



**lusletter**  
informazione e aggiornamento giuridico

**LaScala**  
SOCIETÀ TRA AVVOCATI



# Contratto di mutuo: facciamo il punto!

Avv. Roberta Pagani

19 marzo 2019

# INDICE

- Articoli 55 e 169 l.f. e nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza
- Prova del credito
- Fallimento del soggetto terzo datore di ipoteca
- Credito fondiario
- Domande più frequentemente formulate da parte dei Curatori fallimentari
  - Consolidamento di debiti pregressi
  - Superamento del limite di finanziabilità
  - Inefficacia e revocatoria



# Articoli 55 e 169 l.f.

## Art. 55.2 l.f.

### Effetti del fallimento sui debiti pecuniari

«I debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione del fallimento»

## Art. 169.1 l.f.

### Norme applicabili

«Si applicano, con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato, le disposizioni degli articoli 45, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63»



# Nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza (1/3)

## Art. 100 CCI

### Autorizzazione al pagamento di debiti pregressi

«1. Il debitore che presenta domanda di concordato ai sensi degli articoli 44 e 87, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista indipendente attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori. Il tribunale può autorizzare, alle medesime condizioni, il pagamento della retribuzione dovuta per la mensilità antecedente il deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione.

2. Quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, la disciplina di cui al comma 1 si applica, in deroga al disposto dell'articolo 154, comma 2, al rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa se il debitore, alla data della presentazione della domanda di concordato, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il tribunale lo autorizza al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data. Il professionista indipendente attesta anche che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori»

# Nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza (2/3)

Art. 154.2  
CCI

## Crediti pecuniari

«I crediti pecuniari si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale»

Art. 96  
CCI

## Norme applicabili dalla data di deposito della domanda di accesso al concordato preventivo

«Si applicano, con riferimento alla data di presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo, le disposizioni degli articoli 145, nonché da 153 a 162»



# Nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza *(3/3)*

## Art. 54.2 CCI

### Misure cautelari e protettive

«Se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'articolo 40, dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio. Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano»



# Prova del credito (1/4)

Art. 2855  
C.C.

## Estensione degli effetti dell'iscrizione

«2. Qualunque sia la specie d'ipoteca, l'iscrizione di un capitale che produce interessi fa collocare nello stesso grado gli interessi dovuti, purché ne sia enunciata la misura nell'iscrizione. La collocazione degli interessi è limitata **alle due annate anteriori e a quella in corso al giorno del pignoramento** [491 ss. c.p.c.], ancorché sia stata pattuita l'estensione a un maggior numero di annualità; le iscrizioni particolari prese per altri arretrati hanno effetto dalla loro data.

3. L'iscrizione del capitale fa pure collocare nello stesso grado **gli interessi maturati dopo il compimento dell'annata in corso alla data del pignoramento, però soltanto nella misura legale [1284] e fino alla data della vendita [241 trans.]**»



# Prova del credito (2/4)

Cassazione civile

Sez. I

03/01/2011

n. 14

«Il mutuo è contratto di natura reale che si perfeziona con la consegna della cosa mutuata ovvero con il conseguimento della disponibilità giuridica della cosa; ne consegue che la *tradito rei* può essere realizzata attraverso la consegna dell'assegno (nella specie, circolare interno, intestato alla parte e con clausola di intrasferibilità) alla parte mutuataria, che abbia dichiarato di accettarlo "come denaro contante", rilasciandone quietanza a saldo»





# Prova del credito (3/4)

Cassazione civile  
Sez. I  
27/10/2017  
n. 25632

«Ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, avente natura reale ed efficacia obbligatoria, l'uscita del denaro dal patrimonio dell'istituto di credito mutuante, e l'acquisizione dello stesso al patrimonio del mutuatario, costituisce effettiva erogazione dei fondi, anche se parte delle somme sia versata dalla banca su un deposito cauzionale infruttifero, destinato ad essere svincolato in conseguenza dell'adempimento degli obblighi e delle condizioni contrattuali. (Nella specie, il tribunale aveva negato alla banca l'ammissione allo stato passivo fallimentare, ritenendo che le somme mutate, essendo state sottoposte a vincolo dall'istituto di credito, non fossero state effettivamente erogate; la S.C. ha cassato la decisione, chiarendo che al mutuante compete provare di aver erogato al mutuatario le somme pattuite, ma non gli compete provare l'inesistenza di fatti ostativi alla loro utilizzazione, verificandosi altrimenti una ingiustificata inversione dell'onere della prova)»



