

LEGITTIMITA' INCONDIZIONATA DEL MUTUO FONDIARIO PER RISTRUTTURAZIONE DI PASSIVITA' PREGRESSE

(nota a Appello Perugia, 13 ottobre 2017)

di SIDO BONFATTI

1. Il fatto deciso

La Corte d'Appello di Perugia è stata chiamata ad affrontare, per l'ennesima volta, il problema della individuazione della sorte dell'erogazione di un mutuo fondiario finalizzata alla estinzione di passività pregresse.

In primo grado il Tribunale (di Terni)¹ aveva respinto la domanda di dichiarazione di nullità del mutuo fondiario – sostenuta sulla base della lamentata finalizzazione dell'erogazione alla estinzione di passività pregresse nei confronti della banca mutuante -, sulla base delle considerazioni che (i) il mutuo fondiario non è un “mutuo di scopo”, e (ii) non risultava contestato che la somma mutuata fosse stata accreditata ai mutuatari, per quanto poi utilizzata per il ripianamento di passività pregresse.

La Corte d'Appello, confermando la decisione del Tribunale, afferma ora esplicitamente che “*il contratto di mutuo fondiario può essere utilizzato per il conseguimento delle finalità più varie, e, quindi, anche per risanare una situazione di crisi, senza che possa essere contestata all'Istituto concedente la simulazione del contratto di mutuo o l'illiceità della causa*”.

¹ Trib. Terni, n. 719/2015, pubblicata in data 1° settembre 2015

2. La a più recente frontiera della Cassazione: liceità dell'erogazione di mutuo fondiario alla condizione di rivelarsi funzionale al “rifinanziamento” del debitore.

Con una recente decisione² la Suprema Corte ha precisato che, ai fini che interessano, l'operazione di erogazione di un mutuo fondiario finalizzata genericamente all'estinzione di passività pregresse va tenuta ben distinta da un'operazione che, pur utilizzando lo stesso istituto giuridico, sia rivolta al “*rifinanziamento*” del debitore.

A tale proposito peraltro la Cassazione ha addotto una serie di esempi di possibile “*rifinanziamento*” del debitore tecnicamente discutibili (essendo assai diversi gli effetti della “*erogazione di nuova liquidità*”- da intendersi come sostegno finanziario *aggiuntivo* – da quelli della applicazione di “*nuove condizioni negoziali*”), e comunque incoerenti con la affermazione che tali esempi si farebbero preferire alla operazione che rimarrebbe passibile di invalidabilità (rappresentata dalla integrale destinazione della provvista mutuata alla estinzione di passività pregresse), sostenendo che anche negli esempi citati sarebbe rinvenibile quell'elemento delle “*rinnovate tempistiche di pagamento*”, che secondo la Suprema Corte sarebbe sufficiente ad integrare il presupposto del “*rifinanziamento*”.³

Commentando tale decisione⁴, si era osservato che essa pareva prefigurare il progressivo consolidamento⁵ di un orientamento “evolutivo”, secondo il quale l'operazione rappresentata

² Cass., 13 aprile 2016, n. 7321

³ Non può essere messo in dubbio, infatti, che il rimborso decennale di una esposizione originata da un mutuo (fondiario) abbia un impatto finanziario assai diverso da quello prodotto dalla immediata esigibilità dell'intera esposizione originata da una apertura di credito in conto corrente, suscettibile di recesso *ad nutum* da parte della banca: donde la impossibilità di comprendere perché in tale operazione non possano essere riconosciuto quel fattore legato alle “*rinnovate tempistiche di pagamento*” che farebbero assumere all'operazione la funzione di “*rifinanziamento*” del debitore

⁴ BONFATTI, *Legittimo il mutuo fondiario per la ristrutturazione di passività pregresse se favorisce il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 5/2016

⁵ La sentenza in commento riprende infatti pedissequamente la decisione pronunciata poche settimane prima dalla stessa Sezione Prima della Suprema Corte, in diversa composizione: Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2016, n. 5087, la quale replicava, altrettanto pedissequamente, la precedente decisione di Cass. civ., sez. I, 29 febbraio 2016, n. 3955.

