

Tribunale di Nola, 18 giugno 2008 – Pres. Caccaviello – Est. Quaranta.

**Mutuo fondiario – Mutuo di scopo – Esclusione.**

**Mutuo fondiario – Costituzione di garanzia ipotecaria per crediti chirografari – Negozio in frode alla legge – Esclusione.**

**Mutuo fondiario – Costituzione di garanzia ipotecaria per crediti chirografari – Simulazione – Esclusione – Atto anormale – Revocabilità ex art. 67, comma 1, legge fall..**

**Mutuo fondiario – Costituzione di garanzia ipotecaria per crediti chirografari – Bancarotta preferenziale – Presupposti.**

*Il contratto di mutuo fondiario previsto dal TUB non presenta le caratteristiche proprie del mutuo di scopo; la sua utilizzazione può quindi essere diretta alle più svariate finalità, senza che se ne possa affermare la nullità qualora le parti perseguano uno scopo diverso da quello dichiarato nel contratto. (fb) (riproduzione riservata)*

*La stipulazione di un mutuo fondiario al fine di rendere privilegiato un credito di natura chirografaria non configura un'ipotesi di frode alla legge perché manca una norma imperativa che vieti tale operazione. (fb) (riproduzione riservata)*

*Nel caso di un mutuo fondiario indirizzato a realizzare l'estinzione di un pregresso rapporto obbligatorio chirografario intercorrente tra la banca mutuante e il soggetto mutuatario, la fattispecie non integra quella del negozio simulato, quanto un vero e proprio procedimento indiretto, realmente voluto dalle parti al fine di garantire il mutuante - attraverso la sostituzione del precedente credito chirografario con un credito munito di causa di prelazione - dal rischio della dichiarazione di fallimento del mutuatario. Tale operazione provoca tuttavia la lesione della par condicio creditorum ed è revocabile ai sensi dell'art. 67, comma 1, legge fallimentare, quale atto solutorio anormale. (fb) (riproduzione riservata)*

*Affinché la stipula di un contratto di mutuo fondiario volto a sostituire un credito chirografario con altro garantito da ipoteca integri il reato di bancarotta preferenziale è necessaria la dimostrazione della consapevolezza nel mutuante di partecipare ad un disegno criminoso diretto a danneggiare i creditori del mutuante in presenza di uno stato di insolvenza prefallimentare. (fb) (riproduzione riservata)*

# IL CASO.it

omissis

## Motivi della decisione

In primo luogo va rappresentato che la stesura della presente motivazione avviene senza che il Collegio abbia potuto accedere al fascicolo fallimentare della Srl C. ed a quello specifico della domanda tempestiva proposta dall'odierna opponente - nonostante la facoltà all'uopo generalmente riconosciuta in sede giurisprudenziale e l'esigenza solitamente avvertita dal Tribunale del relativo esercizio - giacché dal mese di settembre 2008 risulta inibita ogni possibilità di visione degli atti della resistente procedura e di altre, poiché collocati all'interno di archivio automatizzato tuttora fuori uso (vedasi certificazione di cancelleria in atti).

Onde evitare il protrarsi ulteriore del ritardo così ingenerato nella pronuncia e tenendo conto che il fallimento non contesta nella fattispecie né mutamenti di domanda da parte della ricorrente - come noto inibiti in sede di opposizione allo stato passivo rispetto al petitum ed alla causa petendi di prime cure - né formula rilievi sul contenuto del provvedimento avverso, prodotto in copia dal Banca, e sulla data di relativo ricevimento, il Collegio ritiene

potersi provvedere pur in assenza della richiamata produzione.

**IL CASO.it**

Ciò premesso, il Banca agisce per l'ammissione al passivo in via privilegiata del credito di £. 2.288.713.265, derivante dal contratto di mutuo ricevuto dal Notaio A. di Napoli in data 22.2.1997 al n. \*, vol. n. \*, con il quale aveva concesso alla C. Srl un finanziamento a medio termine di £. 2.300.000.000, garantito dall'ipoteca iscritta presso la Conservatoria dei RR.II. di Napoli 2 in data 22.2.1997 al n. \* sui beni della società mutuataria.

A sostegno del gravame (non potendo conoscere il contenuto della documentazione della fase tempestiva) produce copia del contratto, copia della nota d'iscrizione ipotecaria, copia della quietanza e della corrispondenza intercorsa con la mutuataria – quanto al riconoscimento dei contributi sugli interessi derivanti dall'operazione, di cui all'art. 11 del D.L. 516/1994, convertito in legge n. 598/1994 – copia della nota di addebito del finanziamento e l'estratto autentico delle proprie scritture contabili, con autentica notarile.

Nel contestare la pretesa la curatela ha prima eccepito l'incostituzionalità della normativa in tema di credito fondiario, poi dedotto l'inopponibilità del credito per revocabilità ex artt. 66 l.f. e 2901 c.c. della operazioni finanziaria dedotta, quindi la nullità della fattispecie ai sensi degli artt. 1344 cc e 216 l.f. ovvero per l'assenza dei requisiti e presupposti richiesti dal D.Lgs. 385/1993, infine la indeterminatezza della pretesa, per nullità ab origine degli interessi praticati ovvero di quello capitalizzati.

In sede di appendice scritta alla trattazione, la curatela ha dedotto il carattere indeterminato del credito anche per nullità sopravvenuta degli accessori praticati dalla mutuante, sviluppando una difesa ritenuta inammissibile da parte dell'opponente.

A tal ultimo proposito, rinviando l'esame sul merito della difesa a quanto più avanti articolato, ritiene il Collegio che – vertendo in ipotesi di nullità – non ricorra alcuna preclusione al relativo rilievo officioso, pur se le ragioni a sostegno siano dedotte dalla parte operando una modifica rispetto alle eccezioni originarie; del resto la previsione dell'art. 183 comma V cpc, applicabile razione temporis al procedimento in esame, consentiva al convenuto la formulazione di nuove eccezioni in senso stretto nella prima delle appendici scritte della trattazione, permettendo all'attore di replicarvi nella memoria successiva.

Non pare inutile segnalare, tra l'altro, che l'opposizione a stato passivo di cui all'art. 98 della legge fallimentare soggiace al regime del processo di cognizione di primo grado del codice di rito – ove la norma richiamata trova applicazione – e che nel relativo ambito il creditore assume la veste di attore ed il curatore quella di convenuto.

Ciò posto, ad avviso del Tribunale il Banca ha correttamente suffragato la domanda.

In punto di diritto, invero, il carattere impugnatorio del presente rimedio esclude che il curatore, che nel relativo ambito riveste la posizione propria del convenuto, debba limitarsi a sostenere le eccezioni o i rilievi officiosi che fondano il decreto reso dal giudice in sede di verifica del tempestiva del passivo ( vedi, in tema: "L'impugnazione del provvedimento del giudice delegato ex art. 98 legge fallimentare non implica l'automatica applicazione delle norme che disciplinano il giudizio di appello; ne consegue che non opera la preclusione di cui all'art. 345 cod. proc. civ., laddove il curatore, che nel giudizio di opposizione allo stato passivo assume la posizione di convenuto abbia sollevato un'eccezione non proposta in sede di adunanza "ex" art. 96 legge fall.. (Rigetta, App. Brescia, 11 Aprile 2003)" (Cass. civile, sez. I, 01-10-2007, n. 20622 CASSA PADANA BANCA DI CREDITO COOPERATIVO soc. coop. a r.l. c. FALLIMENTO CALZATURIFICIO LEM DI M.L.M. (massima 1).

