



TRIBUNALE DI PADOVA
I SEZIONE

riunito in Camera di Consiglio nelle persone di:

dott.ssa Manuela ELBURGO

Presidente

dott.ssa Caterina ZAMBOTTO

Giudice

dott. Micol SABINO

Giudice rel

Nel procedimento iscritto al n. 1622/2017 R.G. tra

BANCA POPOLARE DELL'ALTO ADIGE SPA con gli avv.ti L. Cipolla, S. Bertolotti e

T. Fantuz

OPPONENTE

e

FALLIMENTO FINAW CARTA SRL IN LIQUIDAZIONE con l'avv. M. Greggio

OPPOSTO

ha pronunciato il seguente

DECRETO

Il ricorrente, premesso di avere proposto domanda di insinuazione al passivo del fallimento resistente chiedendo l'ammissione per la somma complessiva di euro 635.323,80- di cui euro 632.757,99 in via ipotecaria quale saldo del conto corrente ipotecario n. 1028102, oltre interessi convenzionali del 2,40% per l'annata in corso e oltre interessi al tasso legale sino alla vendita, ed euro 2.562,81 quale saldo del

conto corrente n. 1001437 in chirografo - ha proposto opposizione avverso il decreto di esecutività dello stato passivo in cui il giudice, preso atto dell'eccezione del curatore formulata ai sensi dell'art. 67 l.f. e in via subordinata dell'art. 2901 c.c., ha, alla luce dell'art. 2901 c.c., ritenuto di ammettere il credito dell'istante in chirografo per l'importo comunque erogato dalla banca, ossia per euro 615.243,68. Ha pertanto chiesto, ferme le statuizioni favorevoli del decreto impugnato, l'ammissione per euro 632.757,99 quale saldo del conto corrente ipotecario n. 1028102 in via ipotecaria oltre interessi convenzionali del 2,40% per l'annata in corso e oltre agli interessi al tasso legale sino alla vendita.

Con il citato ricorso ex art. 98 l.f., la parte opponente, premesso di aver concesso in data 30.9.10 una apertura di credito in conto corrente con garanzia ipotecaria per l'importo di euro 500.000,00 sul conto corrente n. 1028102, ha eccepito in diritto: 1) innanzitutto l'intervenuto decorso del periodo del sospetto attesa la stipula del contratto di apertura di conto corrente il 30.9.10 a fronte tanto della dichiarazione di fallimento dell'agosto 2016, quanto rispetto al deposito della domanda di concordato preventivo, avvenuta il 9.12.15; 2) l'intervenuta decadenza ex art. 69bis l.f. dall'azione ex art. 67 l.f.; 3) ha contestato la possibilità di eccepire la revocatoria ordinaria ex artt. 66 l.f. e 2901 c.c. in via incidentale - cd. revoca in via breve-, dovendosi al contrario instaurare un vero e proprio giudizio di merito a tal fine; 4) ha eccepito l'inammissibilità dell'eccezione di revocatoria con riferimento all'ipoteca, sia per intervenuto consolidamento della stessa ex art. 39 co. 4 tub (che sarebbe applicabile anche in ipotesi di revocatoria ex artt. 66 l.f. e 2901 c.c.), trattandosi di credito fondiario, così come desumibile dall'art. 3 del contratto, sia per l'inammissibilità di una revocatoria autonoma della costituzione di garanzia in assenza di revocatoria del finanziamento fondiario; 5) ha eccepito l'intervenuta prescrizione ex art. 2903 c.c. dell'azione ex art. 2901 c.c.; 6) infine, ha eccepito l'intervenuta decadenza dovendosi ritenere applicabile anche alla revocatoria ordinaria il termine decadenziale di cui all'art. 69bis l.f.

Nel merito, ha contestato la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria, ha in ogni caso contestato il fatto che il finanziamento abbia avuto la funzione di estinguere un preesistente credito chirografario, quantomeno con riferimento alle somme ulteriori rispetto ad euro

200.000,00, oggetto di giroconto del 19.10.10 sul conto corrente n. 1001437; ha quindi chiesto, in via subordinata, l'ammissione della restante somma di euro 432.757,99 quale saldo del conto corrente ipotecario n. 1028102 in via ipotecaria oltre interessi convenzionali del 2,40% per l'annata in corso e agli interessi al tasso legale sino alla vendita, e di euro 200.000,00 in chirografo.

Si è costituito il fallimento resistente contestando gli assunti in fatto e in diritto del ricorrente, chiedendo il rigetto dell'opposizione e in subordine l'ammissione in via privilegiata limitatamente alla somma di euro 203398,76, oltre interessi dal 20.9.10.

