ROTATIVA

Si tratta di verificare se le considerazioni inerenti alla rotatività della garanzia pignorizia possano valere in materia di ipoteca, se cioè la sostituzione convenzionale dell'immobile ipotecato contemplato fin ab initio, consenta, ai fini della revocatoria, di considerare la fattispecie come un rapporto unitario che ha per contenuto l'obbligazione originariamente concepita con il presidio di quella garanzia concordata fin dall'inizio. In tal senso si è pronunciato l'Appello Bologna 24/09/94 n.1190/94 in Dir. Fall. 1994, II, pag. 1032 in riforma della sentenza del Tribunale di Parma resa alle date del 02/05-01/06/91 inter partes (l'in allora Cassa Risparmio Parma ed il fallimento Giolen S.n.c. e dei soci illimitatamente responsabili).

Tale conclusione obiettivamente non pare tenere conto del principio di cui all'art. 2808 comma 2° c.c., ed in forza del quale ad ogni iscrizione corrisponde il sorgere di un nuovo

diritto di ipoteca che prende grado per l'appunto da tale momento, principio che non sarebbe compatibile con la configurabilità di una sostituzione convenzionale dell'oggetto della garanzia.

In effetti non può realizzarsi un trasferimento del vincolo su un bene diverso da quello originariamente concesso in ipoteca se non previa estinzione della precedente garanzia e costituzione di una nuova che prende grado dal momento della relativa iscrizione.

\*\*\*\*\*

## L'IPOTECA CAMBIARIA E LA REVOCATORIA NEI CONFRONTI DEL GIRATARIO SUBACQUIRENTE

Il dibattito teorico su tale istituto è incentrato sulla natura cartolare ed extracartolare della garanzia.

La questione assume rilievo nell'ipotesi in cui la revocatoria venga esperita contro il giratario del titolo ipotecario in quanto a seconda della soluzione accolta l'acquisto della cambiale da parte del giratario viene rispettivamente qualificato a titolo originario o derivativo. Nel caso si opti per il carattere originario dell'acquisto, deve verificarsi la possibilità per il convenuto in revocatoria di invocare il disposto dell'art. 1993 comma 2° c.c. che prevede l'inopponibilità al possessore del titolo delle eccezioni fondate sui rapporti personali con i precedenti possessori, salva la prova dell'exceptio.

Qualora si aderisse, viceversa, alla tesi del carattere extracartolare della garanzia, si verrebbe ad equiparare la posizione del giratario della cambiale ipotecaria a quella del subacquirente con la conseguenza che, qualora il medesimo non sia in buona fede non può far valere il proprio diritto di prelazione ipotecaria risolvendosi la problematica alla stregua dei principi che regolano l'azione revocatoria nei confronti per l'appunto del subacquirente. In concreto facendo applicazione dell'insegnamento al riguardo della Suprema Corte (cfr. Cass 21/03/1996 n. 2423 in Corr. Giur. 1996, pag. 1127) il trasferimento della garanzia dell'ipoteca cambiaria al giratario potrà essere privato di effetti laddove il Curatore riesca a provare che il creditore al momento dell'acquisto del titolo era edotto sia della scientia decoctionis da parte del primo prenditore, sia della mala fede dei subacquirenti.

\*\*\*\*\*

## IL PROBLEMA DELLA TASSATIVITA' DELL'ELENCAZIONE DI CUI ALL'ART.67 L.F. I° COMMA: LE GARANZIE PERSONALI

Anche laddove si dovesse ritenere superabile l'elencazione tassativa contenuta nell'art.67 n. 3 e n. 4 ai fini di escludere l'applicabilità di detta previsione alle garanzie personali, rimane il rilievo che la non contestualità della dazione di una garanzia personale da parte di un terzo a differenza di quanto accade nelle garanzie reali, è asintomatica nel senso che tale discrasia temporale non assume alcuna rilevanza dal momento che non consente di trarre illazioni di sorta in ordine alle condizioni economiche del garante medesimo. Ciò non significa che le garanzie personali siano esenti da revocatoria ma che la prestazione di una fideiussione o di un avallo, anche non contestuale al sorgere del credito, può essere ricondotta nell'ambito di operatività del secondo comma dell'art. 67 l.f. non già come atto costitutivo di un diritto di prelazione ma come atto a titolo oneroso con conseguente inversione dell'onere probatorio.