Coerente con tale affermazione – e con la posizione assunta in giudizio al creditore – è che da un lato, in sede di opposizione, spetta comunque al ricorrente dimostrare la fondatezza della domanda, a prescindere dai rilievi officiosi e/o dalle eccezioni sollevate nella fase di prime cure richiamate nel decreto del Giudice delegato, dall'altro, che il Tribunale può porre a fondamento della pronuncia anche questione non eccepite dal resistente, sottratte alla relativa disponibilità.

Come si diceva, nello svolgere l'analisi degli atti del giudizio può rilevarsi che la banca ha assolto ai propri oneri dimostrativi.

**IL CASO.it**

In particolare, in atti si rinviene il mutuo stipulato per notaio A. di Napoli in data 22.2.1997 al n. \*, vol. n. \*, con il quale essa aveva concesso alla C. Srl un finanziamento a medio termine di £. 2.300.000.000, la disposizione compiuta dalla mutuante ai fini dell'effettiva erogazione del finanziamento, il piano di ammortamento conseguente all'applicazione alla fattispecie dei benefici previsti dalla legge 598/1994 e, infine, l'ipoteca iscritta presso la Conservatoria dei RR.II. di Napoli 2 in data 22.2.1997 al n. 6985-651 sui beni della società

## **IL CASO.it**

mutuataria.

In definitiva risulta perfezionato il contratto di mutuo, verificata la condizione cui la concedente subordinava l'effettiva disponibilità delle somme da parte della beneficiaria, costituita la garanzia accedente al finanziamento.

In ragione di tali rilievi, può passarsi ad esaminare la fondatezza delle eccezioni formulate dalla curatela.

In ordine logico, una volta decisa ed affermata dal Tribunale l'irrelevanza della questione di costituzionalità mossa dal fallimento, a proposito della violazione da parte dell'art. 38 del d.lgs. 385/1993 degli artt. 76 e 77 della Costituzione e sotto diverso profilo dell'art. 3 della Carta, pare necessario esaminare quella riguardante la pretesa nullità del contratto per violazione dell'art. 1344 c.c. e dell'art. 216 l.f.

Sostiene il fallimento che, realizzando il finanziamento un'ipotesi di mutuo di scopo, esso abbia attivato un meccanismo di frode ai creditori, giacché diretto – contro la volontà imperativa del legislatore – a riqualificare il credito del Banca, con la precostituzione di una garanzia reale a danno degli altri aventi diritto dalla fallita; con ciò importando, del caso, la realizzazione dello schema tipico della bancarotta preferenziale.

La deduzione merita un primo approfondimento riguardo alla natura propria ascrivibile al mutuo fondiario previsto dall'art. 38 del d.lgs. 385/1993 e, ancora prima, all'inquadramento del tipo mutuo di scopo.

In tema la dottrina più autorevole e la stessa giurisprudenza di legittimità riconoscono nel mutuo di scopo la fattispecie di più frequente applicazione del più ampio genus dei finanziamenti, diretti di per se a rimettere al beneficiario la disponibilità di somme di denaro. Il mutuo di scopo, invero, è quel contratto con il quale, per previsione contrattuale o per disposizione di legge, il mutuatario è obbligato a fare della somma mutuatagli un certo impiego, attraverso il quale si realizza, insieme con il suo interesse, un connesso interesse del mutuante o piuttosto un interesse pubblico.

Nell'ipotesi di mutuo di scopo legale è la legge a stabilire, a fronte di particolari agevolazioni una modalità vincolata di impiego; nel caso di mutuo di scopo volontario, diversamente, la specifica destinazione delle somme è pattuita dalle parti.

In ogni caso la clausola di destinazione connota talmente il contratto di mutuo da differenziarlo da quello regolato dal codice civile e da fargli assumere la natura di contratto consensuale atipico e non reale; esso, quindi, si perfeziona solo nel momento in cui si forma l'accordo sulle varie clausole, rappresentando l'erogazione della somma l'esecuzione dell'obbligazione da parte del mutuante.

Il mutuatario, d'altro canto, vi assume l'obbligo di corrispondere gli interessi nella misura prevista e di realizzare l'obiettivo in vista del quale l'erogazione ha avuto luogo.

Lo scopo della convenzione, in definitiva, assurge a livello causale. Si spiega perché, allora, nella fattispecie emerga solitamente la previsione dell'ingerenza del mutuante nella gestione dei mezzi economici forniti al mutuatario, quale garanzia a che vengano destinati a quello specifico scopo per cui sono stati erogati.

Secondo l'interpretazione dottrinarie più assentita, la clausola di destinazione può avere il contenuto più diverso, sia specifico che generico. Di certo, limiterà la disponibilità della somma da parte del mutuatario, tanto da influire sullo stesso sinallagma contrattuale, ed attribuire facoltà di risoluzione del negozio alla mutuante in ipotesi di avverso inadempimento.

## **IL CASO.it**

Il mutuo di scopo, peraltro, va distinto dal finanziamento finalizzato, atteso che nel relativo ambito obbligato al risultato può essere un soggetto diverso rispetto al beneficiario.

La S.C. conferma le superiori affermazioni ove sostiene che " Il momento perfezionativo del negozio di mutuo (contratto reale ad efficacia obbligatoria) coincide, di regola, con la cd. "traditio" - con la consegna, cioè, del denaro (o di altra cosa fungibile) al mutuatario che ne acquista la proprietà - ovvero con il conseguimento della disponibilità giuridica della "res" da parte di quest'ultimo, per effetto della creazione, da parte del mutuante, di un autonomo titolo di disponibilità, tale da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio della controparte, a prescindere da ogni successiva manifestazione di volontà del mutuante. Il cd. "contratto di finanziamento" (o mutuo di scopo, legale o convenzionale) è, per converso, fattispecie negoziale consensuale, onerosa ed atipica, che (al pari dell'apertura di credito) assolve essenzialmente funzione creditizia, con la conseguenza che, specie nella ipotesi di finanziamento legale (nel quale

sono già individuati i soggetti erogatori ed i beneficiari del finanziamento), la consegna della somma da corrispondere, normalmente per stati di avanzamento, e con contestuale controllo della progressiva realizzazione dello scopo, rappresenta l'esecuzione dell'obbligazione principale, anziché (come nel mutuo) l'elemento costitutivo del contratto, onde l'appartenenza della intera somma, salvo i ratei già materialmente riconosciuti e corrisposti, è riferibile non al soggetto finanziato ma all'ente finanziatore". ( così Cass. civ., Sez.V, 26/03/2002, n.4327; così anche Cass. 15 giugno 1994 n. 5805; conf. Cass. 21 luglio 1998 n. 7116, Cass. 10 giugno 1981 n. 3752).