Il Collegio osserva quanto segue.

Occorre partire dalla considerazione che il giudice delegato ha ammesso il credito in via chirografaria accogliendo l'eccezione di revocatoria in via breve di cui all'art. 2901 c.c.

Che si tratti di revocatoria ordinaria è agevolmente ricavabile dal tenore delle espressioni contenute nel provvedimento del giudice e in ogni caso è circostanza non contestata dall'opponente. Ciò premesso, innanzitutto va ritenuta l'infondatezza dell'eccezione di non esperibilità in via breve, ossia in sede di ammissione allo stato passivo, dell'azione revocatoria ordinaria. Ha infatti affermato la Suprema Corte che *"In tema di accertamento del passivo nel fallimento, nella fase di verifica dei crediti non è necessario per escludere il credito o la garanzia, che venga formalmente proposta dal curatore l'azione revocatoria (nella specie, ordinaria), perché la legge consente al giudice delegato l'indicata esclusione sulla semplice contestazione del curatore medesimo, né quest'ultimo è tenuto a proporre, in via riconvenzionale, tale azione nel giudizio promosso dal creditore ai sensi dell'art. 98 legge fall., potendo la revocabilità dell'atto, che postula un accertamento costitutivo nel quale l'intervento del giudice non ha carattere necessario, farsi valere anche in via di eccezione"* (Cass. n. 1533/2013; Cass. n. 26504/2013, Cass. n. 4185/2014)).

Inoltre, la qualificazione della fattispecie in termini di revocatoria ordinaria impone conseguentemente di ritenere l'irrilevanza delle eccezioni relative all'intervenuto decorso del periodo sospetto e del termine decadenziale di cui all'art. 67 l.f.

Quanto alle eccezioni di intervenute prescrizione e decadenza della revocatoria ordinaria, va detto, con riguardo alla prima, che l'eccezione di revocatoria non è soggetta ai termini prescrizionali dell'azione, così come stabilito dall'art. 95/I secondo periodo l.fall.

Con riguardo invece all'eccezione di decadenza, l'azione revocatoria esperibile dal curatore ex art. 66 e 2901 c.c. non è soggetta al termine decadenziale ex art. 69 bis l.fall. come chiarito dalla Suprema Corte (*"In materia di fallimento. l'azione revocatoria che il curatore esperisca ai sensi dell'art. 66 l.fall. non è soggetta al termine triennale di decadenza ex art. 69-bis l.fall., a tale interpretazione conducendo argomenti di natura sia letterale (atteso che il primo degli articoli citati stabilisce che l'esercizio dell'azione avvenga "secondo le norme del codice civile", così come il secondo sancisce, per parte propria, che il regime da esso recato si applichi alle sole azioni "disciplinate" dalla sezione della legge fallimentare in cui è collocato), sia sistematica, posto che l'azione conserva natura di revocatoria ordinaria, sia, infine, teleologica, apparendo irragionevole ipotizzare un indebolimento della tutela delle ragioni creditorie allorché esse involgano interessi - quelli della massa dei creditori - di valenza superiore a quello di cui è portatore un singolo creditore privato."* Cass. n. 8680/2017).

Circa l'ulteriore eccezione di inammissibilità della revocatoria in via autonoma dell'ipoteca costituita a garanzia di un credito fondiario, nel senso cioè che l'azione revocatoria dovrebbe necessariamente involgere l'intera operazione complessiva, ossia tanto il contratto di finanziamento che la contestuale costituzione di ipoteca, di talché dall'ammissione al passivo del creditore per la somma finanziata discenderebbe in ogni caso la necessità di riconoscimento del privilegio ipotecario, si osserva quanto segue. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'ammissione al passivo della somma mutuata - in realtà nel caso affrontato dalla S.C. trattavasi, proprio come nel caso di specie, di apertura di credito fondiaria - è compatibile con la fattispecie del "negozio indiretto, poiché, in tal caso, la stessa revoca dell'intera operazione - e, quindi, anche del mutuo-comporterebbe pur sempre la necessità di ammettere al passivo la somma (realmente) erogata in virtù del mutuo revocato, atteso che, all'inefficacia del contratto, conseguirebbe pur sempre la necessità di restituzione, sia pure in moneta fallimentare" (v. Cass. n.