dalla erogazione di un mutuo (fondiario) finalizzata alla estinzione di passività pregresse non configurerebbe una “operazione .. diretta ad estinguere con mezzi anormali la precedente obbligazione” (con quello che si ritiene di poter conseguire sotto il profilo degli effetti – perversi - della sua assoggettabilità a revocatoria fallimentare)⁶, bensì il “ricorso al credito come strumento di ristrutturazione del debito”, in tal modo generando una “condizione che in sé, involgendo ambiti di diffusa economia reale e meritevolezza causale ormai tipicizzata, non può assumere alcuna riprovevolezza ordinamentale, nemmeno sul piano concorsuale”.

Si era peraltro anche osservato che il presupposto di tale “mutazione” rimaneva però (sempre) rappresentato dalla pretesa che l’operazione di “rifi naziamento” avesse comportato la concessione di “nuova liquidità” – che nella concezione della Suprema Corte è rappresentata da sostegno finanziario *aggiuntivo* – .

3. Possibile superamento dell’orientamento della Cassazione

La recente sentenza della Corte d’Appello di Perugia sembra superare la frontiera sin qui tracciata dalla Cassazione e non porre limiti alla liceità dell’operazione di credito fondiario (pur) finalizzata all’estinzione di passività pregresse. Tale risultato interpretativo, ove si consolidasse, dovrebbe essere salutato con favore, perché il “valore” del sostegno finanziario all’attività economica del mutuatario è insito nelle caratteristiche tecniche (credito a medio/lungo termine) del credito fondiario, senza necessità di approfondimenti ulteriori.

⁶ Gli effetti sono rappresentati, secondo l’orientamento della Suprema Corte (come puntualmente ribadito dalle già richiamate decisioni n. 5087/2016 e n. 3955/2016), dalla contemporanea assoggettabilità a revocatoria fallimentare dell’ipoteca, e dall’assoggettabilità a revocatoria pure della rimessa produttiva della estinzione della passività pregressa. In altri passi, peraltro, le decisioni richiamate alludono al carattere “anormale” della estinzione della passività pregressa tramite la erogazione del mutuo (fondiario), così prefigurando l’applicabilità dell’art. 67, co. 1, n. 2, l. fall. – ma con identici risultati economici: *il raddoppio della originaria esposizione* – quella pregressa, ricostituita dalla revoca dell’accreditamento della somma mutuata, e quella originata dal mutuo -, con collocazione *integralmente* chirografaria.

Sotto questo primo profilo va denunciato innanzitutto l'evidente errore concettuale nel quale incorre l'analisi del fenomeno economico – espresso dall'operazione in discussione - *dichiaratamente* sottesa all'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, laddove perviene ad affermare che il “vizio” rappresentato dall'operazione c.d. di “consolidamento” sarebbe costituito dalla circostanza che essa consisterebbe (testualmente) *“nell'erogazione di un finanziamento fondiario, non più, come fisiologico, per la costituzione di una provvista effettivamente nuova al sovvenuto, debitamente garantita come detto, ma per la sua (ab origine deliberata) destinazione al consolidamento (nel senso della trasformazione, con l'acquisizione di una nuova garanzia) a medio e lungo termine di passività a breve, prive di ogni garanzia ed in tal modo ripianate”*⁷.

Il grave equivoco che si deve denunciare sta in ciò: credere che la situazione nella quale il finanziamento fondiario procuri all'imprenditore la c.d. “nuova provvista” sia diversa da quella nella quale il finanziamento fondiario sia destinato all'estinzione di passività (bancarie) pregresse, mentre nessuna differenza di rilievo è dato di cogliere nelle due situazioni descritte.