### **IL CASO.it**

Del pari la giurisprudenza di legittimità si assesta su quanto osservato dalla dottrina ove recepisce che " Il mutuo di scopo si differenzia dallo scopo tipico del contratto di mutuo: sotto il profilo strutturale, in ciò che il sovvenuto si obbliga non solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere gli interessi ma anche a realizzare lo scopo previsto con l'attuazione in concreto dell'attività programmata; sotto il profilo causale giacché nel sinallagma negoziale quest'ultima prestazione assume rilievo essenziale in corrispettività dell'attribuzione della somma erogata" ( così, Cassazione civile, sez. I, 11 gennaio 2001, n. 317 Banco Napoli c. Fall. Fusaro, in Giur. it. 2002, 783 nota (GUCCIONE); in termini, Cassazione civile, sez. III, 23 aprile 2001, n. 5966, Soc. Silf it. Leasing c. Casella e altro, in Banca borsa tit. cred. 2002, II, 388 nota (TARANTINO); Tribunale Frosinone, 10 ottobre 2001 Donfrancesco e altro c. Banca pop. Novara e altro, in Giur. romana 2002, 97).

Alla luce della ricostruzione operata, ove si verta in casi di finanziamenti ( mutui ) di scopo, la mancata realizzazione della destinazione prevista nel contratto importa la relativa nullità per mancanza di causa ai sensi dell'art. 1418 c.c. o per frode ex art. 1344 c.c. ( ancora Cassazione civile, sez. I, 11 gennaio 2001, n. 317, Banco Napoli c. Fall. Fusaro, in Contratti (I) 2001, 466 nota (SANTA MARIA ; prima la tesi era stata affermata da Cass. 10 giugno 1981, n. 3752, in Foro it. 1982, I, 1687 con nota di Nivarra e in Giur. it. 1981, I, 1, 1242; Cass. 2796/1972; Cass. 896/1970).

In sostanza, ove il finanziamento venga erogato solo perché ve ne sia l'utilizzazione apparentemente convenuta in sede di contratto, l'omesso perseguimento dell'obiettivo formale per la reale volontà di perseguirne altri, determina il venir meno della ragione stessa del negozio. Diversamente dai casi in cui sia il mutuatario a non ottemperare a quanto previsto, tale per cui il contratto diventa risolubile per il relativo inadempimento del mutuatario.

Tanto affermato, da un punto di vista normativa si dubita che il mutuo fondiario, cui appartiene quello in esame, abbia mai assunto i connotati di un finanziamento con destinazione.

La dottrina ha giustamente evidenziato, in proposito, che originariamente – ovvero nell'art. 12 del RD n. 646/1905 – alcuno scopo veniva attribuito al mutuo, da limitarsi testualmente ad affermare che "il credito fondiario ha per oggetto: a) di prestare per prima ipoteca sopra immobili e fino alla metà del loro valore somme rimborsabili con ammortizzazione; d) di fare anticipazioni in seguito all'apertura di un credito a conto corrente, garantito da ipoteca alle stesse condizioni dei prestiti".

Ugualmente scevra dall'attribuzione di vincoli di destinazione al mutuo fondiario appariva il testo successivo dell'art. 2 del D.P.R. 7/1976, ove stabiliva che "il credito fondiario ha ad oggetto: a) la concessione di mutui garantiti da ipoteca di primo grado su immobili, il cui valore cauzionale sia almeno pari al doppio delle somme mutate, ammortizzabili ratealmente in un periodo di tempo non inferiore a 10 anni e non superiore a 25. b) la concessione di anticipazioni di durata superiore a 18 mesi, garantite da ipoteca, alle stesse condizioni dei mutui previste dalla lettera a", nonché quello dell'art. 3, che aggiunge "L'Ente, qualora reputi conveniente l'operazione di mutuo, stipulerà con il mutuatario un contratto destinato ad avere effetto dopo che, avvenuta la iscrizione dell'ipoteca, ecc."

Ora il Testo unico bancario contenuto nel d.lgs. 1 ° settembre 1993, n. 385, applicabile alla fattispecie in esame, ha fornito una nozione di credito fondiario definendolo all'art. 38 come "la concessione da parte di banche di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili".

### **IL CASO.it**

L'articolato ha poi aggiunto che il grado primo dell'ipoteca non è requisito essenziale alla configurazione del negozio, potendo la Banca d'Italia, a tanto facultata dalla norma in esame, determinare anche "le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni non impedisce la concessione dei finanziamenti".

Con circolare del 26 giugno 1995 la Banca d'Italia ha conseguentemente stabilito che la concessione del finanziamento possa avvenire fino all'80% del valore dei beni ipotecati oppure del costo delle opere da eseguire sugli stessi ivi compreso quello dell'area o dell'immobile da ristrutturare.

### **IL CASO.it**

Tale limite può essere elevato fino al 100% solo in presenza di garanzie integrative.

Quindi le precedenti iscrizioni ipotecarie non sono tali da escludere la qualifica fondiaria del finanziamento se si rimane nei limiti di ammontare massimo sopraindicato sommando all'importo del nuovo finanziamento quello del capitale residuo del finanziamento precedente. Ciò posto, la legge ha escluso limitazioni soggettive quanto all'erogazione del mutuo fondiario, tal per cui è ammesso che qualunque banca possa procedere ai fini; viceversa, si è limitata a connotare oggettivamente la fattispecie, individuandola nei finanziamenti a medio o a lungo termine, cioè di durata superiore a diciotto mesi, con contestuale iscrizione di ipoteca volontaria su bene immobile di primo grado o di grado successivo a condizione che ricorra il presupposto di capienza di valore del bene immobile e con la volontà delle parti di ricondurre l'operazione alla disciplina applicabile alla citata figura.

In linea con lo sviluppo normativo esaminato, la Suprema Corte ha affermato che la somma erogata dall'istituto mutuante non deve essere necessariamente destinata allo scopo di miglioramento dei fondi sui quali è iscritta l'ipoteca, in ciò sostenuta anche dai giudici di merito (Cass. Civ. 11 gennaio 2001, n. 317, in *Giur. it.*, 2002, 783, già citata, che appunto sostiene che " la mancata utilizzazione del finanziamento a scopo di miglioramento fondiario non autorizza, di per sé, il giudice di merito, in assenza di ulteriori pattuizioni di tipo convenzionale, idonee a modificare la natura del negozio, a dichiararne ipso facto la nullità ex art. 1418 c.c. "; in tal senso anche la giurisprudenza di merito: App. Milano 25 maggio 1993, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 618, con nota di G. Presti; App. Napoli 12 marzo 2004, in *Giur. nap.*, 2004, 274; Trib. Roma 2 gennaio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 2189).

In definitiva, il mutuo fondiario previsto dal Testo Unico bancario non presenta valenza propria di mutuo di scopo legale, per cui la sua utilizzazione può essere diretta ad un'indefinita congerie di obiettivi.

Nell'ambito di questi ultimi si è soliti assistere alla funzionalizzazione dell'istituto al ripianamento dell'esposizione debitoria pregressa del mutuatario.

Con tale schema il debitore ottiene di rinegoziare la complessiva esposizione, con una rimodulazione temporale e qualitativa del rientro; la banca, dal suo canto, sostituisce ad un credito chirografario un proprio credito ipotecario.

In considerazione dell'assenza di una deviazione di una tale fattispecie dalla schema di mutuo di scopo voluto dal legislatore, proprio perché tale non può appunto qualificarsi il novello mutuo fondiario, infondata appare la configurazione di frode alla legge ex art. 1344 c.c. di tutti i casi in cui la banca riqualifichi - con le dette modalità - la pretesa vantata nei confronti del mutuatario; in particolare, manca una norma imperativa che impedisca all'istituto di credito ed al beneficiario di contrarre un finanziamento diretto a rendere privilegiato il credito originariamente chirografario dell'ente.