\*\*\*\*\*

### LE IPOTECHE LEGALI

Nella ipoteca legale il diritto alla garanzia nasce ipso iure in dipendenza del compimento di atti cui la legge ricollega questo particolare effetto.

Oltre a quelle previste dal codice civile (art. 2817 cc n. 1 e n. 2 rispettivamente a favore dell'alienante per la quota di prezzo differito e del coerede o socio od altri dividendi per il pagamento dei conguagli sugli immobili oggetto di assegnazione), vanno annoverate in tale ambito, ad esempio, le ipoteche legali contenute in leggi speciali (ad esempio le ipoteche sui finanziamenti per costruzioni e trasformazioni di navi, l'ipoteca a favore della massa degli assicurati sulla vita, l'ipoteca di cui all'art. 22 D.Lgs. n. 473/97 in materia di sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie). Ora, ferma la inapplicabilità alla ipoteca legale del primo comma dell'art. 67 l.f., esiste una dissenting opinion fra la giurisprudenza che è orientata per la irrevocabilità ( cfr. Cass 4/07/52 n. 2184, Cass 15/11/74 n. 2623 la quale precisa che il solo modo per rendere inefficace la garanzia è impugnare il negozio-fonte) e la maggioranza della dottrina secondo cui la genericità della locuzione del secondo comma dell'art. 67 l.f. ("atti costitutivi di un diritto di prelazione") non autorizza interpretazioni restrittive volte a limitare l'operatività della norma alle situazioni in cui il diritto di garanzia trae origine da una dichiarazione di volontà delle parti

con conseguente revocabilità, in presenza dei relativi presupposti , anche delle ipoteche legali.

\*\*\*\*\*

## LE GARANZIE ATIPICHE

Il problema della revocabilità delle garanzie non espressamente contemplate dal primo comma dell'art. 67 l.f. si pone soprattutto con riferimento alle c.d. "garanzie atipiche", cioè a dire alle figure delle cessioni di credito pro solvendo e del mandato in rem propriam, figure giuridiche utilizzate in particolare dal sistema bancario a presidio dell'erogazione del credito.

Al di là dalla qualificazione delle operazioni come garanzia o pagamento, l'orientamento adottato al riguardo dalla Suprema Corte è quello di farle ricadere nella previsione di cui al primo comma dell'art. 67 l.f. subspecie, ricorrendone i presupposti, di mezzo anormale di pagamento.

E così a proposito della cessione di credito pro solvendo: *"la cessione di credito, effettuata in funzione solutoria, si caratterizza come anomala rispetto al pagamento effettuato in danaro o con titoli di credito considerati equivalenti al danaro ed è, pertanto, soggetta a revocatoria fallimentare a norma dell'art. 67, 1° comma, n. 2, legge fall., sottraendosi soltanto quando sia stata prevista con mezzo di estinzione contestualmente al sorgere del debito con essa estinto"* (Cass. 23/04/02 n. 5917). In relazione al mandato in rem propriam: *"L'attribuzione di un mandato in rem propriam all'incasso di crediti nei confronti di un terzo con il conferimento della facoltà di utilizzare le somme incassate per l'estinzione, totale o parziale, di un debito verso il mandatario, benché non ancora sorto, anche attraverso la compensazione delle rispettive ragioni creditorie, producendo effetti sostanzialmente analoghi alla cessione di crediti, ha, oltre uno scopo di garanzia, soprattutto funzione solutoria, risolvendosi nella preconstituzione di un mezzo sicuro di pagamento per il mandatario in ordine ai finanziamenti da effettuare a favore del mandante. Ne consegue che trattandosi di un mezzo soddisfattorio diverso dal danaro ed estraneo alle comuni relazioni commerciali, risulta suscettibile di revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 2 legge fallimentare, se pattuito nel biennio (sospetto), a nulla rilevando che tale pattuizione sia coeva al sorgere del rapporto"* (Cass. 20/12/2002 n.18418).

