

Accertamento dei crediti bancari

a cura di Giovanni Falcone

L'accertamento dei crediti bancari all'interno della procedura fallimentare rappresenta senza dubbio un ambito di interesse giurisprudenziale molto marcato, e, nel contempo, caratterizzato talora da una singolare rapidità evolutiva, che segue necessariamente il correlativo evolversi dei formanti normativi. Questi ultimi, proprio nell'ambito bancario, paiono a loro volta essere caratterizzati da una sorta di "strutturale precarietà", giacché il legislatore si trova spesso a dover "inseguire" il veloce cambiamento degli scenari operativi e delle prassi - negoziali e non - del mercato bancario. In questa prospettiva, la rassegna si propone di indagare i temi giurisprudenziali relativi all'argomento esplorato avendo riguardo, da un lato, ai profili del contratto di credito (quali quelli legati alle esposizioni da rapporti regolati in conto corrente e quelli relativi ai crediti derivanti da mutui o finanziamenti), e, dall'altro, a quelli delle garanzie (reali) che possono assistere il credito bancario.

1. Aspetti generali

Il tema dell'accertamento dei crediti bancari nelle procedure concorsuali si presenta vastissimo, oltre che, si direbbe, "vocazionalmente" articolato in una molteplicità tipologica di questioni problematiche, la quale, a sua volta, tendenzialmente, "mima" la varietà delle tipologie contrattuali attraverso il cui perfezionamento e la cui esecuzione la banca può risultare creditore del proprio cliente. Detta peculiarità si fa evidente, ad esempio, nella particolare ricorrenza oggettiva della insinuazione al passivo del fallimento di un credito derivante da saldo di conto corrente di corrispondenza: essa è infatti il portato della indubbia centralità di tale contratto nella attività bancaria e della sua attitudine ad essere, a sua volta, veicolo di ulteriori negozi che su quello vanno ad innestarsi (primo fra tutti, quello di apertura di credito). Nondimeno, una non minor rilevanza riveste la casistica relativa alla insinuazione di crediti la cui origine è ravvisabile in altre tipologie contrattuali, concettualmente e tendenzialmente autonome rispetto al contratto di conto corrente, ed il cui momento genetico è riconducibile non già al consenso delle parti, ma alla consegna di somme di denaro, quali mutui o, più genericamente, "finanziamenti", spesso a restituzione rateale.

La varietà tipologica appena accennata si "complica", per così dire, laddove si ponga mente alla circostanza che il credito bancario potrebbe essere inoltre assistito da una garanzia reale, e che, per di più, tale condizione del credito potrebbe avere a prodursi non soltanto "occasionalmente", ma anche "strutturalmente" (si pensi alle linee di credito fondiariale, alle anticipazioni bancarie, ai piccoli prestiti pignoratizi): ricorrendo la presenza di una garanzia reale, l'accertamento dei crediti bancari all'interno del passivo solleva non soltanto problemi di "opponibilità" (del negozio di credito e del negozio costitutivo della garanzia), ma anche problemi di "regolarità sostanziale" della garanzia (intesi come capacità di "resistenza" del negozio all'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare), la rilevanza dei quali, ovviamente, potrà apprezzarsi soltanto una volta accertato il requisito della opponibilità.

Queste considerazioni preliminari possono dare conto di come sia proprio l'esame della produzione giurisprudenziale relativa a tali fattispecie a costituire un punto di osservazione elettivo degli aspetti critici, o comunque problematici, evidenziati dalla applicazione ai contratti ed alle garanzie bancarie della disciplina generale in materia di verifica dei crediti all'interno della procedura fallimentare; e, nel contempo, possono dar conto della necessità di operare, all'interno della presente rassegna, una selezione tematica che, oltre che limitare il proprio ambito di osservazione a lassi temporali non eccessivamente remoti, sia in grado di fornire un sintetico resoconto delle principali questioni agitate nella prassi prima ancora che nella riflessione degli interpreti; in questa prospettiva, con riferimento alle garanzie, è parso opportuno limitare l'interesse della presente rassegna alle sole garanzie reali.