Potrebbe al più ipotizzarsi, nel caso, una frode diretta ai danni dei terzi, una lesione del par condicio credito rum, che tuttavia non determina una nullità del contratto a norma del menzionato art. 1344 ("Il negozio in frode alla legge è quello che persegue una finalità vietata in assoluto dall'ordinamento in quanto contraria a norma imperativa o ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume ovvero perché diretta ad eludere una norma imperativa. L'intento di recare pregiudizio ad altri soggetti non rientra di per sé nella descritta fattispecie, sia perché il negozio in frode alla legge è ipotesi del tutto distinta da quella del negozio in frode ai terzi, sia perché non si rinvia nell'ordinamento una norma che stabilisca in via generale, come per il primo tipo di contratto, l'invalidità del contratto stipulato in frode ai terzi, ai quali ultimi, invece, l'ordinamento accorda rimedi specifici, correlati alle varie ipotesi di pregiudizio che essi possano risentire dall'altrui attività negoziale" Cass. civ., Sez. I, 29/05/2003, n.8600, Fall. Soc. Semeraro e Milano C. Soc. Fin Puglia, *Mass. Giur. It.*, 2003, *Gius*, 2003, 22, 2522, Guida al Diritto, 2003, 45, 76, *Arch. Civ.*, 2004, 372).

Queste considerazioni, tuttavia, potrebbero trovare un limite alla rilevanza penale della condotta posta in essere nei termini richiamati.

### **IL CASO.it**

Va rammentato, al riguardo, che "in tema di bancarotta preferenziale, la locuzione "simulazione" di cui all'art. 216, comma terzo, seconda parte L.F. non va intesa in senso

civilistico, poiché la ratio della previsione è quella di sanzionare sia le condotte che realizzino la costituzione fittizia di un titolo preferenziale sia quelle che trasformino un credito chirografario in credito privilegiato con la costituzione effettiva di una garanzia in presenza dello stato di insolvenza, posto che entrambe conducono al medesimo risultato di alterazione della par condicio credito rum" (Cass. Pen. sez. V, 08-04-2004, n. 16688 Geraci V - Imp. P.G. in proc. Manfredini e altro)

### **IL CASO.it**

Nel giungere a tale conclusione i Supremi Giudici sono partiti dalle ipotesi in cui una banca è titolare nei confronti del cliente di un credito chirografario scaduto ed esigibile, sussiste l'impossibilità di rientro da parte del debitore, interviene un accordo tra le parti teso alla concessione di un nuovo fido nelle forme del mutuo di scopo, nel senso della destinazione del beneficio a ripianare - in tutto o in parte - l'esposizione pregressa, si costituisce nel contesto una garanzia ipoteca sulla concessione erogata.

In tali casi il risultato, come evidente, è quello del mutamento qualitativo del credito bancario, che da chirografario diventa privilegiato.

Ebbene, a fronte di tale schema la Suprema Corte si è preoccupata di verificare se ricorressero o in quali termini potessero ricorrere i presupposti della fattispecie criminosa di cui agli artt. 223 - 216 terzo comma legge fallimentare, ovvero della bancarotta preferenziale mediante "simulazione di titoli di prelazione".

In primo luogo può escludersi, come ritiene anche la dottrina, che il meccanismo citato integri la bancarotta preferenziale per effetto del pagamento di un creditore.

Ed invero, attraverso la stipula del mutuo ipotecario la banca non riceve l'estinzione di tutta la posizione, quanto la novazione della medesima attraverso il beneficio della riqualificazione relativa.

Del resto non può sottacersi che l'ipotesi esaminata dalla Suprema Corte neppure realizzi la simulazione civilisticamente intesa.

Sia la conclusione del mutuo che la costituzione di ipoteca a garanzia del rientro delle somme mutate appaiono infatti realmente volute dalle parti, tal al più da configurare il caso di "meccanismo solutorio anomalo" ai sensi dell'art. 67 primo comma n. 2) legge fallimentare.

Alla luce di tale ricostruzione, non ricorrendo né i profili del simulacro dell'operazione né dalla difformità tra manifestazione e volontà dei soggetti implicati dal mutuo - che quindi esiste e deve esistere al fine di sostituire al debito originario uno diverso, in cui la posizione del creditore sia massimamente tutelata - ove si accedesse alla tesi che la simulazione richiesta dall'art. 216 terzo comma, legge fallimentare non è null'altro che quella prevista dal codice civile, allora il caso esaminato non assumerebbe alcuna rilevanza penale.

La dottrina dibatte sul punto, assumendo che la legge penale richiama a volte in senso atecnico istituti che trovano collocazione civilistica.

Peraltro, anche a voler interpretare atecnicamente il concetto di simulazione della garanzia, è corretto sostenere che l'opzione non avrebbe l'effetto di far rientrare la fattispecie esaminata tra quelle sanzionate dall'art. 216, comma 3, l.f., in considerazione del fatto che con il mutuo ipotecario concesso per ripianare pregresse esposizioni le parti effettivamente vogliono perseguire il fine proprio dello schema negoziale, ovvero scambiare il beneficio della dilazione del debito con l'apprestamento di una garanzia novativa ipotecaria in favore del mutuante.

Aderendo a tale impostazione, come afferma la S.C. nel caso di specie, si finirebbe per ritenere non penalmente sanzionabile una condotta che tuttavia lede la par condicio credito rum.

Allora, secondo la decisione in esame, bisogna porsi nell'ottica della funzione incriminatrice della norma, valutando la complessiva operazione posta in essere con il finanziamento destinato.

Il fatto che le parti abbiano adottato un "tipo" contrattuale previsto dall'ordinamento non determina, in definitiva, che esso sia valido e produttivo di effetti quando sia caratterizzato, a livello non solo di causa ma anche di motivi comuni, da illiceità per contrarietà a norme imperative, ovvero posto in essere con finalità, penalmente sanzionate, di frode alla legge o ai creditori.

### **IL CASO.it**

Nell'ambito della valutazione di offensività della condotta deve quindi tenersi conto che il mutuo ipotecario che si innesta su una situazione debitoria pregressa come tale non ha giustificazione giuridico-economica, tale da escluderne il carattere preferenziale vietato dalla disposizione in esame.

Il debitore, in particolare, in tali casi non è libero di disporre delle somme mutate; si verifica, piuttosto, un uso anomalo del mutuo ipotecario che realizza una funzione di pura autotutela di un singolo creditore in danno degli altri ("In tema di bancarotta preferenziale, la locuzione "simulazione" di cui all'art. 216, comma terzo, seconda parte, L.F. (R.D. 16 marzo 1942 n. 267) non va intesa in senso civilistico, poiché la "ratio" della previsione è quella di sanzionare sia le condotte che realizzino la costituzione fittizia di un titolo preferenziale sia quelle che trasformino un credito chirografario in credito privilegiato con la costituzione effettiva di una garanzia in presenza dello stato di insolvenza, posto che entrambe conducono al medesimo risultato di alterazione della "par condicio creditorum" Cass. pen., Sez. V, 02/03/2004, n.16688, cit., in CED Cassazione, 2004, Fallimento, 2005, 7, 781, nota di STALLA, Riv. Pen., 2005, 639). C:\IPSOAWIN\FALLIM\TEMP\~vdk5945.htm - h2NT11#h2NT11

### **IL CASO.it**

Ciò detto, la norma penale sembrerebbe rivolta solo al fallito (ovvero, per il richiamo estensivo dell'art. 223 legge fallimentare, agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite), qualificandosi alla stregua dei reati "propri".