Si dovrà ammettere – si auspica – che anche nella prima ipotesi la “nuova provvista” sia destinata ad adempiere delle obbligazioni: verso fornitori, o verso dipendenti, o verso professionisti, o verso altri creditori dell'impresa. Si dovrà altresì ammettere che l'utilizzo di un nuovo finanziamento a medio/lungo termine per il pagamento di esposizioni a breve termine – nei confronti dei menzionati fornitori, dipendenti, professionisti o “altri” – sia un atto di gestione totalmente condividibile, e comunque ricompreso nell'ambito dei poteri funzionali all'esercizio dell'attività d'impresa da parte dell'imprenditore. In tale contesto, non si comprende quale sia la differenza tra la situazione nella quale il finanziamento fondiario venga utilizzato per estinguere passività pregresse verso fornitori; nella quale venga utilizzata per estinguere passività pregresse verso *una distinta*

⁷ PATTI, *op. loc. ultt. citt.* Analoga obiezione deve essere mossa alle osservazioni di MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni ecc.*, cit., 213, secondo il quale *“la precisazione della Corte [di Cassazione] consente di dedurre una funzione tipica (e dunque nella causa) del mutuo fondiario, l'apporto di nuova, effettiva finanza ..”*: come se l'estinzione di passività non apportasse all'impresa corrispondenti mezzi finanziari! (*infra*, nel testo). La Corte di Cassazione, peraltro, continua ad insistere su questo registro: *in terminis*, Cass., 1° ottobre 2007, n. 20622, in *Dir.fall.*, 2009, II, 181.

azienda di credito che abbia interrotto le relazioni di finanziamento con l'imprenditore; oppure – infine – per estinguere le passività pregresse presentate verso lo stesso Istituto di credito che eroga il finanziamento fondiario. Neppure nelle prime due ipotesi si verifica la fantomatica immissione di una “provvista effettivamente nuova” nell'impresa, e tuttavia nessuna revocatoria in danno dell'istituto erogatore del finanziamento fondiario sarebbe qui – è da auspicare! – neppure lontanamente concepibile (dovendosi invece *giustamente* valutare l'assoggettabilità a revoca dei *pagamenti* ricevuti dai fornitori, o dagli altri creditori soddisfatti).

All'equilibrio finanziario dell'impresa è totalmente indifferente *il profilo soggettivo* delle passività estinte, esclusivamente rilevando, se mai, se trattasi di passività a breve termine od a medio/lungo termine; e di passività produttive di oneri finanziari significativi, oppure trascurabili: ed è evidente a tutti che la scelta di destinare la “provvista” alla estinzione di debiti a breve termine presentati verso una banca, rappresenta la meno “anomala” delle operazioni!

4. “Esenzione” da revocatoria dell'operazione di mutuo fondiario finalizzata all'estinzione di passività pregresse.

Una volta pervenuti al risultato interpretativo di escludere la invalidabilità dell'operazione di credito fondiario finalizzata al ripianamento di passività pregresse della banca mutuante, in quanto non confliggente con un inesistente vincolo “di scopo”, ed in quanto niente affatto simulata, rimane da stabilire se anche essa possa avvalersi della “esenzione” da revocatoria disposta dall'art. 67, comma 4, l. fall., per le “operazioni di credito fondiario” in generale.

Secondo un orientamento interpretativo, quella particolare operazione di credito fondiario che fosse stata rivolta ad estinguere delle passività pregresse dell'Istituto mutuante sarebbe revocabile *alla stregua dell'art. 67, co. 1, n. 2) l.fall.*, in quanto espressiva di un *pagamento effettuato con mezzi anormali* (l'operazione di finanziamento volta a costituire la provvista per l'effettuazione del pagamento).

Secondo un altro orientamento, l'ipoteca fondiaria sarebbe revocabile ai sensi dell'art. 67, co. 1, n. 3 (o n. 4) l. fall. perché costitutiva di *una garanzia per un debito pregresso* (scaduto o non scaduto, secondo i casi): il debito cioè che risulterebbe estinto con la provvista derivante dall'erogazione del mutuo (la banca mutuante rimarrebbe creditrice del mutuatario, ma beneficiando di una garanzia ipotecaria prima assente).⁸

A tale proposito va peraltro osservato che il perimetro della "esenzione" disegnato dall'art 67, co. 4., l. fall., è costituito da "questo articolo" (l'articolo 67 stesso): onde nessuna azione revocatoria disciplinata da questa norma è applicabile, neppure quelle per le quali venissero in ipotesi in considerazione le fattispecie previste dal primo comma.