Fra le garanzie atipiche può essere annoverata anche la lettera di patronage c.d. “forte” od impegnativa. In proposito va osservata la residualità dello strumento revocatorio nel senso che il fallimento della società patrocinate può invocare oltre al carattere – in ipotesi – non impegnativo della dichiarazione, l’assenza di responsabilità della controllante, sia sotto il profilo della corretta esecuzione nei limiti del possibile delle obbligazioni di mezzi assunti con il patronage, sia dal punto di vista della mancanza (o mancata dimostrazione) del danno così che l’azione revocatoria si configura, per l’appunto, come estrema ratio (ed in ogni caso come domanda da proporsi in via subordinata).

Sul punto si può riproporre quanto evidenziato a proposito delle garanzie personali: il patronage può essere dichiarato inefficace ai sensi del secondo comma dell’art. 67 l.f. sub specie di atto a titolo oneroso (salvo, ovviamente, che sia sostenibile la sua gratuità) e tale disposizione (e non il primo comma della detta norma) trova applicazione anche quanto sia stata rilasciata in epoca successiva al sorgere del credito attesa la asintomaticità e la indifferenza delle garanzie non contestuali prestate da soggetti diversi dal debitore.

\*\*\*\*\*

#### GARANZIE ESENTI DA REVOCA

Il profilo problematico è rappresentato dall’individuazione della residua portata applicativa dell’ultimo comma dell’art. 67 l.f. tenuto conto della “despecializzazione” introdotta dal T.U. bancario 385/93. Al riguardo è da ritenere che la disciplina esentativa speciale possa essere tuttora compatibile con l’attuale quadro normativo allorché sia fondata sulle caratteristiche tipologiche delle operazioni creditizie e non sulle qualità soggettive degli Istituti che erogano i finanziamenti.

In tale ambito e fermo rimanendo che l’esenzione a favore dell’Istituto Centrale (Banca d’Italia), dopo che il medesimo svolge la propria attività esclusivamente all’interno del sistema bancario, deve intendersi limitata alla ipotesi di scuola dei finanziamenti con contestuale garanzia concessi ad una banca in difficoltà in seguito comunque assoggettata a liquidazione coatta amministrativa, è da ritenere tuttora operante la esenzione decorso il termine di 10 giorni dalla concessione del finanziamento ai prestiti accordati alle imprese artigiane ex art. 40 legge 949/52 come modificato dalla legge n. 713/74 nonché quella equivalente ricollegabile all’art. 20 legge 30/7/59 n. 623 sugli incentivi alle piccole e medie industrie. Per quanto si riferisca tale ultimo aspetto, la persistenza della esenzione figura collegata all’effettuazione delle relative operazioni da parte ora di qualsiasi banca,

attesa la richiamata despecializzazione “con fondi statali o con l’assistenza della garanzia dello Stato”.

Presupposto implicito di operatività dell’esonero da revocatoria in parola è che l’ipoteca venga rilasciata contestualmente all’erogazione del finanziamento, non sembrando dubitabile che la concessione della garanzia debba rispettare la fisiologia della operazione creditizia nel senso che il credito alla restituzione delle somme erogate sia assistito fin dall’inizio dalla relativa garanzia.

\*\*\*\*\*

### OPERAZIONI DI CREDITO IN PEGNO

La materia è ora regolata dall’art. 10 del D. Lgs. 4/8/89 che ha riformulato l’art. 48 del T.U. nel seguente modo: le banche possono intraprendere l’esercizio del credito su pegno di cose mobili disciplinato dalla legge 10/5/38 n.745 e dal Regio decreto 25/5/39 n.1279 dotandosi delle necessarie strutture e dandone comunicazione alla Banca d’Italia.

Alla luce di tale quadro normativo, è da intendersi superato ed assorbito il dubbio in ordine alla possibilità per tutte le banche, purchè dotate dalle necessarie strutture di esercitare il credito su pegno beneficiando (esse), in caso di fallimento del sovvenuto, dell’esonazione ex art. 67 u.c. l. fall. (come noto, fino ad ora si sosteneva da alcuni che per compiere operazioni di credito su pegno di cose mobili fosse sufficiente l’autorizzazione all’esercizio del credito sul presupposto di una sostanziale coincidenza del disposto dell’art. 67 u.c. l. fall. con l’ultimo comma dell’art. 2787 c.c. - cfr. Cass. 20/9/71 n.2617, Cass. 15/4/76 n.1333, Appello Bologna 13/11/76 in Banca, Borsa etc., 1977, II, pag. 335 -, e da altri, per il vero più convincentemente, che l’esonazione in proposito dell’art. 67 l. fall. Si riferiva esclusivamente alle banche espressamente autorizzate a concedere prestiti anche di modico valore su pegno e svolgenti in modo istituzionale e con apposita organizzazione – cfr. Cass. 18/11/98 n.11606 in Fallimento 1999, pag. 1096 - ).