La Suprema Corte ha tuttavia dato per scontato che alla fattispecie possa partecipare l'extraenus, quindi al creditore.

Sul piano oggettivo e causale, la responsabilità andrebbe affermata nei casi in cui il creditore abbia indotto il debitore al pagamento o alla costituzione della prelazione in danno degli altri creditori; ricorrendo, peraltro, i requisiti ulteriori del carattere preferenziale dell'atto, della sua dannosità per la generalità degli altri creditori, nonché dello stato prefallimentare (o fallimentare) del debitore.

A fronte della superiore rappresentazione, può dirsi quindi priva di fondamento la tesi sostenuta dalla curatela, a proposito della nullità del mutuo dedotto per deviazione dallo schema tipico voluto dal legislatore.

La mancanza di uno scopo legale, in particolare, diverso da quello proprio del ripianamento di pregresse esposizioni del debitore, esclude che la funzionalizzazione del contratto ai fini da ultimo indicati integri una frode sanzionata a livello civilistico.

Né il fallimento ha dedotto che vi sia stato un patto di distrazione delle somme mutate, ovvero una occultata destinazione degli importi erogati per finalità difformi da quelle convenzionali.

Non può dirsi, in definitiva, che il negozio sia affetto da nullità anche sotto il profilo della mancanza di causa.

Risulta oltremodo dubitale che la fattispecie abbia ingenerato una condotta penalmente rilevante delle parti, violativa di quanto previsto dall'art. 216, comma 3, l.f.

E' bene evidenziare, in proposito, che la norma penale prevede - come detto - il pagamento preferenziale del creditore ovvero la simulazione della garanzia in relativo favore.

Nel caso che occupa, premesso che non risulta in atti se l'operazione avversata abbia costituito oggetto d'esame e di decisione in sede penale, in relazione alle conseguenze ascrivibili alle pronunzie ivi rese a norma degli artt. 651, 652 e 654 cpp, occorre rilevare che alcun pagamento appare realizzato in favore del Banca; piuttosto la stipula di un negozio diretto a vincolare il debitore al ripianamento dilazionato degli importi finanziati dall'istituto.

Quanto alla simulazione della garanzia, pur accedendo alla condivisibile interpretazione dei Supremi Giudici, riguardo alla ricorrenza della fattispecie nelle ipotesi in cui la complessiva operazione sia diretta a preferire il creditore mutuante rispetto agli altri, va rilevato che il caso in esame differisce da quello testè richiamato.

### **IL CASO.it**

La lettura del contratto, infatti, consente di rilevare che il finanziamento alla C. Srl era diretto a che la beneficiaria provvedesse al ripianamento di esposizione nei riguardi di altri soggetti (testualmente " per il consolidamento di passività bancarie a breve").

In particolare la curatela non allega, né fornisce prova, in ordine ad un mutamento qualitativo di eventuale credito vantato nei confronti della fallita da parte dell'istituto mutuante, conseguente all'esaminata operazione. Tale deficit fa concludere che il Banca, prima del finanziamento, non vantasse alcuna diversa pretesa rispetto alla beneficiaria.

In considerazione dell'esigenza di verificare la effettiva sussistenza degli elementi del reato di bancarotta preferenziale, ipotizzato dalla curatela, dovrebbe quindi risultare in atti la dimostrazione della consapevolezza da parte dell'opponente di concorrere ad una fattispecie criminosa, ovvero di partecipare ad un disegno - unitamente alla C. e a non meglio identificati creditori della predetta - diretto a danneggiare ulteriori aventi diritto dalla

società, pendenza una situazione pre fallimentare della stessa.

Inutile dire come manchi ogni allegazione in tema: in particolare, non è dato sapere se nel 1997 la C. Srl versasse in uno stato di difficoltà economica e finanziaria, se e quali fossero i debiti bancari e quelli di altra natura, se tali debiti abbiano trovato collocazione in sede fallimentare, se di tali complessive esposizioni la mutuante aveva conoscenza.

Può concludersi, pertanto, della insussistenza dei presupposti invocati dall'art. 216, comma 3, l.f. e della conseguente nullità del contratto di mutuo.

### **IL CASO.it**

Miglior sorte non merita, ad onor del vero, la difesa della curatela a proposito dell'assenza dei requisiti dimensionali dell'operazione avversata, in considerazione di quanto richiesto dalla legge e dalle istruzioni della Banca d'Italia sul mutuo fondiario.

A ben vedere, infatti, il finanziamento risulta erogato in misura pari a £. 2.300.000.000 a fronte di un valore dei beni concessi in garanzia di £. 7.900.000.000; nel contratto, del resto, la concedente la garanzia assume la libertà dei beni da ulteriori vincoli.

Nei termini esaminati l'operazione pare rispettare i parametri indicati dalla banca centrale; né, per altro, il fallimento ha dedotto alcunché in merito ad un diverso valore dei cespiti o ad una presenza di ulteriori vincoli operanti sui medesimi.

Può convenirsi, quindi, che anche sotto tale profilo il contratto risulta immune da vizi.

Rimane da verificare, al punto, se trovi fondamento l'eccezione di revocabilità del mutuo ai sensi degli artt. 66 e 2901 c.c., pure invocati dal resistente.

In primo luogo va evidenziato in tema che "presupposto per l'applicabilità della disciplina della revocatoria ordinaria alla costituzione di ipoteca contestuale a una operazione di mutuo fondiario, ai sensi del combinato disposto degli artt. 66 l. fall. e 2901 cod.civ., è l'inopponibilità alla massa fallimentare del contratto di mutuo. Ne consegue che, qualora il credito fondato su un contratto di mutuo fondiario sia stato ammesso allo stato passivo fallimentare, deve necessariamente riconoscersi anche l'ipoteca contestualmente costituita, la quale non può, quindi, essere revocata. (Nella specie, il giudice del merito aveva dichiarato la simulazione relativa di un contratto di mutuo fondiario, riguardante soggetto in seguito fallito, e revocato ex artt. 66 l. fall. e 2901 c.c. la ipoteca costituita nello stesso atto, sotto il profilo che il vero intento delle parti fosse stato quello di creare una nuova garanzia a difesa di crediti pregressi della banca per saldo passivo di conto corrente pagati con la somma mutuata, che, tuttavia, era stata ammessa al chirografo nel passivo del fallimento.) (Cassa e decide nel merito, App. Bolzano, 17 Marzo 2003) (Cass. civ., Sez. I, 06/11/2006, n.23669, Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A. C. Fallimento Thermoimpianti s.a.s. di Doriguzzi Lutin Massimo & Co., Mass. Giur. It., 2006, CED Cassazione, 2006, Fallimento, 2007, 2, 214, Impresa, 2007, 3, 490, Fallimento, 2007, 6, 651, Vita Notar., 2007, 3, 1087, nota di DE POLI).

Alla luce di tale interpretazione, che merita assoluta condivisione, corretta appare la scelta del fallimento, di promuovere l'eccezione di revocabilità in ordine a tutta l'operazione; essa, peraltro, risulta coerente con il provvedimento avversato, a mezzo del quale il GD ha rigettato totalmente la domanda d'insinuazione proposta dal Banca in prime cure.