2. I crediti derivanti da saldo passivo di conto corrente di corrispondenza: il contratto munito di data certa ed il saldo

Se, in applicazione della regola fissata dall'art. 93, comma 6, l.fall., la banca, al pari di qualsiasi altro creditore, dovrà allegare "i documenti dimostrativi del diritto del creditore", ci si è domandati quali documenti rilevino nel caso di credito riveniente da saldo negativo di conto corrente di corrispondenza. Al riguardo, mentre appare chiaro, da un punto di vista sostanziale, che gli elementi rilevanti sono l'esistenza di un valido contratto e quella di un saldo creditore per la banca originatosi dalla movimentazione del conto, più complesso appare il dibattito in merito alla individuazione in concreto della documentazione funzionale alla prova, rispettivamente, del contratto (che dovrà essere munito di data certa) e del credito da esso riveniente.

a) La prova del contratto

Quanto al contratto, sembra evidente l'onere probatorio della banca di produrre documentalmente il contratto di conto corrente: giacché l'art. 117 T.U.B. prescrive che "i contratti sono redatti per iscritto" (comma 1) e che "nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo" (comma 3).

Mentre il principio appare chiaro da un punto di vista teorico, è da aggiungere, peraltro, che la genesi del saldo negativo di un conto corrente può trovare la sua ragione di essere o nella circostanza che la banca abbia consentito il raggiungimento del predetto saldo negativo (sconfinamento) pur in assenza di una (almeno) corrispondente messa a disposizione di somme; oppure nel fatto che il correntista abbia, per l'appunto, utilizzato in tutto o in parte somme messe a disposizione della banca in forza di un contratto di apertura di credito ai sensi degli artt. 1842 ss. c.c.

In questa seconda ipotesi, evidentemente, l'onere documentale dovrà riguardare, allora, non soltanto il (mero) contratto di conto corrente di corrispondenza, ma anche il contratto di apertura di credito. Sennonché non necessariamente, nella prassi bancaria, l'apertura di credito prende le forme di un documento separato ed autonomo dal contratto di conto corrente di corrispondenza. La mancata predisposizione di uno specifico contratto di apertura di credito - circostanza tutt'altro che "anomala", laddove si abbia conoscenza della complessa fenomenologia delle prassi bancarie - si fonda sulla considerazione che il regolamento del contratto di apertura di credito è parzialmente ravvisabile nello stesso contratto di conto corrente (il quale, talora, reca anche alcune condizioni economiche destinate a rendersi operanti in caso di messa a disposizione di somme, quali, ad es., il c.d. "tasso debitore"): a tale "base contrattuale quadro" si aggiunge un successivo scambio di corrispondenza ove, richiamando il contratto di conto corrente, ci si limita ad individuare le caratteristiche della apertura di credito (quali, ad es.: importo, durata e tasso, laddove già non esplicitato nel contratto di conto corrente sotto forma di "primo tasso debitore"): in questa prospettiva, non si sarebbe in presenza di un contratto di apertura di credito concluso "per facta concludentia", dal momento che - ancorché l'apertura di credito non sia consacrata in un apposito, specifico contratto - la disciplina del contratto di apertura di credito risulterebbe nondimeno documentalmente formalizzata (attraverso il contratto di conto corrente di corrispondenza e il successivo scambio di corrispondenza).

Il fondamento normativo della cennata prassi, d'altro canto, risulta ben individuabile nel comma 2 dell'art. 117 T.U.B., secondo cui "il Cicr può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma" (rispetto a quella scritta, secondo quanto previsto dal comma 1), e nella conseguente previsione, da parte di Banca d'Italia su conforme delibera del CICR, secondo cui non è obbligatoria la forma scritta, tra l'altro "per le operazioni e i servizi effettuati in esecuzione di contratti redatti per iscritto". Sul punto **Cass. Civ. 9 luglio 2005, n. 14470** (in *Giur. comm.*, 2006, II, 1015) aveva affermato che dovevano ritenersi legittime le disposizioni "in forza delle quali il contratto di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, essere stipulato per iscritto, a pena di nullità". **Cass. Civ. 22 novembre 2017, n. 27836** (in *Mass. Giust. civ.*, 2018) è più recentemente intervenuta sul medesimo punto, con il dichiarato intento di fornire una sorta di "interpretazione autentica" del precedente "dictum" del 2005: secondo tale pronuncia "in materia di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 3, comma 3, della legge n. 154 del 1992 e, successivamente, l'art. 117, comma 2, del t.u.l.b., abilita la Banca d'Italia, su conforme delibera del CICR, a stabilire che 'particolari contratti' possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta, sicché quanto da queste autorità stabilito circa la non necessità della forma scritta 'in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto' deve essere inteso nel senso che l'intento di agevolare 'particolari modalità della contrattazione' non comporta - in una equilibrata visione degli interessi in campo - una 'radicale' soppressione della forma scritta, ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi la necessaria indicazione, nel 'contratto madre', delle condizioni economiche a cui sarà assoggettato il 'contratto figlio'".