La conclusione che si prefigura è dunque una sola: l'operazione di mutuo fondiario finalizzata alla estinzione di passività pregresse dell'Istituto mutuante non è né invalida, né revocabile (sulla base delle azioni revocatorie fallimentari disciplinate dall'art. 67 l. fall.).

5. *Segue.* Il regime revocatorio delle ipoteche fondiarie costituite per debiti altrui

La conclusione secondo la quale l'operazione di mutuo fondiario (finalizzata alla estinzione di passività pregresse dell'Istituto mutuante) non revocabile sulla base delle azioni revocatorie fallimentari disciplinate dall'art. 67 l. fall. lascia impregiudicata la sua evocabilità *sulla base dell'art. 64 l. fall.*, tutte le volte nelle quali l'ipoteca fondiaria fosse stata costituita dal fallito *nell'interesse di terzi*, e tale atto di disposizione fosse ritenuto qualificabile come *atto a titolo gratuito* (come tale per l'appunto

⁸ A tal proposito, v. Trib. Ravenna, 21 gennaio 2014, cit., perviene alla esclusione della illiceità della causa sottesa al mutuo fondiario erogato per l'estinzione di passività pregresse, osservando che "*il finanziamento si realizza in tal caso nella forma del dilazionamento di un debito altrimenti immediatamente esigibile*". Secondo Trib. Vicenza, 5 ottobre 2010, "*[i]l mutuo, con contestuale effettiva concessione di ipoteca, utilizzato per estinguere una passività preesistente (eventualmente mediante giroconto), è un negozio indiretto che ha per scopo ulteriore non l'estinzione della passività preesistente (sarebbe un pagamento anomalo), ma la sua trasformazione in un credito privilegiato, esclusa la simulazione, trattandosi di operazioni effettivamente volute dalle parti*".

oggetto all'azione revocatoria di cui all'rt. 64 l. fall.). L'ipotesi non è peraltro correttamente formulabile, ad avviso di chi scrive, dovendosi ritenere che la disciplina revocatoria degli atti costitutivi di garanzia sia interamente contenuta nell'art. 67 l. fall., senza possibilità di spazio per l'applicazione dell'art. 64 l. fall.

Rappresentandosi la contestualità della costituzione dell'ipoteca come consustanziale all'operazione di mutuo fondiario, viene in considerazione il (nuovo) disposto dell'art. 67, co. 2, l.fall., che dichiara applicabile questa norma anche agli atti costitutivi di garanzia per l'adempimento di debiti "*anche di terzi*".

La norma si allinea al principio dettato, in termini generali, per ciò che concerne l'azione revocatoria ordinaria, dall'art. 2901 c.c.: e lascia ormai esclusivamente spazio al quesito - che non interessa in questa sede - se la c.d. presunzione di onerosità prevista per **tutte** le garanzie contestuali dall'art. 2901 c.c. ai fini dell'azione revocatoria ordinaria (e per gli atti **costitutivi di prelazione** contestuali al credito ai fini dell'azione revocatoria fallimentare) possa e debba essere estesa, in via interpretativa, anche alle garanzie contestuali diverse da quelle costitutive di diritti di prelazione, e principalmente alle **fideiussioni** (anche) ai fini dell'azione revocatoria fallimentare: risposta che in ogni caso deve essere, parere di chi scrive, affermativa, non sussistendo ragioni che giustifichino una distinzione, ai fini che qui interessano, tra garanzie (contestuali) per debiti altrui produttive di un diritto di prelazione, e garanzie (contestuali) per debiti altrui prive di tale effetto.