26504/2013; ma il principio è richiamato anche da Cass. n. 4185/2014: *"l'ammissione al passivo della somma mutuata"* può ritenersi *"incompatibile con le sole fattispecie della simulazione e della novazione, e non anche con quella del negozio indiretto - nel caso in cui si allegghi eterogeneo lo scopo perseguito dalle parti mediante il collegamento negoziale, e, specificamente, che si sia inteso in concreto munire di privilegio il credito preesistente - poichè, in tal caso, la stessa revoca dell'intera operazione e, quindi, anche del mutuo, comporterebbe pur sempre la necessità di ammettere al passivo la somma (realmente) erogata in virtù del mutuo revocato, atteso che all'inefficacia del contratto conseguirebbe in ogni caso la necessità di restituzione, sia pure in moneta fallimentare (Cass., sez. 1[^], 27 novembre 2013, n. 26504; sez. 1[^], 28 gennaio 2013, n. 1807; sez. 1[^], 20 marzo 2003 n. 4069)".*

Sottintesa è dunque la ricostruzione, condivisa da questo Collegio, dell'intera fattispecie in termini di operazione avente la sostanza e la funzione di realizzare, attraverso un negozio indiretto, una forma anomala di pagamento del pregresso debito al fine di sostituirlo con altro fornito di garanzia ipotecaria: in altre parole l'atto di stipula di un finanziamento fondiario, allorchè le somme siano destinate ad estinguere un debito precedentemente contratto dallo stesso debitore, acquisendo così il creditore una causa di prelazione, costituisce un procedimento indiretto, in cui il negozio è sì realmente voluto, ma intende raggiungere uno scopo diverso rispetto alla funzione tipica dei negozi in tal modo collegati in sfavore della *par condicio creditorum*. Logica conseguenza di quanto detto è dunque la revocabilità dell'intera operazione. Il che peraltro, come si è visto, non è affatto ostativo all'ammissione al passivo del credito derivante dalla concessione della somma a titolo di finanziamento. Ed è proprio in questo senso che va letto il provvedimento del giudice delegato, che infatti è stato emesso alla luce dell'eccezione del curatore, la quale si riferiva alla costituzione del "mutuo ipotecario" e non della sola ipoteca. Ha definitivamente ben chiarito il punto la Suprema Corte nella sentenza n. 7321/2016, allorchè ha affermato che *"La giurisprudenza di questa Corte ha conosciuto, nell'ultimo ventennio, una progressiva evoluzione infine attestata sul principio secondo cui l'erogazione di un mutuo ipotecario non destinato a creare un'effettiva disponibilità nel mutuatario, già debitore in virtù di un rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale, non inte-*

cap

gra necessariamente né le fattispecie della simulazione del mutuo (con dissimulazione della concessione di una garanzia per un debito preesistente) né quella della novazione (con la sostituzione del preesistente debito chirografario con un debito garantito). Essa può integrare, invece, - e normalmente integra - una fattispecie di procedimento negoziale indiretto, nel cui ambito il mutuo ipotecario viene erogato realmente e viene utilizzato per l'estinzione del precedente debito chirografario.

Tale affermazione, che il collegio condivide, rileva sia per ciò che attiene al profilo della revocatoria della garanzia ipotecaria per debiti preesistenti (art. 67, 1° comma, nn. 3 e 4, l.f. testo pro tempore), sia per ciò che attiene al profilo della revocatoria di pagamenti (in sé, ex art. 67, 2° comma, ovvero in quanto eseguiti con mezzi anomali, ex art. 67, 1° comma, n. 2, l.f.), essendo legata all'inopponibilità del mutuo.

In particolare essa rinviene la ratio nel progressivo superamento della parzialmente dissonante tesi (retta da Sez. I n. 11496-97 e n. 84-99) per cui, in caso di mutuo finalizzato a conseguire l'estinzione di un anteriore debito, il procedimento, caratterizzato da motivo illecito (per violazione della par condicio), avrebbe come effetto finanche l'impossibilità di ammettere al passivo le somme mutuate dalla banca, siccome conseguente alla dichiarazione di inefficacia dell'ipoteca.

A fronte di simile minoritario indirizzo, la giurisprudenza della Corte si è data carico della constatazione che il mutuo destinato all'estinzione di debiti pregressi, senza creazione di nuova liquidità, per quanto inefficace nei confronti della massa, è da considerare comunque in effetti sorretto dalla volontà dei contraenti - costituendo dunque un atto voluto, e non simulato.

Il che suppone doversi riconoscere, poi, a differenza di quanto accade per i casi di simulazione, il diritto del mutuante di insinuarsi al passivo quanto alle somme erogate in vista dell'estinzione del debito preesistente ma in chirografo, attesa la revocabilità dell'ipoteca.