In definitiva, ove l'importo di un mutuo fondiario con costituzione di ipoteca venisse utilizzato per il pagamento di debiti preesistenti, l'inopponibilità per revoca non potrebbe riguardare la sola garanzia, ma dovrebbe essere necessariamente estesa al mutuo.

La revoca dell'intera operazione e, quindi, anche del mutuo comporterebbe, tuttavia, la necessità di ammettere al passivo la somma erogata in virtù del mutuo revocato, atteso che all'inefficacia del contratto conseguirebbe pur sempre la necessità di una restituzione in moneta fallimentare (in termini Cass. civ., Sez. I, 20/03/2003, n.4069, Banca Popolare dell'Emilia Romagna C. Fall. Gobbi, Mass. Giur. It., 2003, Gius, 2003, 14, 1585, Fallimento, 2004, 6, 635, nota di BRUSCHETTA).

Ove accolta, quindi, l'eccezione della resistente procedura imporrebbe l'insinuazione al passivo della banca, sia pur con collocazione chirografaria.

### **IL CASO.it**

Ciò premesso, i presupposti per l'esercizio dell'azione ex art. 66 l.f. sono i medesimi di quelli previsti dall'art. 2901 c.c., costituiti dal fatto che l'atto abbia aggravato il dissesto (eventus damni), dalla consapevolezza da parte del debitore di tale pregiudizio (scientia damni) ed, in caso di atti a titolo oneroso, anche da parte del terzo (participatio fraudis), presupposti che dovranno essere accertati in concreto, senza il ricorso a presunzioni.

Il curatore fallimentare dovrà, inoltre, offrire la prova dell'esistenza di uno o più crediti anteriori al compimento dell'atto ritenuto pregiudizievole, (Cass., 12-9-1998, n. 9082 )

ovvero della ricorrenza del presupposto della *participatio fraudis* del debitore fallito ( Cass. Civ. 11916/2001).

### **IL CASO.it**

Per quanto concerne, in particolare, la prova dell' *eventus damni*, occorre ricordare che "nell'azione revocatoria ordinaria esercitata dal curatore fallimentare, se non rileva - come in genere nella revocatoria ordinaria - una mera diminuzione della garanzia patrimoniale, ove non ne consegua un'insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare i creditori, rileva, tuttavia, ogni aggravamento della insufficienza dei beni del debitore ad assicurare la garanzia predetta. (Nella fattispecie la S.C. ha quindi confermato la decisione dei giudici di merito di accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria relativa alla cessione di un credito destinata all'estinzione di debiti del cedente, poi fallito, verso il cessionario)" Cass. civile, sez. I, 27-01-2006, n. 1759 - Pres. DE MUSIS Rosario - P.M. Russo L. A. - Capitalia s.p.a. c. Pallacanestro Trapani s.p.a.); tuttavia il curatore dovrà fornire la dimostrazione che " il credito dei creditori ammessi o di alcuni dei creditori ammessi al passivo era già sorto al momento del compimento dell'atto che si assume pregiudizievole, quale era la consistenza dei loro crediti, quale era la consistenza quantitativa e qualitativa del patrimonio del debitore subito dopo il compimento dell'atto che si assume pregiudizievole, consentendo soltanto la acquisizione di tali dati di verificare in concreto, attraverso il loro raffronto, se l'atto in questione abbia effettivamente pregiudicato le ragioni dei creditori". (Cass. civile, sez. I, 12-09-1998, n. 9092 - Pres. Sensale A - Rel. Fioretti FM - P.M. Maccarone V (Conf.) - Fallimento Contratti Walter c. Banca Popolare di Cremona s.r.l.).

Sostiene in proposito ed ancor più di recente la Suprema Corte, che il curatore del fallimento che esperisca l'azione revocatoria ordinaria non può limitarsi a far genericamente valere le ragioni creditorie del fallimento, essendo, invece, tenuto, a fornire la prova che il credito di cui si tratta sia stato insinuato nella massa fallimentare (Cass. civile, sez. I, 06-08-2004, n. 15257 Società Gestione Supermercati Cassia a r.l c. Fall. Società CO.AL.P).

La ragione di tale affermazione risiede innanzitutto nel fatto che, venendo meno il soggetto debitore, a seguito del fallimento, ed assommando in generale in sé il curatore il duplice ruolo di sostituto del debitore fallito e di rappresentante della massa dei creditori ammessi al passivo, si instaura un rapporto processuale non più trilaterale, ma bilaterale, ove il curatore prende le posizioni del debitore e del creditore, restando invariata quella del terzo partecipe dell'atto dispositivo.

In secondo luogo, essendo il curatore l'unico soggetto cui l'art. 66, legge fallimentare, riconosce la legittimazione attiva, si viene a creare, agendo sulla base di tale norma, una scissione tra chi ha subito il danno ed il credito violato.

Ciò perché il rappresentante della curatela si fa carico, per scelta legislativa, della tutela dell'intera massa dei creditori; su tali base egli è onerato della dimostrazione della sussistenza originaria del credito, nonché della relativa persistenza sino al momento in cui gli organi fallimentari hanno deciso di agire, presunta sulla base della già intervenuta ammissione dello specifico credito allo stato passivo del fallimento.

Ciò comporta, dunque, il fatto che, per poter agire in revocatoria ordinaria, il curatore non può limitarsi a prendere in considerazione l'esistenza di un atto dispositivo che appare integrare i presupposti di cui all'art. 2901, codice civile, ma deve innanzi tutto sincerarsi che tra i crediti ammessi allo stato passivo ve ne sia almeno uno già esistente al compimento dell'atto; oppure, al contrario, che un credito esistente a tal momento sia stato effettivamente ammesso allo stato passivo.

### **IL CASO.it**

La giurisprudenza di legittimità ha statuito poi che per integrare la prova del *consilium fraudis* è sufficiente la semplice conoscenza nel debitore fallito del pregiudizio che l'atto arreca alle ragioni del creditore e pertanto prescinde dalla specifica conoscenza del credito per la cui tutela la revocatoria viene proposta, essendo sufficiente che la consapevolezza investa la riduzione della consistenza del patrimonio del debitore in danno dei creditori complessivamente considerati (Cass., 20-2- 1989, n. 987; Cass., 1-12-1987, n. 8930; Cass., 8-11-1985, n. 5451).

Per quanto concerne, infine, la posizione soggettiva dei terzi acquirenti, si deve rammentare che "quanto alle condizioni per l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria allorché l'atto di disposizione è successivo al sorgere del credito è necessaria e sufficiente la consapevolezza di arrecare pregiudizio agli interessi del creditore ("*scientia damni*") essendo l'elemento soggettivo integrato dalla semplice conoscenza, cui va equiparata l'agevole conoscibilità, nel debitore - e, in ipotesi di atto a titolo oneroso, nel terzo - di tale pregiudizio, a prescindere

dalla specifica conoscenza del credito per la cui tutela viene esperita l'azione e senza che assumano rilevanza l'intenzione del debitore di ledere la garanzia patrimoniale generica del creditore ("consilium fraudis"). né la partecipazione o la conoscenza da parte del terzo, in ordine all'intenzione fraudolenta del debitore" Cass. civ., Sez. III, 29/07/2004, n.14489, Garber e altri C. Garber e altri Guida al Diritto, 2004, 40, 67); in ipotesi di atto a titolo gratuito, in base al disposto di cui al 1° comma, n. 2, dell'art. 2901 c.c., non è richiesta la prova della consapevolezza in capo ai terzi del pregiudizio arrecato.