Dunque: per potersi applicare quel principio devono essere comunque indicate le condizioni economiche del "contratto ospitato", e deve perciò esservi una "sostanziale regolamentazione del contratto accessorio desumibile da quello formato per iscritto". Tale situazione, secondo la Corte, non si verifica quando dalla lettura del conto corrente "non emerga alcun regolamento economico dell'ipotetico contratto di apertura di credito, ivi previsto solo come possibile", mentre sono indicate soltanto "condizioni quadro, generali ed astratte" che la Banca si impegna a seguire ed il cliente ad osservare in caso di stipula di un'apertura di credito successiva con lo stesso sottoscrittore del conto corrente bancario. In sostanza, insiste ancora la Corte, non basta una "generica indicazione delle condizioni normative", essendo necessaria una "specificazione del regolamento economico".

b) La data certa

Il contratto, per poter essere "opponibile" al fallimento, dovrà essere munito di data certa, anteriore alla pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, come ribadito da **Cass.**

Civ. 9 marzo 2016, n. 4567 e **Cass. Civ. 21 giugno 2018, n. 16404**, (in *www.onelegale.wolterskluwer.it*) ha anzi aggiunto che questa esigenza è espressione di un principio generale. Essa viene sorretta dalla considerazione della terzietà del curatore, di talché l'opponibilità allo stesso di una scrittura privata viene ad essere condizionata alla sussistenza della data certa, ai sensi dell'art. 2704 c.c., anteriore al fallimento: si tratta di un orientamento risalente, che viene confermato anche in tempi recenti, come ad esempio **Cass. Civ., SS.UU., 20 febbraio 2013, n. 4213**, (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, 4009) - su cui si ritornerà immediatamente - e **Cass. Civ., 12 agosto 2016, n. 17080**, (in *Mass. Giust. civ.*, 2016), mentre orientamenti contrari - come quello espresso in **Cass. Civ. 21 giugno 1984, n. 3657** (in questa *Rivista*, 1984, 1389) - appaiono ben più risalenti. **Cass. Civ. 12 aprile 2018, n. 9074** (in *Mass. Giust. civ.*, 2018) ha peraltro recentemente maggiormente definito i confini della inopponibilità, evidenziando che quella derivante dalla mancanza di data certa "esclude soltanto che le clausole riportare nella documentazione priva di data certa possano essere considerate ai fini della effettiva regolamentazione del rapporto".

Pervero, la questione della "terzietà" del curatore fallimentare presuppone una risposta negativa alla possibilità di far valere, nei confronti della procedura, le disposizioni contenute nel codice civile, relative ai rapporti tra imprenditori, negli artt. 2709 e 2710. Le Sezioni Unite, nel citato intervento del 2013, avevano infatti ribadito che il curatore è soggetto terzo, in quanto semplice gestore del patrimonio del fallito, e non già suo "successore", e che, conseguentemente, non trovano applicazione gli artt. 2709 e 2710 (che riguardano i rapporti tra imprenditori), dovendosi, per accertare l'anteriorità del credito, applicare l'art. 2704. Al riguardo la Corte aveva peraltro evidenziato come la mancanza della data certa non investisse l'efficacia dell'atto, ma soltanto la sua prova a mezzo di scrittura privata, e che, ai fini dell'ammissione al passivo, il creditore potesse comunque provare l'esistenza del proprio credito con altri mezzi, aggiungendo che è compito del giudice valutare caso per caso la idoneità della data apposta, potendo rilevare l'eccezione anche quando il curatore non l'abbia sollevata. L'accertamento dell'anteriorità del credito, in questo caso, suppone l'apertura di un contraddittorio.

