

Avv. GAETANO TASCA
Avv. GIOVANNA NICOTRA ABATI
Avv. SILVIA BABINI
Avv. RITA BERNARDINI
Avv. ANTONELLA COCCIA
Avv. YURI FLAMMA
Avv. GIANCARLO GRECO
Avv. ANDREA MARCHIO
Avv. LUCA PERRONE
Dott. Pr. ANTONIO ARENA
Dott. Pr. LORENZO FARINA
Dott. Pr. MASSIMILIANO RUSSO
Dott. Pr. DONATO VALENTE

Milano, 14.05.04

Gentile Signor

Parere inviato all'indirizzo e-mail.

Quesito

Ci viene richiesto di redigere parere e di illustrare – laddove vi fossero – quali iniziative siano ipotizzabili nei confronti di un _____ che abbia concesso *mutuo ipotecario* per l'importo di € _____ ad una società a responsabilità limitata, già esposta verso la stessa Banca, per affidamenti in conto corrente.

Ci viene segnalato che la suddetta società è amministrata da un CdA e che lo Statuto prevede la firma congiunta, da parte di due consiglieri, per gli atti di straordinaria amministrazione e che il contratto di mutuo è stato, viceversa, sottoscritto da un solo componente del CdA.

Parere

Il caso sottoposto al nostro esame risponde ad una casistica nota ed in passato frequentemente praticata che trova giustificazione nell'esigenza del

– il rapporto giuridico con lo scopo di riservare il proprio credito al privilegio.

L'operazione posta in essere risulta oggi del tutto rudimentale ed ingenua apparendo chiaro che la conversione dei crediti da chirografari in privilegiati, in una situazione debitoria diffusa e nota alla Banca è del tutto elusiva del principio della *par condicio creditorum*, principio cardine della *legge Fallimentare*.

La norma è inderogabile, sicché la sua violazione comporta nullità del negozio giuridico, il quale deve ritenersi posto in essere *in frode alla legge* (art. 1344 c.c.). Nondimeno il contratto di mutuo deve ritenersi nullo poiché realizza *frode ai creditori*.

Così argomenta persino la dottrina meno rigorosa (Cfr (, –)

senza peraltro considerare che sia la giurisprudenza di legittimità che di merito hanno consolidato il suddetto orientamento – *ex multis* : “*la concessione da parte di una banca di un mutuo con garanzia ipotecaria, con vincolo della somma mutuata ad estinzione di debiti pregressi dei mutuatari verso il mutuante, realizza un atto a titolo oneroso del precedente debito ed è pertanto assoggettabile all'azione revocatoria ordinaria*”. (Cass. Civ., Sez. III, 21.12 1990, n° 12123) Ed anche “*il contratto con cui la banca, in vista del fallimento del proprio cliente, al solo fine di ottenere la costituzione di ipoteca a garanzia di un preesistente credito pecuniario chirografario e non per sopperire alla mancanza di liquidità dell'imprenditore, eroga a quest'ultimo una somma a titolo di mutuo fondiario, è qualificabile come un procedimento negoziale indiretto in frode ai creditori che dà luogo ad una novazione oggettiva. Tale novazione, in quanto mezzo anomalo di pagamento, è soggetta alla revocatoria fallimentare di cui all'art. 67 L.F. la quale travolge pure l'ipoteca iscritta che, di conseguenza, non sarà opponibile alla massa dei creditori. In sede di insinuazione al passivo, la banca potrà pertanto chiedere soltanto l'ammissione del credito originario non assistito dalla garanzia ipotecaria*”.

(Trib. Genova, 16.1.2002).

Nell'attuale fase concordataria sarebbe consentita al legale rappresentante della società, su sollecitazione del Commissario e previo parere del Giudice delegato alla procedura, di esperire unicamente l'azione *revocatoria ordinaria*, che la Suprema Corte ha chiaramente messo nelle mani del contraente che vi abbia interesse, ma indipendentemente dallo strumento processuale suddetto, la qualificazione della fattispecie superiormente prospettata consente *sine dubio* di ipotizzare, ancor prima della revoca di un contratto nullo, l'*actio nullitatis* tout court quale strumento radicale di eliminazione dal mondo giuridico, del contratto stipulato in frode alla legge ed in frode ai creditori.