# Prova del credito (4/4)

Cassazione civile

Sez. VI

14/06/2018

n. 15591

«Nei confronti del curatore del fallimento la quietanza rilasciata dal creditore (società in bonis poi fallita) al debitore all'atto del pagamento non ha l'efficacia vincolante della confessione stragiudiziale, *ex art. 2735 c.c.*, ma unicamente il valore di documento probatorio dell'avvenuto pagamento, apprezzabile dal giudice al pari di qualsiasi altra prova desumibile dal processo, atteso che il curatore, anche laddove si ponga nell'esercizio del diritto del fallito, nella stessa posizione di quest'ultimo, è una parte processuale diversa dal fallito medesimo»



# Fallimento del terzo datore di ipoteca (1/2)

Cassazione civile  
Sez. I  
09/02/2016  
n. 2540

«[...] anche dopo la novella della l. Fall., art. 52, comma 2, introdotta dal d.Lgs. n. 5 del 2016, i creditori titolari di un diritto di ipoteca sui beni immobili compresi nel fallimento, costituiti in garanzia dei crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, non possono avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo di cui al capo V della legge fallimentare, in quanto il terzo non è creditore diretto del fallito»

Cassazione civile  
Sez. III  
10/07/2018  
n. 18082

«[...] a tale principio, deve darsi continuità anche nel quadro della modificata disposizione di legge richiamata, atteso che il riferimento ai diritti reali, contenuto nel comma 2 ("nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo 5<sup>o</sup>", della disciplina del concorso), che secondo alcuni autori non si riferisce, in generale, ai diritti reali di garanzia, di certo non può riferirsi ai diritti reali di garanzia costituiti dal terzo non debitore (o terzo datore della garanzia), atteso che questi si pongono al di fuori dello stato passivo fallimentare perché il terzo non è creditore diretto del fallito e perché, in ogni caso, ove anche si volesse estendere la detta disposizione fino a comprendere anche quell'accertamento del diritto verso il terzo datore di garanzia, si dovrebbe introdurre un anomalo contraddittorio con una ulteriore parte, quella corrispondente al debitore garantito proprio dall'ipoteca data dal terzo»



# Fallimento del terzo datore di ipoteca (2/2)

Art. 201  
CCI

## Domanda di ammissione al passivo

«1. Le domande di ammissione al passivo di un credito o di restituzione o rivendicazione di beni mobili o immobili compresi nella procedura, **nonché le domande di partecipazione al riparto delle somme ricavate dalla liquidazione di beni compresi nella procedura ipotecati a garanzia di debiti altrui**, si propongono con ricorso da trasmettere a norma del comma 2, almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo.

3. Il ricorso contiene:

- a) l'indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità del creditore ed il suo numero di codice fiscale, nonché le coordinate bancarie dell'istante o la dichiarazione di voler essere pagato con modalità, diversa dall'accredito in conto corrente bancario, stabilita dal giudice delegato ai sensi dell'articolo 230, comma 1;
- b) la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione, **ovvero l'ammontare del credito per il quale si intende partecipare al riparto se il debitore nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale è terzo datore d'ipoteca**;
- c) la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda;
- d) l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione, nonché' la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale;
- e) l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata, al quale ricevere tutte le comunicazioni relative alla procedura, le cui variazioni è onere comunicare al curatore»



# Credito fondiario (1/5)

## Art. 38 TUB

### Nozione di credito fondiario

«1. Il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili.  
2. La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti»

## Art. 39.4 TUB

### Ipotecche

«Le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento. L'art. 67 della legge fallimentare non si applica ai pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari»

## Art. 40.1 TUB

### Estinzione anticipata e risoluzione del contratto

«I debitori hanno facoltà di estinguere anticipatamente, in tutto o in parte, il proprio debito, corrispondendo alla banca esclusivamente un compenso omnicomprensivo per l'estinzione contrattualmente stabilito. I contratti indicano le modalità di calcolo del compenso, secondo i criteri stabiliti dal CICR al solo fine di garantire la trasparenza delle condizioni»



# Credito fondiario (2/5)

## Art. 41 TUB

### Procedimento esecutivo

«2. L'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore. Il curatore ha facoltà di intervenire nell'esecuzione. La somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento.