In altre parole l’indagine per verificare l’ambito di operatività dell’esonazione da revocatoria in parola, si incentra esclusivamente sulla tipologia ed il contenuto delle operazioni di credito garantite da pegno connotate dalla peculiarità che l’unico strumento di valutazione è dato dal bene oggetto di pegno.

Ne deriva che l’esonero da revocatoria di che trattasi, va ricollegato alle sole operazioni di credito su pegno di cose mobili nell’accezione che di esse forniscono la legge 745/38 e il

R.D. 1279/39 a cui il D. Lgs. 342/99 continua a richiamarsi, cioè a dire in pratica ed in concreto alle operazioni effettuate dai Monti di Credito su Pegno.

\*\*\*\*\*

LE OPERAZIONI DI CREDITO FONDIARIO: IL RAPPORTO TRA L'ART. 67 U.C. L.  
FALL. E L'ART. 39 T.U.B.

L'ultimo comma dell'art. 67 l. fall. deve essere letto alla luce della riforma bancaria che, come sopra accennato, ha sancito il principio di despecializzazione dell'attività creditizia. In concreto, il solo dato che rileva attualmente dal punto di vista della esenzione da revocatoria è rappresentato dalla natura oggettiva dell'operazione, a seconda, cioè, che essa sia o meno riconducibile alla categoria del credito fondiario. In altre parole una garanzia ipotecaria, pertanto, non può considerarsi esente da revoca in quanto rilasciata a favore di un istituto che pratici il credito fondiario, appunto perché tutte le banche sono abilitate a farlo, ma solo se essa rispecchi i requisiti di cui agli art. 38 e 39 T.U., il quale al quarto comma prevede che *“le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte 10 giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento”* e che *“l'art. 67 della l. fall. non si applica a fronte di pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari”*.

Tali requisiti si rinvergono, anzitutto, nel disposto dell'art.38 dove si parla *“di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili”*. Ciò significa che sono esenti da revoca le ipoteche di primo grado (salvi i casi di cui la Bnaca d'Italia ed il C.I.C.R. ammettono la costituzione di ipoteche di grado successivo) su beni immobili (e non quindi, ad esempio, su navi od aerei) a condizione che il debito da restituzione della somma mutuata scada oltre i 18 mesi dall'erogazione.

Relativamente alle modalità contrattuali attraverso cui può realizzarsi l'operazione di credito fondiario, paiono utilizzabili ed ammissibili le varie forme tecniche di prestito bancario con durata superiore al breve termine, con il dubbio riguardante l'apertura di credito di firma, in quanto secondo un orientamento restrittivo e rigido della Suprema Corte (cfr. Cass. 23/3/94 n.2786) sarebbero da escludere l'apertura di credito sub specie di c.d. “castelletto” per il rilascio di fideiussioni.

\*\*\*\*\*

## FINANZIAMENTO FONDIARIO GARANTITO DA IPOTECA FINALIZZATO A RIPIANARE UNA PREGRESSA ESPOSIZIONE DEBITORIA

Particolare rilievo assume l'ipotesi della utilizzazione di un finanziamento fondiario per rientrare dall'esposizione debitoria del mutuatario. In caso di fallimento di quest'ultimo, i relativi organi fallimentari cercano di reagire per evitare e neutralizzare l'effetto di una siffatta operazione consistente di fatto nella sostituzione di un credito chirografario con uno assistito da garanzia ipotecaria. Uno degli strumenti a tal fine utilizzati è il ricorso alla simulazione nel presupposto che le parti non intendano in realtà dar luogo a concessione di ulteriore credito bensì munire il credito già esistente della relativa garanzia ipotecaria che solo apparentemente accede ad un nuovo finanziamento senza che si crei una effettiva disponibilità in capo al finanziato (cfr. sul punto Cass. 22/3/94 n.2742 in Banca, Borsa etc., 1994, II, pag.618).