L'intervento delle Sezioni Unite del 2013, cui si è poc'anzi fatto riferimento, è stato necessitato dalle diverse (e, anzi, diametralmente opposte) prese di posizione manifestate da singole Sezioni, relativamente al problema se l'efficacia probatoria delle scritture contabili tra imprenditori, fissata dall'art. 2710 c.c., possa trovare applicazione quando una delle imprese sia fallita (e, quindi, possa trovare applicazione nei confronti del curatore fallimentare della impresa fallita). **Cass. Civ. 3 maggio 2013, n. 11017** (in *Pluris*) aveva espresso il principio per cui "l'art. 2710 cod. civ., che attribuisce efficacia probatoria tra imprenditori, per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa, ai libri regolarmente tenuti, individua l'ambito operativo della sua speciale disciplina nel riferimento, necessariamente collegato, all'imprenditore ed al rapporto di impresa, sicché non può trovare applicazione con riguardo al curatore del fallimento, il quale, agendo in revocatoria nella sua funzione di gestione del patrimonio del fallito, assume, rispetto ai rapporti tra quest'ultimo ed il creditore, la qualità di terzo". Anche **Cass. Civ. 20 novembre 2016, n. 7972** (in *Pluris*), ha escluso che la banca possa fornire la prova del proprio credito con le scritture contabili della società fallita, non essendo opponibili al curatore fallimentare ai sensi degli artt. 2709 e 2710 c.c.: analogamente, in precedenza, **Trib. Milano 16 aprile 2005** (in questa *Rivista*, 2006, 354). Avviso opposto aveva invece espresso **Cass. Civ. 22 marzo 2013, n. 7285** (in *Mass. Giust. civ.*, 2013), ritenendo che "l'art. 2710 c.c., il quale dispone che i libri bollati e vidimati nelle forme di legge, quando sono regolarmente tenuti, possono fare prova tra gli imprenditori per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa, trova applicazione anche nel caso in cui una delle parti sia stata dichiarata fallita (o insolvente) ove si tratti di provare un rapporto obbligatorio sorto anteriormente alla dichiarazione di fallimento e nel quale l'organo concorsuale sia subentrato, riguardando le prove, anche in tal caso, un rapporto sorto tra imprenditori e proseguito con le medesime regole".

In tempi risalenti, invece, **Cass. Civ. 21 giugno 1984, n. 3652** (in questa *Rivista*, 1984, 1389), aveva ritenuto che, laddove il curatore si limiti a contestare l'operatività della clausola relativa alla regolamentazione degli interessi in un contratto di apertura di credito in conto corrente, egli non potrà considerarsi terzo rispetto al contratto e, conseguentemente, neppure potrà invocare l'inefficacia della clausola per difetto di data certa.

Oltre che per mezzo delle fattispecie espressamente elencate dall'art. 2704, comma 1, c.c., la certezza della data, secondo quanto previsto dalla medesima norma, può essere assicurata dalla presenza di "un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento". In particolare, laddove non ricorra una delle situazioni tipizzate dall'art. 2704 c.c., la prova della data può essere fornita anche con presunzioni e testimoni: **Cass. Civ. 9 ottobre 2017, n. 23582** (in *Mass. Giust. civ.*, 2018).