La quale, da questo punto di vista, rimane insensibile alla fattispecie di consolidamento prevista dall'art. 39 del d. lgs. n. 385 del 1993, stante che la revocatoria finisce con l'attingere non (atomisticamente) l'ipoteca in sé, ma l'intero procedimento negoziale indiretto (leggibile in termini di collegamen-

to) nel contesto del quale è coinvolto il mutuo su cui l'ipoteca si fonda (v. ex multis Sez. I n. 4096-03, n. 23669-06, n. 20622-07, n. 17200-12, n. 1807-13)".

Nel nostro caso trattasi, va precisato, di revocatoria ordinaria, ma il principio è ugualmente applicabile. La Cassazione, peraltro, detta poi i criteri distintivi di una simile operazione rispetto a quella di rifinanziamento del debitore, precisando che "Il ricorso al credito come strumento di ristrutturazione del debito - cui del resto si rivolge l'attuale normativa a mezzo degli attuali artt. 182-bis e 182-quater l.f. consente di rinegoziare i finanziamenti bancari anche nei riguardi di debiti scaduti. E di simile condizione, involgente ambiti di economia reale, va preso atto. Ma l'elemento caratteristico di siffatto tipo di ricorso al credito è che segua effettivamente, poi, l'erogazione di nuova liquidità da parte della banca, funzionale non solo (e non tanto), quindi, all'azzeramento della preesistente esposizione debitoria, tutelando la banca mediante un'ipoteca configurabile come garanzia non contestuale, ma a rimodulare, per il tramite di nuove condizioni negoziali - per esempio afferenti il tasso di interesse - o rinnovate tempistiche dei pagamenti, l'assetto complessivo del debito nel contesto di una nuova veste giuridico-economica degli anteriori rapporti.

In ciò può concretamente stabilirsi il discrimine tra le due tipologie di operazioni, costituito dalla preesistenza o meno del rischio di credito effettivamente assunto dalla banca. La quale banca, laddove eroghi effettivamente nuova liquidità al debitore, nel contesto di un'operazione non distorta e non preordinata ad estinguere semplicemente l'obbligazione pregressa ripianando, con l'ipoteca, il rischio di credito male apprezzato al momento della sua insorgenza, si conforma alla sua funzione economica istituzionale munendo l'impresa di nuove risorse suscettibili di rifinanziarla; funzione in tal caso connotata all'essere il finanziamento, cui accede l'ipoteca, destinato per l'appunto ad assicurare ulteriori disponibilità al debitore in conformità alle regole di corretta gestione di un rischio contestualmente assunto e, per questo, nuovo". Da quanto detto deriva anche l'infondatezza dell'eccezione di consolidamento breve dell'ipoteca ex art. 39/IV tub, la cui applicabilità al caso di revocatoria ordinaria è peraltro da escludersi anche solo alla luce del chiaro tenore letterale della norma.

Difetta altresì il pregio delle difese svolte dall'opponente con richiamo all'accordo ex art. 182bis l.f., che alla luce di quanto specificato dalla Suprema Corte è istituito concettualmente e funzionalmente eterogeneo rispetto alle operazioni di cui si parla.

Venendo ora al merito, quanto al vaglio della sussistenza dei presupposti della revocatoria ordinaria, si osserva in diritto che l'azione revocatoria è assoggettata alla disciplina del codice civile pure nel caso in cui viene esercitata dal curatore del fallimento (cfr. Cass. 10 febbraio 2006 n. 2977 e Cass. 28 agosto 2004 n. 17214 nonché S.U. 17 dicembre 2008 n. 29420, che, in motivazione, tirando le fila di un'interpretazione consolidata, osserva che *"pur potendosi ammettere...che l'inserimento dell'azione revocatoria ordinaria nell'ambito della procedura concorsuale richiede degli adattamenti...essa resta, anche in tale evenienza, la medesima prevista dal codice civile"*, come chiaramente indica la L. Fall., art. 66, comma 1).

In una azione revocatoria ordinaria l'attore deve dimostrare:

1. di essere titolare di un diritto di credito nei confronti del disponente (ancorché meramente eventuale, illiquido, non esigibile o contestato giudizialmente);
2. che l'atto impugnato sia pregiudizievole per le proprie ragioni (*eventus damni*), nel senso di rendere infruttuosa o anche solo più difficile, incerta o dispendiosa l'eventuale azione esecutiva nei confronti del debitore (cfr., da ultimo Cass. 3 febbraio 2015, n. 1902);
3. che, al momento del compimento dell'atto, il disponente fosse consapevole di tale pregiudizio, ovvero, nel caso in cui il credito sia sorto successivamente, che l'atto sia stato dolosamente preordinato al fine di pregiudicare il soddisfacimento del credito (*consilium fraudis*);
4. che, infine, nel caso in cui l'atto di disposizione sia stato compiuto a titolo oneroso, il terzo fosse anch'egli consapevole del suddetto pregiudizio, ovvero partecipe della dolosa preordinazione (*participatio fraudis*).