Ciò premesso, ove ricorra il caso di un mutuo fondiario indirizzato a realizzare l'estinzione di un pregresso rapporto obbligatorio chirografario intercorrente tra la banca mutuante e il soggetto mutuatario, la fattispecie non integra – come già evidenziato - quella del negozio simulato, quanto un vero e proprio procedimento indiretto, realmente voluto dalle parti al fine di garantire il mutuante - attraverso la sostituzione del precedente credito chirografario con un credito munito di causa di prelazione - dal rischio della dichiarazione di fallimento del mutuatario.

Così qualificata l'operazione, essa provoca la lesione della par condicio creditorum, ed è suscettibile di revocatoria ai sensi dell'art. 67, primo comma, legge fallimentare, quale solutorio anormale intervenuto nel periodo sospetto ( in termini, da ultimo, Trib. Bari, 18/02/2008, Fallimento Fin Turismo S.r.l. C. Capitalia S.p.a., Fallimento, 2008, 5, 611).

Tale ricostruzione risulta ormai condivisa anche in sede di giurisprudenza di legittimità, laddove i Supremi Giudici paiono preferirla rispetto alla ipotesi della simulazione ( anche parziale) del contratto o della relativa nullità per frode alle legge ( vedasi, ad esempio: "l'inopponibilità al fallimento del mutuo fondiario per nullità, simulazione ovvero revoca esclude il cosiddetto beneficio del consolidamento, previsto dall'art.39 comma 4, d.lgs. n.385 del 1993; ne consegue che, laddove la fattispecie sia ricostruita come procedimento indiretto anormalmente solutorio (costituito dal mutuo e dall'utilizzazione della somma accreditata a quel titolo ad estinzione di preesistente credito del mutuante verso il mutuatario) e quindi il contratto di mutuo venga revocato, anche l'ipoteca perde la qualificazione, che deriva dal contratto, di ipoteca iscritta a garanzia del mutuo fondiario. (Rigetta, App. Brescia, 11 Aprile 2003)" Cass. civ., Sez. I, 01/10/2007, n.20622, Cassa Padana Banca di Credito Cooperativo soc. coop. a r.l. C. Fallimento Calzaturificio LEM di M.L.M., Mass. Giur. It., 2007, CED Cassazione, 2007, Fallimento, 2008, 1, 95).

### **IL CASO.it**

Rapportando l'interpretazione al caso in cui la costituzione di siffatto mutuo ipotecario sia avvenuta al di fuori del periodo sospetto e, comunque, nell'ambito soggetto alla previsione di cui all'art. 66 l.f., da un punto di vista oggettivo potrebbe dirsi che l'eventus damni risulti realizzato dalla riqualificazione del debito preesistente con il mutuante - con conseguente vincolo di garanzia reale sui beni del debitore - oltre che dalla conseguente lesione delle aspettative degli altri creditori.

Da un punto soggettivo, potrebbe ritenersi sussistere la consapevolezza del pregiudizio da parte del debitore ove questi abbia ben in mente che, così operando, vengono danneggiati altri aventi diritto nei suoi confronti, che vedano più difficile la realizzazione delle relative pretese, garantite dal patrimonio altrui; potrebbe considerarsi esistere la scientia damni del il mutuante ove questi abbia conoscenza di ulteriori esposizioni del proprio debitore.

Nella fattispecie non pare applicabile il meccanismo revocatorio proposto dalla curatela.

In primo luogo non esiste alcuna prova, come innanzi accennato, che al momento della stipulazione del mutuo il Banca fosse già creditore della C..

Manca, quindi, il presupposto individuato nella corrente interpretazione per configurare il procedimento indiretto, ovvero quel meccanismo teso a rinegoziare la posizione di un solo creditore a danno degli altri.

Pur a voler diversamente opinare, occorrerebbe che in atti emergesse l'esistenza all'epoca di altri debiti della società fallita; ed invero, secondo lo schema negoziale in esame, parrebbe che la mutuataria, attraverso il beneficio ottenuto dalla banca, sia stata in grado di ripianare le esposizioni nei confronti di altri istituti di credito.

Si vuole dire, in soldoni, che se è vero che esistevano debiti pregressi della fallita al momento della conclusione del contratto, e che di ciò mostravano di esseri consapevoli sia l'ente finanziatore che il beneficiario, proprio attraverso il mutuo questi parrebbero aver trovato soddisfazione.

In ragione di tale ricostruzione, pare difficile sostenere la ricorrenza del consilium fraudis da parte della C. Srl.

A ciò aggiungasi che il fallimento non ha reso alcuna dimostrazione che la società avesse ulteriori e diversi debiti, rispetto a quello nei confronti del ceto bancario soddisfatto dall'operazione, e che questi siano persistiti sino all'ammissione al passivo fallimentare.

In conclusione, se già astrattamente la configurabilità stessa del presupposto del pagamento anormale mediante procedimento indiretto – quale presupposto oggettivo della revocatoria eccepita dalla massa – appare di difficoltoso riscontro, da un punto di vista concreto la difesa della curatela crolla addirittura sul punto della dimostrazione dei presupposti del rimedio pauliano.

**IL CASO.it**

Ci si trova in presenza, in conclusione, di un mutuo immune dai vizi causali e apparentemente non revocabile.

Del resto, come anticipato nella premessa della motivazione, non risulta in dubbio che l'erogazione in favore della C. sia avvenuta e che questa abbia beneficiato del contributo sugli interessi da parte del Banca Centrale.

Sovviene sul punto, come detto, la quietanza, l'atto di erogazione, la corrispondenza tra il mutuante e l'istituto da ultimo citato, il piano di ammortamento accluso al contratto e la nota d'iscrizione ipotecaria.

La contribuzione sugli accessori, peraltro, trova giustificazione nella natura dell'operazione, in ragione dell'oggetto del ripianamento di passività a breve da parte del mutuatario nei confronti del sistema creditizio (testualmente, l'art. 11, comma 2, della L. 598/1994 così prevede: "Le disponibilità del fondo rotativo di cui alla legge 28 novembre 1980, n. 782 , nonché i relativi rientri, salvo quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 149 , convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 237, affluiscono al fondo per la concessione di contributi sul pagamento di interessi di cui all'articolo 3 della legge 28 maggio 1973, n. 295 (11). 2. Le disponibilità del fondo di cui all'articolo 3 della legge 28 maggio 1973, n. 295 , possono essere utilizzate, oltre che per le operazioni di acquisto di macchine utensili di cui alla legge 28 novembre 1965, n. 1329 , e per le altre operazioni previste dalla vigente normativa, anche per la corresponsione di contributi agli interessi a fronte di finanziamenti concessi da banche a piccole e medie imprese, con particolare riguardo a quelle ubicate nei territori dell'obiettivo 1 del regolamento (CEE) n. 2081/93 del Consiglio del 20 luglio 1993, come definite dalla disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato destinati a: a) operazioni di consolidamento a medio termine di passività a breve nei confronti del sistema bancario, in essere alla data di presentazione della domanda di finanziamento e, comunque, risultanti alla data dell'ultimo bilancio approvato o dalle scritture contabili obbligatorie, di durata non superiore a cinque anni e per un importo massimo non superiore a tre miliardi di lire; b) investimenti per la ricerca industriale, per l'innovazione tecnologica, organizzativa e commerciale, per la tutela ambientale e per la sicurezza sui luoghi di lavoro (12). 2-bis. Le agevolazioni a valere sulle operazioni di cui alla lettera b) del comma 2 sono concesse, anche nella forma del contributo in conto capitale, alle condizioni stabilite nell'esercizio delle funzioni conferite alle regioni ai sensi dell'articolo 19 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (13). 3. Qualora le imprese beneficiarie non destinino i finanziamenti agevolati di cui al comma 2 secondo le finalità e le modalità di cui alle lettere a) e b) del medesimo comma 2, il contributo agli interessi è revocato e le somme erogate a tale titolo devono essere restituite al Fondo, maggiorate in ragione di un tasso pari al rendimento medio dei BOT a 12 mesi rilevato nel semestre precedente").