Quanto alla ricorrenza di un "fatto diverso" idoneo a stabilire la certezza della data, in giurisprudenza è condiviso il principio per cui il giudice debba valutarla caso per caso, purché: a) il "fatto" non sia riconducibile al soggetto che lo invoca; e b) sia sottratto alla sua

disponibilità: così, ancora recentemente **Cass. Civ. 13 marzo 2018, n. 6095 e n. 6089** (rispettivamente in *Guida dir.*, 2018, 31, 60, e in *Guida dir.*, 2018, 30, 42); e **Cass. Civ. 26 febbraio 2018, n. 4509** (in questa *Rivista*, 2018, 929, nonché in *Mass. Giust. civ.*, 2018); aggiungendo che “la relativa prova può essere fornita anche per testimoni o in via presuntiva, atteso che, a differenza di quella vertente direttamente sulla data, i limiti probatori previsti dalla citata norma riguardano la natura del fatto idoneo a stabilire con certezza l’anteriorità, non anche le modalità di prova di tale fatto”: in questa prospettiva **Cass. Civ. 1° ottobre 2015, n. 19656** (in *Mass. Giust. civ.*, 2015). In conseguenza di tale impostazione, continua a rinvenirsi in giurisprudenza un dibattito in merito alla idoneità di ricorrenti circostanze a costituire il “fatto diverso” di cui all’art. 2704 c.c. Così, nei casi esaminati dalla giurisprudenza, l’idoneità è stata riconosciuta alla documentazione proveniente dalla società “*in bonis*” (**Cass. Civ. 9 ottobre 2017, n. 23582**, in *Mass. Giust. civ.*, 2018); o alla produzione in altro giudizio del contratto che documentava i rapporti di debito tra le parti, con attestazione fidefaciente del cancelliere in ordine alla sua datazione anteriore rispetto alla dichiarazione di fallimento (**Cass. Civ. 17 novembre 2016, n. 23425**, in *Mass. Giust. civ.*, 2017); in tempi più risalenti **Cass. Civ. 26 maggio 1997, n. 4646** (in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 839) ha ritenuto che mentre la mera iscrizione nei libri contabili della banca non integra uno dei fatti previsti dall’art. 2704 c.c., per stabilire con certezza l’anteriorità della formazione del documento, l’annotazione nei libri regolarmente tenuti e vidimati può nei singoli casi essere idonea a fornire la prova di tale anteriorità; **Cass. Civ. 3 ottobre 2018, n. 24137** (in *Pluris*) ha invece ritenuto che le “date valuta” non solo non sono idonee a provare il tempo di effettivo compimento di operazioni in conto, ma neppure conferiscono data certa ad un documento “mancando tutti i presupposti per potere ravvisare nelle stesse il fatto che dia ‘certezza uguale’ a quella recata dai fatti nominati nell’art. 2704 cod. civ.”; secondo **Trib. Vigevano 25 marzo 2010** (in *www.ilcaso.it*) neppure gli estratti ex art. 50 T.U.B. sono idonei a conferire data certa al contratto di conto corrente e ad eventuali rapporti di finanziamento.

Maggiormente dibattuta è stata (ed è), invece, l’idoneità del timbro postale, mentre una nuova discussione si sviluppa in merito alla c.d. “marcatrice temporale”: ad entrambe le fattispecie giova quindi uno sguardo più analitico.

b-1) Il timbro postale

L’idoneità del timbro postale a conferire data certa al documento sul quale sia apposto non è unanimemente condivisa: relativamente ad un contratto di conto corrente, per l’affermativa **Trib. Padova 5 novembre 2009** (in questa *Rivista*, 2006, 729); nel senso della inidoneità del timbro postale, si veda la risalente pronuncia di **Trib. Milano 15 marzo 1999** (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, 369). Più in particolare, si è ritenuto necessario che la scrittura formi “un corpo unico” col foglio sul quale è impresso il documento: così **Trib. Modena 7 marzo 2018** (in *Dejure*) e **Cass. Civ. 5 ottobre 2017, n. 23281** (in *Mass. Giust. civ.*, 2017); analogamente **Cass. Civ. 2 marzo 2017, n. 5346** (ivi, 2017) - relativamente al timbro postale apposto su un contratto di apertura di credito in conto corrente e di finanziamento per anticipi all’esportazione - fermo restando che la data certa di un contratto di conto corrente potrà desumersi dalla documentazione dei successivi affidamenti su cui è stato apposto il timbro postale, a nulla rilevando la collocazione del timbro all’inizio o alla fine del documento: **Cass. Civ. 8 febbraio 2018, n. 3046** (in *D&G*, 2018, 9).

b-2) la “marcatrice temporale”