Con riferimento al presupposto oggettivo (*eventus damni*), la Cassazione ha precisato che, nel caso di fallimento del debitore, il curatore che intenda promuovere l'azione pauliana deve provare:

(a) la consistenza dei crediti ammessi al passivo fallimentare; (b) la preesistenza dei detti crediti rispetto al compimento dell'atto pregiudizievole; (c) il mutamento qualitativo o quantitativo del patrimonio del debitore per effetto di tale atto. Secondo tale indirizzo, da ritenersi ampiamente consolidato anche nella giurisprudenza di merito, la sussistenza dell'eventus damni può ritenersi dimostrata soltanto se, all'esito del giudizio promosso dal curatore fallimentare, la valutazione complessiva e rigorosa di tutti gli elementi di cui si è detto consenta di ritenere che l'atto pregiudizievole abbia reso oggettivamente più difficile l'esazione del credito, in misura eccedente la normale e fisiologica esposizione di un imprenditore verso i propri creditori (Cass. 31 ottobre 2008, n. 26331; Cass. 6 agosto 2004, n. 15257; Cass. 12 settembre 1998, n. 9092).

Nel caso in esame il giudice delegato ha accolto l'eccezione di revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. dell'apertura di credito ipotecaria, deducendo che il finanziamento è stato utilizzato per coprire passività preesistenti del medesimo istituto di credito e non a creare effettiva disponibilità, tutelando la banca mediante un'ipoteca configurabile come garanzia non contestuale.

Ora, non è contestato che a fronte della stipula in data 20.9.10 con la allora Banca Popolare di Marostica di un contratto di apertura di credito in conto corrente fino all'importo massimo di euro 500.000,00 regolata sul conto n. 75/330/1028102, garantita da ipoteca volontaria costituita il 6.10.10 sull'immobile di Tezze sul Brenta per l'importo di 1.000.000,00, in data 19.10.10 sia stato disposto un giroconto per euro 200.000,00 a favore del conto corrente n. 1001437 aperto il 3.2.2005. Tale operazione ha sensibilmente ridotto, pur non azzerandola, l'esposizione debitoria preesistente (il saldo negativo a inizio ottobre del conto 1001437 era di circa euro 500.000). Dalla documentazione dimessa dall'opposto (schede contabili dei due conti correnti sub docc. nn .9a, 9b e 9c-con l'indicazione "giroconto da c/c ipotecario a c/c bpm") emergerebbero due ulteriori giroconti: il 30.11.10 per euro 56.601,24 e il 12.1.11 per euro 40.000,00, per complessivi euro 296.601,24. Quanto a tali due ultimi giroconti l'opponente tuttavia contesta che gli stessi siano stati finalizzati ad appianare la preesistente esposizione debitoria, trattandosi a suo dire di nuova finanza.

A questo punto, osserva il Collegio che alla luce delle allegazioni delle parti nonché facendo applicazione al caso di specie dei principi di diritto richiamati e affermati dalla giurisprudenza di legittimità, quantomeno la somma di euro 203.398,78 (data dalla differenza tra la somma di euro 500.000,00 e l'ammontare dei tre giroconti pari a euro 296.601,24 complessivi) andrebbe qualificata a tutti gli effetti quale nuova finanza, con conseguente ammissione della stessa in via privilegiata ipotecaria.

Alla luce di un tanto, il Collegio ritiene che appaia opportuno verificare la sussistenza di una possibilità di definizione bonaria della controversia, che preveda la ammissione della somma omnicomprensiva di euro 250.000 in via ipotecaria;

ritenuto che pertanto debba essere esperito un tentativo di conciliazione da parte del giudice relatore;

P.Q.M.

fissa per la comparizione delle parti avanti al giudice relatore per le ragioni di cui in motivazione l'udienza del 6.2.18 ore 10,20.

Si comunicò.

Padova, 21.12.17

IL CASO.it
Il Presidente
dott. M. Elburgo

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
23/12/17

Il Cancelliere
Il Funzionario Giudiziario
dott.ssa Luana Vesco