Sul punto si è osservato che il mancato conseguimento della disponibilità da parte del finanziato non comporta tanto la simulazione del mutuo quanto la inesistenza e che il trasferimento della somma non postula la materiale consegna, essendo sufficiente la disponibilità giuridica che non viene meno nel caso in cui le parti prevedano fin ab inizio di destinarla al rientro dalla pregressa esposizione debitoria. In tal senso si è da ultimo espresso il Trib. Monza 30/12/2002 Est. Paluchowski (cfr. rivista "Il Fallimento" n.7/03 pag.800): *"la revoca nei termini ordinari dell'ipoteca concessa a fronte di un mutuo fondiario ex art.39 D. Lgs. 385/1993 va esclusa ogniqualvolta l'operazione non risulti simulata dalle parti, ma esplicitamente voluta la fine di consolidare il complessivo indebitamento dell'impresa, come accade allorquando sia dimostrato l'effettivo utilizzo della somma data a mutuo da parte del beneficiario, senza che in tal caso rilevi a contrariis la circostanza che l'accredito dell'importo erogato sul conto ordinario abbia provocato anche l'estinzione del relativo saldo passivo"*.

Secondo una diversa impostazione, il complesso degli atti preordinato a munire di privilegio il credito originariamente chirografario della banca, integrerebbe gli estremi del negozio in frode alla legge con conseguente nullità del finanziamento e l'invalidità derivata dalla garanzia ipotecaria e ammesso scadimento al rango di chirografo del credito alla restituzione delle somme mutate.

In proposito viene rilevato che non si può parlare nel caso di operazione in frode ad una norma imperativa (o comunque impositiva di un diritto o di un obbligo) ma essendo l'operazione medesima finalizzata alla creazione di una causa di prelazione in dispregio della par condicio creditorum deve se mai ricondursi agli atti in frode ai terzi che vanno

repressi con gli strumenti specificamente approntati dall'ordinamento (cfr. nel punto Cass. Sez. Unite 25/10/93 n.10603).

Da ultimo va sempre più diffondendosi un orientamento che tende a ricostruire la fattispecie considerata nel suo assieme e attraverso il collegamento negoziale in termini di novazione del debito individuandosi un mezzo anormale di pagamento e giungendo così per questa via all'applicazione del primo comma dell'art. 67 l. fall.. Tale orientamento si compendia nella seguente massima: *“Costituisce mezzo anomalo di pagamento di debiti pecuniari scaduti ed esigibili, e come tale revocabile ex art. 67, primo comma, n.2 legge fallimentare, il contratto di mutuo destinato al ripianamento di passività a breve nei confronti di istituti di credito, con relativa novazione dell'obbligazione, non più chirografaria, ma garantita da ipoteca”* (cfr. Trib. Genova 17/7/02 Est. Patti riportata per esteso in rivista *“Il Fallimento”* n.7/03 pag. 774 e sgg.).

Viene eccepito al riguardo che ci si confronterebbe con un'inammissibile estensione del concetto di mezzo anormale di pagamento, non rivestendo, oltre tutto, la supposta novazione carattere di per sé satisfattivo.

Le considerazioni richiamate non devono supportare la conclusione che un'operazione di sostanziale ripianamento come quella in parola sia priva di significatività ed insensibile ad ogni iniziativa tesa ad eliminare la relativa anomalia. Per altro pare che il discorso debba spostarsi sul versante del c.d. requisito soggettivo, posto che l'intervenuta concessione di un finanziamento ipotecario strumentale alla eliminazione ovvero alla riduzione dello scoperto chirografario assume rilevanza ai fini della prova della scientia decoctionis della banca nel giudizio revocatorio ex art. 67, 2° comma l.f., avente ad oggetto le rimesse con le quali il debitore è rientrato dalla propria esposizione.

In definitiva, laddove si condividesse l'utile non percorribilità di accedere alle tesi della simulazione, del negozio in frode alla legge e del mezzo anormale di pagamento, si perviene alla conclusione che l'estinzione del debito attraverso l'impiego di somme rinvenenti dal nuovo finanziamento ipotecariamente garantito con conseguente acquisto del diritto di prelazione in favore della banca, configura una situazione consentita, almeno in linea teorica, dall'ordinamento; situazione che può bensì essere censurata sotto il profilo dell'efficacia del pagamento o della garanzia a' sensi rispettivamente dell'art. 67 l.f., 2° comma, e 2901 c.c., ma non anche in forza del disposto del primo comma dell'art. 67 l.f. medesima.