3. Il custode dei beni pignorati, l'amministratore giudiziario e il curatore del fallimento del debitore versano alla banca le rendite degli immobili ipotecati a suo favore, dedotte le spese di amministrazione e i tributi, sino al soddisfacimento del credito vantato.

4. Con il provvedimento che dispone la vendita o l'assegnazione, il giudice dell'esecuzione prevede, indicando il termine, che l'aggiudicatario o l'assegnatario, che non intendano avvalersi della facoltà di subentrare nel contratto di finanziamento prevista dal comma 5, versino direttamente alla banca la parte del prezzo corrispondente al complessivo credito della stessa. L'aggiudicatario o l'assegnatario che non provvedano al versamento nel termine stabilito sono considerati inadempienti ai sensi dell'art. 587 del codice di procedura civile»

## Art. 51 l.f.

### Divieto di azioni esecutive individuali

«Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento»



# Credito fondiario (3/5)

Cassazione civile

Sez. I

30/03/2015

n. 6377

«L'art. 41, comma 2, del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, nel prevedere che il creditore fondiario può iniziare o proseguire l'azione esecutiva sui beni ipotecati anche successivamente alla dichiarazione di fallimento del debitore, deroga al divieto di azioni esecutive individuali previsto dall'art. 51 legge fall., ma non anche alla norma imperativa di cui all'art. 52 legge fall., secondo la quale ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o esentato dal divieto di azioni esecutive, deve essere accertato nelle forme previste dalla legge fallimentare. L'insinuazione al passivo costituisce, pertanto, un onere per la banca mutuante (sancito espressamente, a seguito della riforma della legge fallimentare, anche per i creditori esentati dal divieto di cui all'art. 51 legge fall.) al fine dell'esercizio del diritto di trattenere definitivamente, nei limiti del "*quantum*" spettante a ciascun creditore concorrente all'esito del piano di riparto in sede fallimentare, le somme provvisoriamente percepite a titolo di anticipazione in sede esecutiva»

Art. 52  
l.f.

## Concorso dei creditori

«2. Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1), nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge.

3. Le disposizioni del secondo comma si applicano anche ai crediti esentati dal divieto di cui all'articolo 51»

# Credito fondiario (4/5)

Art. 168.1  
l.f.

## Effetti della presentazione del ricorso

«Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore [al decreto] non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore»

Trib. Modena  
01/06/2017

«L'art.41 TUB riserva al creditore titolare di credito fondiario un privilegio procedimentale limitato al fallimento, e non esteso ad ogni diversa procedura concorsuale. Trattasi di norma di stretta interpretazione, inapplicabile a fattispecie diverse da quella contemplate. In particolare, nella procedura di liquidazione ex art. 14 *quinquies* della legge n° 3/12 (che tra l'altro è norma speciale e posteriore) l'interferenza con le procedure esecutive individuali è autonomamente disciplinata, senza alcun rinvio a norme della legge fallimentare e senza alcun riconoscimento di deroghe al principio di assoluta prevalenza della procedura concorsuale»





# Credito fondiario (5/5)

## Art. 150 CCI

### Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali (liquidazione giudiziale)

«Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura»

## Art. 151 CCI

### Concorso dei creditori (liquidazione giudiziale)

«2. Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o prededucibile, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo III del presente titolo, salvo diverse disposizioni della legge.

3. Le disposizioni del comma 2 si applicano anche ai crediti esentati dal divieto di cui all'articolo 150»



# Domande più frequentemente formulate da parte dei Curatori fallimentari <sup>(1/5)</sup>

Cassazione civile

Sez. I

16/05/2018

n. 11955

«In tema di ammissione al passivo di crediti ipotecari, a fronte della prova documentale dell'esistenza di un contratto di mutuo ipotecario offerta dalla banca mutuante, il curatore del fallimento del mutuatario, che eccepisca l'illiceità dell'operazione - per essere stato il contratto utilizzato al solo fine di promuovere un preesistente credito chirografario a credito ipotecario - ha l'onere *ex art. 2697 c.c.* di fornire la prova di tale assunto, trattandosi non di una mera contestazione della tesi della controparte ma di un fatto modificativo del diritto vantato dal creditore»