Anche sotto tale profilo non appare quindi discutibile la legittimità del mutuo di scopo esaminato.

**IL CASO.it**

Quanto alle ulteriori eccezioni svolte dalla procedura resistente, a proposito della nullità degli interessi praticati sul rapporto per violazione della disciplina in materia di usura, occorre premettere che "la disciplina relativa ai tassi di interesse sui mutui introdotta dalla legge 7 marzo 1996, n. 108, recante disposizioni in materia di usura - e quindi anche quella dettata dall'art. 1 del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito in legge 28 febbraio 2001, n. 24, di interpretazione autentica della precedente - non può essere applicata a rapporti completamente esauriti prima della sua entrata in vigore, senza che rilevi, in senso contrario, la pendenza di una controversia sulle obbligazioni derivanti dal contratto e rimaste inadempite, le quali non implicano che il rapporto contrattuale sia ancora in atto, ma solo che la sua conclusione ha lasciato in capo alle parti, o ad una di esse, delle ragioni di credito". (Cass. civ., Sez. I, 22/07/2005, n.15497, Tonini C. Fintermal Srl, Mass. Giur. It.,

2005, CED Cassazione, 2005; in termini App. Napoli, Sez. III, 20/09/2007).

E' noto, in tema, che per effetto della legge 24/2001, ove il rapporto di mutuo sia soggetto alle disciplina antiusura richiamata, la verifica sul rispetto del tasso soglia deve essere condotta al momento della convenzione ("Ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento").

**IL CASO.it**

Nel caso in esame il contratto, stipulato tra le parti in data 21 febbraio 1997, non era certamente esaurito nei suoi effetti rispetto all'entrata in vigore della legge 108/1996; in virtù di tale riscontro, la fattispecie andrebbe soggetta alla disciplina da ultimo riportata.

Sta di fatto che all'art. 1 la Legge 108/96 stabiliva: "Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito) ( nella fattispecie, interesse convenzionale 6,750 + 1,25; interesse mora, 15,250 + 1,25; nullità interessi di mora).

Il Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli artt. 106 e 107 del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 , nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione, corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale. La prima classificazione di cui al comma 2 dell'articolo 2 verrà pubblicata entro il termine di centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Entro i successivi centottanta giorni sarà pubblicata la prima rilevazione trimestrale di cui al comma 1 del medesimo articolo 2. Fino alla pubblicazione di cui al comma 1 dell'articolo 2 è punito a norma dell'articolo 644, primo comma, del codice penale chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643 del codice penale, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, da soggetto in condizioni di difficoltà economica o finanziaria, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e ai tassi praticati per operazioni similari dal sistema bancario e finanziario, risultano sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità. Alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dall'articolo 644, primo comma, del codice penale, procura a soggetto che si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria una somma di denaro o altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto, risulta sproporzionato rispetto all'opera di mediazione (8").

Al momento della stipula del finanziamento, invero, non era stata ancora pubblicata la prima rilevazione dei tassi soglia, tal per cui esso rimaneva soggetto al regime anteriore alla legge antiusura.

Sul punto, va ricordato che secondo la costante giurisprudenza di legittimità "ante lege" n. 108 del 1996 la pattuizione di interessi elevati non costituiva motivo di illiceità del negozio essendo illecito solo quello in cui si ravvisavano gli estremi del reato di usura a norma dell'art. 644 c.p. con conseguente possibilità di ritenere l'illiceità del contratto solo se ricorrevano un vantaggio usurario, lo stato di bisogno del debitore e l'approfittamento del creditore.

**IL CASO.it**

In particolare il reato di usura si riteneva sussistesse solo quando chi contraeva il debito aveva agito in uno stato di bisogno che aveva determinato una situazione di assillo economico impellente che, senza escluderla, aveva limitato la libertà di scelta del soggetto passivo inducendolo ad accettare le esose condizioni usurarie ( in termini Trib. Brescia, Sez. II, 27/10/2003, F.P. e altri C. S.B.s.p.a., Mass. Trib. Brescia, 2004, 60).

Nel caso in esame non esiste alcuna prova che la C. versasse in stato di bisogno e che il Banca ne abbia profittato; anche sotto tale profilo, pertanto, le difese di parte resistente non possono trovare accoglimento.

Diversamente merita condivisione l'eccezione del fallimento a proposito degli interessi di

mora invocati dall'opponente, da calcolare solo sulla sorta capitale e non sul coacervo costituito dal sorta ed interessi convenzionali (al riguardo, si veda "In tema di mutuo fondiario, le S.U., risolvendo un contrasto di giurisprudenza, hanno affermato che, in ipotesi di inadempimento del mutuatario, l'esercizio della condizione risolutiva da parte dell'Istituto di credito mutuante determina la risoluzione del rapporto di mutuo, con la conseguenza per il mutuatario di provvedere, oltre al pagamento integrale delle rate già scadute, all'immediata restituzione della somma capitale, ma non degli interessi conglobati nelle semestralità a scadere, dovendosi poi calcolare sul credito così determinato gli interessi di mora ad un tasso corrispondente a quello contrattualmente pattuito, se superiore al tasso legale." Cass. civ., Sez. Unite, 19/05/2008, n.12639, Obbl. e Contr., 2008, 7, 579, nota di RUBINO, Notariato, 2008, 4, 366).

**IL CASO.it**

In definitiva, il Banca va ammesso al passivo del fallimento della Srl C., con privilegio ipotecario, per l'importo di € 1.180.784,74, oltre interessi al saggio legale sino alla liquidazione dei beni.

Nella particolare complessità delle ragioni trattate si rinvengono giusti motivi per la compensazione per metà delle spese di lite, con condanna della curatela alla rifusione del residuo nella misura di cui in dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale di Nola, prima sezione civile, giudicando in via definitiva sull'opposizione allo stato passivo del Fallimento C. S.r.l. (n. \*/00), proposta da Banca S.p.A., disattesa oltre altra istanza, eccezione e difesa, così provvede:

- accoglie parzialmente il ricorso e, per l'effetto, ammette Banca S.p.A. allo stato passivo del Fallimento C. S.r.l. (n. \*/00) in via ipotecaria per l'importo € 1.180.784,74, oltre interessi al saggio legale sino alla liquidazione dei beni della curatela;
- compensa per metà le spese di lite, con condanna del Fallimento C. S.r.l. (n. \*/00) alla rifusione del residuo, che liquida in € 862,00 per diritti, in € 4.800,00 per onorari, oltre iva, cpa e rimborso spese forfettario.

Così deciso in Nola nella camera di consiglio del 18 giugno 2008.