Sulla problematica specifica ha avuto modo recentemente di pronunciarsi con sua sentenza n. 626/00 il Tribunale di Parma che in sintesi ha statuito: *“...di dover aderire alla tesi secondo cui è autonomamente revocabile la garanzia ipotecaria anche in presenza*

dell'ammissione del credito derivante dalla concessione del mutuo in quanto, anche alla luce delle diverse impostazioni giurisprudenziali e dottrinali date in relazione al fenomeno in esame (e cioè alla rincorsa da parte delle banche alla retrodatazione del privilegio) non si vede perché la stipulazione di un mutuo e l'utilizzo del ricavato per l'estinzione di una pregressa esposizione debba essere senz'altro qualificato con mezzo anomalo di pagamento. In realtà ciò che deve essere colpito, in quanto porta a violare la par condicio, è il risultato finale che le parti intendono raggiungere con il collegamento negoziale e quindi in modo diretto e cioè l'attribuzione della prelazione ipotecaria ad un credito preesistente non garantito e quindi un'operazione che cade nella sanzione di cui all'art. 67 nn. 3 o 4 L.F. Rileva in proposito il collegio che non vi è dubbio che la fattispecie sia inquadrabile nel disposto dell'art. 67 n. 3 L.F. in quanto il debito che si è inteso garantire con l'ipoteca (nel modo indiretto sopra descritto) è il prefinanziamento di un mutuo poi non stipulato che, per espressa ammissione della stessa opponente, scade nel momento in cui il contratto definitivo di mutuo viene concluso: poiché nel momento in cui è stato effettuato il bonifico a favore della SNC era ancora in corso l'istruttoria per il primo mutuo il debito da prefinanziamento non poteva considerarsi scaduto. Il periodo sospetto è quindi biennale e ricomprende l'atto in questione (iscrizione di ipoteca in data 06.10.1995 – ammissione al concordato preventivo in data 02.12.1996), mentre nessuna prova ha fornito (e per vero neppure dedotto) la Cassa circa la sua buona fede in ordine alla stato di insolvenza; è appena il caso di rilevare che detta prova sarebbe stata alquanto difficile, posto che la Cassa finanziava tutto il Gruppo Bassi ed aveva quindi ben presente la pesantissima situazione non solo di indebitamento ma di vera e propria insolvenza, cui certo non si opponeva l'esistenza di un patrimonio immobiliare insufficiente e comunque di non facile liquidazione. E' il caso di precisare, concludendo sul punto, che l'accertata revocabilità dell'ipoteca per essere stata la stessa iscritta a garanzia , almeno in parte, di un debito preesistente, incide necessariamente per intero sulla garanzia stessa in quanto è l'atto di concessione della prelazione in quanto tale che viene sottoposto a revoca; ha affermato infatti il S.C. nella motivazione della citata decisione n. 9520 del 1997 che *“la revocabilità non viene poi meno per il fatto che la garanzia sia costituita solo in parte per un debito preesistente, estendendosi la presunzione dello stato di insolvenza a tutto il rapporto”*.

Tale sentenza è stata, peraltro, integralmente riformata dalla sentenza della Corte di Appello di Bologna n. 154/03 resa inter partes alle date del 20/12/02 – 04/02/03 divenuta definitiva e massimata nella rivista “Il Fallimento” 2003 n. 7/sub art 67 (terzo comma) pag. 800 che afferma: *“ secondo il Tribunale (id est di Parma) l'ipoteca iscritta a garanzia del mutuo fondiario doveva ritenersi inefficace nei confronti della curatela ai sensi*