L'azione civile per la *declaratoria di nullità* del contratto, che travolge come la revocatoria ed a maggior ragione, la garanzia che vi accede, deve infatti ritenersi l'iniziativa più diretta e consequenziale alla proiezione giuridica che le parti hanno dato al rapporto, laddove *novando* senza causa il negozio giuridico, hanno fatto confluire nel nuovo rapporto di credito, debiti preesistenti ma non garantiti;

Non sembra, in entrambe le ipotesi processuali formulate, che si possano temere o incontrare eccezione *ex adverso*, in ordine alla *scientia fraudis* dell'Istituto di credito. E' oggi possibile calamitare alla sfera giuridica ciò che fino a poco tempo fa afferiva unicamente alla tecnica economico-aziendale.

Ha chiarito, infatti, la giurisprudenza più illuminata ed oramai prevalente che un *Istituto di credito* conosce, presuntivamente, attraverso gli indici finanziari e di redditività, risultanti dalle voci iscritte in bilancio, lo stato di solvenza della società.

Infatti "Le prove della conoscenza dello stato di insolvenza del fallito da parte della banca convenuta in revocatoria può essere fornita dal curatore del fallimento

adducendo la sussistenza di presunzioni gravi, precise e concordanti tali da far presumere l'effettiva scientia decoctionis da parte di quello specifico creditore nei confronti del quale è promossa l'azione.. La banca conosce lo stato di insolvenza dell'impresa poi fallita sulla base di indici, quali un rapporto di indebitamento pari all'8% ed un rapporto di liquidità inferiore a 0,3." (plurimis - Trib. Trieste 7.3.97 – Trib. Benevento 14.12.94 – Trib. Potenza 11.6.94 – Trib. Cosenza 24.3.94, Tribunale di Rimini 22.11.95, Tribunale di Frosinone che, in data 15.4.1998, Tribunale di Frosinone 15.4.1998),

Così come "Lo stato di insolvenza di una banca, inteso quale impossibilità di far fronte alle obbligazioni assunte con gli ordinari mezzi di pagamento e senza smobilitare il patrimonio, è desumibile dalla ricorrenza di una serie di indici presuntivi di natura tecnica quali il deficit patrimoniale, l'alta percentuale dei crediti in sofferenza rispetto all'erogato, la redditività negativa ad andamento montante." (App. Bologna, Sez. III, 30.1.2003).

L'analisi integrale delle pronunce, non esaustivamente riportate, lascia emergere che vengono assunti con rilevanza l'*indice di disponibilità finanziaria* (o rapporto corrente) - capacità dell'impresa di far fronte al pagamento dei debiti a breve termine, ricorrendo a mezzi finanziari propri -. Tale indice è dato dal *rapporto tra le attività correnti e le passività correnti* - in un'impresa finanziariamente sana il coefficiente risultante dal rapporto deve essere ≥ 1 .

L'*indice rapporto di indebitamento* (debiti Breve e M-L termine) e totale dell'attivo circolante (rimanenze + credito a breve e M-L) ed esprime la misura dell'indebitamento dell'impresa.

L'*indice di redditività* (R.O.E.), dato dal rapporto tra l'utile netto d'esercizio e il

patrimonio netto, - deve essere superiore al costo del danaro a breve termine, (a contrario se ne desumerebbe un investimento in perdita da parte degli azionisti).

Indice *Banca su circolante*, l'indice liquidità immediata (*acid Test*) ecc.,

Minori certezze appare concedere la proposizione di una domanda giudiziale fondata sull'*eccezione di inefficacia* del negozio giuridico stipulato con l'Istituto di credito, poiché recante la firma di uno solo dei consiglieri di amministrazione, nonostante la prescrizione dello Statuto che prevede per il compimento di atti di straordinaria amministrazione la firma congiunta degli amministratori.

L'eccezione, infatti, potrebbe essere facilmente superata dall'eventuale prova fornita dalla Banca, che affermi e dimostri la concludente ratifica del contratto da parte anche dell'altro consigliere. A favore di siffatta impostazione più volte ha dato arresto la Suprema Corte chiarendo che con più atti ed in più circostanze può desumersi che l'esecuzione del contratto da parte dell'organo collegiale rappresentativo del contraente, importi la ratifica tacita della fonte negoziale *uti singuli*, da parte di ogni membro. - *ex multis* Cass. Civ., Sez. II, 1.12.95 n. 12420 – Cass. Civ., Sez. I, 12.3.94, n. 2430).

Tanto si doveva in virtù dell'incarico conferito.

Distinti Saluti

Avv. Gaetano Tasca