# Domande più frequentemente formulate da parte dei Curatori fallimentari (2/5)

Cassazione civile  
Sez. I - ord.  
13/03/2018  
n. 6094

«Qualora venga dichiarata la revoca *ex art. 67 L. Fall.*, dell'ipoteca, accessoria ad un mutuo, che integri in concreto una garanzia costituita per un debito chirografario preesistente, la revoca di detta ipoteca non comporta necessariamente l'esclusione dall'ammissione al passivo di quanto erogato per il suddetto mutuo, essendo l'ammissione incompatibile con le sole fattispecie della simulazione e della novazione, e non anche con quella 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, e ciò in quanto all'inefficacia del contratto conseguirebbe pur sempre la necessità della restituzione delle somme effettivamente erogate al mutuante, sia pure in moneta fallimentare (Cass. n. 3955 del 2016, cit.; Cass. 27/11/2013, n. 26504; Cass. 28/01/2013, n. 1807)»



# Domande più frequentemente formulate da parte dei Curatori fallimentari (3/5)

Cassazione civile  
Sez. I  
13/07/2017  
n. 17352

«Sebbene tra i poteri officiosi del giudice non rientri la rilevazione della conversione di un contratto nullo, non viola il principio di immutabilità della domanda ed è, quindi, ammissibile l'istanza di conversione del contratto nullo non presentata *ab initio*, ma proposta nel primo momento utile successivo alla rilevazione della nullità del contratto, il quale fosse l'unico titolo negoziale posto a fondamento della domanda originariamente proposta (nella specie, la richiesta di conversione del mutuo fondiario nullo in mutuo ipotecario ordinario era stata presentata dall'istituto bancario creditore per la prima volta non con l'istanza di ammissione al passivo, bensì con il ricorso in opposizione allo stato passivo, a seguito della dichiarazione di nullità del contratto di mutuo fondiario e dell'ipoteca connessa)»



# Domande più frequentemente formulate da parte dei Curatori fallimentari (4/5)

Art. 65  
l.f.

## Pagamenti

«Sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, se tali pagamenti sono stati eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento»

Art. 67  
l.f.

## Atti a titolo oneroso, pagamento, garanzie

«1. Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore:

1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso;

2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento;

3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti;

4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.

2. Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento».

4. «Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali»



# Domande più frequentemente formulate da parte dei Curatori fallimentari (5/5)

Cassazione civile

Sez. I

09/07/2014

n. 15606

«Nel caso in cui un immobile di proprietà del fallito, ipotecato a garanzia di un mutuo fondiario, sia stato oggetto di vendita a favore di un terzo, il potere, riconosciuto all'istituto di credito fondiario dall'art. 41 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, di iniziare o proseguire l'azione esecutiva individuale anche in costanza di fallimento, ovvero d'intervenire nell'esecuzione forzata promossa da altri, e di conseguire l'assegnazione della somma ricavata dalla vendita forzata, senza obbligo di rimetterla al curatore, con il solo onere di insinuarsi al passivo della procedura fallimentare per consentire la graduazione dei crediti, esclude l'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare al fine di ottenere la dichiarazione d'inefficacia della compravendita nei confronti della massa dei creditori, venendo in tal caso meno uno dei presupposti dell'azione, costituito dall'impossibilità di assoggettare direttamente il bene all'esecuzione concorsuale, in quanto, ponendosi la vendita del bene nell'ambito dell'esecuzione individuale come alternativa a quella in sede di procedura fallimentare, il curatore deve limitarsi a chiedere il versamento della somma assegnata all'istituto, qualora quest'ultimo non abbia chiesto l'ammissione al passivo o il suo credito risulti incapiente, e non può neppure pretendere dal terzo acquirente la differenza tra il valore del bene e l'importo eventualmente inferiore ricavato dalla vendita forzata»



# Grazie per l'attenzione

Roberta Pagani  
Senior Associate  
La Scala Società tra Avvocati

Contatti:

[r.pagani@lascalaw.com](mailto:r.pagani@lascalaw.com)

tel. 02 4392514

[www.lascalaw.com](http://www.lascalaw.com)

[www.iusletter.com](http://www.iusletter.com)