dell'art. 67, primo comma, n. 3, l.f., in quanto costituita nei due anni anteriori alla ammissione della società al concordato preventivo per un debito preesistente non scaduto. In particolare, il Tribunale ha ravvisato nell'operazione un procedimento negoziale indiretto, finalizzato a dotare di garanzia ipotecaria il prefinanziamento di L. 500.000.000 concesso in relazione a un mutuo poi non stipulato; ha quindi ritenuto inefficace l'ipoteca, pur riconoscendo che essa era stata costituita a garanzia di un mutuo fondiario effettivamente erogato, tanto è vero che il relativo importo è stato ammesso al passivo fallimentare, benchè in via chirografaria. Il ragionamento del giudice di primo grado non può essere condiviso. Al fine di ottenere la revoca del negozio che violava in concreto la regola della par condicio, ossia la costituzione della garanzia reale, egli ha valutato l'operazione nel suo insieme e ha fatto valere il nesso teleologico che univa la sequenza dei singoli atti, ritenendo che essi fossero stati posti in essere per conseguire in modo indiretto l'attribuzione della prelazione ipotecaria a un credito preesistente non garantito. Partendo da tale impostazione, per giungere alla revoca della garanzia ai sensi dell'art. 67, 1° comma, n. 3, l.f., il Tribunale avrebbe dovuto ritenere che l'intera sequenza degli atti fosse simulata. Ed invero, qualora si ritenga che la garanzia sia stata in realtà prestata per un debito preesistente e non per un debito contestualmente creato, si deve necessariamente concludere che sia il negozio di mutuo che l'atto di pagamento del debito pregresso sono stati in realtà simulati; qualora si ritenga invece che le parti abbiano realmente voluto porre in essere tutta la sequenza di atti, si deve necessariamente concludere che la garanzia è stata concessa per un debito contestualmente creato e quindi revocabile, al più, ai sensi dell'art. 67, secondo comma, l.f.. Da ciò deriva un ulteriore corollario: qualora ammetta al passivo fallimentare il credito derivante dalla concessione di un mutuo fondiario, ritenendolo effettivamente voluto, valido e opponibile al fallimento, il giudice non può poi revocare la sola ipoteca costituita contestualmente alla erogazione del mutuo, ostandovi il disposto dell'ultimo comma dell'art. 67 l.f., che esonera dalla revocatoria i mutui fondiari, e la specifica norma dettata dall'art. 4, comma 2, del D.P.R. 21.01.1976, n. 7, che prevede il consolidamento delle ipoteche contestuali alla erogazione del mutuo decorsi dieci giorni dalla loro iscrizione. Tali concetti risultano esattamente ed eloquentemente espressi nella nota sentenza della Corte di Cassazione n. 11495 del 19.11.1997, nella cui motivazione si legge: "... E' agevole infatti rilevare che la esclusione del beneficio di cui all'art. 67, ultimo comma, l.f. presuppone la inopponibilità al fallimento dello stesso contratto di mutuo o perché negozio- procedimento indirettamente solutorio, sanzionato da inefficacia ex art. 67, primo comma, n. 2, l.f., o perché, per artificio simulatorio, la ipoteca è diretta a garantire un debito preesistente e dunque non

*può ammettersi al passivo del fallimento, il credito che appare fondato sul-non voluto-contratto di mutuo. Ma se, come nel caso di specie, si sia ritenuta la sussistenza del credito... sul fondamento del contratto di mutuo...costitutivo della prelazione ipotecaria, con ciò stesso si riconosce che la garanzia attiene al debito contestualmente creato e il disposto dell'ultimo comma dell'art. 67 l.f. si oppone alla revoca della ipoteca che del contratto di mutuo fondiario costituisce elemento essenziale. Con la conseguenza che, ammesso al passivo del fallimento il credito da mutuo fondiario, doveva necessariamente riconoscersi la prelazione ipotecaria costituita contestualmente alla erogazione del credito..".Nel considerare il contratto di mutuo pienamente valido, efficace e opponibile alla curatela, revocando nel contempo la sola ipoteca ai sensi dell'art. 67, 1° comma, n. 3, l.f., il giudice di primo grado è incorso in una insanabile contraddizione, giacchè ha scisso ciò che era strettamente connesso, ossia il mutuo fondiario dalla annessa garanzia ipotecaria. Considerandola come procedimento indiretto, caratterizzato dalla sequenza di tre distinti negozi (nuovo finanziamento, rilascio della garanzie ed estinzione, a mezzo del finanziamento, del vecchio debito), la fattispecie si sarebbe potuta in ipotesi impugnare ai sensi dell'art. 67, 1° comma, n. 2, l.f., quale mezzo anormale di adempimento; certamente, per le considerazioni sopra svolte, non era possibile pervenire alla revoca dell'ipoteca, lasciando inalterato il mutuo fondiario che di essa costituisce l'indispensabile presupposto. Da quanto esposto consegue il riconoscimento della fondatezza del gravame...".*