Deve peraltro aggiungersi che il tema dell’utilizzo del timbro postale come mezzo per conferire data certa ad un documento (nella specie, il contratto di conto corrente o il contratto di affidamento) è destinato a costituire un fenomeno recessivo, atteso il sempre maggiore ricorso, nella prassi, a sistemi di “marcatrice temporale”, ai quali pure la giurisprudenza ha iniziato a dedicare speciale attenzione, affermando che, in presenza di documento informatico munito di marca temporale, è onere della parte interessata a negare la certezza della data allegare e provare la violazione delle regole tecniche sulla validazione temporale, al rispetto delle quali l’art. 20, comma 3, CAD subordina l’opponibilità ai terzi della data (e dell’ora) apposta al documento informatico da certificatore accreditato e iscritto nell’elenco di cui all’art. 29, comma 6, CAD (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 179/2016). **Cass. Civ. 23 maggio 2017, n. 12939** (in *Pluris*) si è occupata della opponibilità della data (e dell’ora) apposta al documento informatico da certificatore accreditato e iscritto nell’elenco di cui all’art. 29, comma 6, del Codice dell’Amministrazione Digitale (nel testo anteriore alle modifiche di cui al D.Lgs. n. 179/2016): si tratta di una norma che dispone che a seguito dell’accoglimento della domanda di chi intende effettuare l’attività di certificatore, il CNIPA dispone l’iscrizione del richiedente in un apposito ente pubblico, tenuto dal CNIPA stesso e consultabile anche in via telematica, ai fini dell’applicazione della relativa disciplina. L’art. 20, comma 3, del medesimo Codice subordina detta opponibilità al rispetto delle norme tecniche sulla validazione temporale: stabilisce infatti detta norma che “le regole tecniche per la trasmissione, la conservazione, la duplicazione, la riproduzione e la validazione temporale

c) La prova dell'entità del credito

dei documenti informatici sono stabilite ai sensi dell'articolo 71; la data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle regole tecniche sulla validazione temporale".

Il principio espresso al riguardo dalla Suprema Corte è particolarmente importante: essa ha stabilito che è onere della parte interessata a negare la certezza della data (nel caso di specie, si trattava di un curatore il quale aveva escluso un credito dallo stato passivo) allegare e provare la violazione delle regole tecniche sulla validazione temporale.

Di fatto, la Suprema Corte ha sancito una sorta di inversione di onere della prova, stabilendo che il fatto che il certificatore sia stato iscritto nell'elenco del CNIPA determina "necessariamente una presunzione di conformità della sua attività" alle regole di certificazione, "in ciò risiedendo appunto l'utilità di un accreditamento da parte della pubblica autorità". Perciò, "è onere di chi intenda contestare che una certificazione sia avvenuta nel rispetto delle regole tecniche, allegare e provare che il certificatore non le abbia invece rispettate".

È di rilievo evidenziare come la stessa Suprema Corte abbia voluto precisare che questo suo arresto non si pone in contrasto con il precedente delle Sezioni Unite del 2013 (su cui *supra*), che aveva affermato la rilevanza d'ufficio del difetto della data certa dei documenti prodotti dal creditore a dimostrazione del proprio credito insinuato al passivo fallimentare, "perché qui l'atto attributivo di certezza alla data non difetta: esso esiste, mentre è in discussione la sua veridicità", rispetto alla quale vale la presunzione cui si è in precedenza fatto cenno.

Nella stessa prospettiva, **Cass. Civ. 13 febbraio 2019, n. 4251** (in *Pluris*) ha ritenuto che, ove siano state seguite le regole tecniche sulla validazione temporale di cui al D.P.C.M. 22 febbraio 2013, le informazioni (in particolare, i documenti dimostranti un credito) associate alla "marcatrice temporale" sono opponibili ai terzi (e, in particolare, al fallimento).

Con riferimento alla prova dell'entità del credito, la giurisprudenza di legittimità e di merito è costantemente orientata a ritenere onerata la banca di dare conto della intera evoluzione del rapporto tramite il deposito degli estratti conto integrali, a partire dalla apertura del conto: **Cass. Civ. 27 febbraio 2020, n. 5319**, ord., in *Pluris*; **Cass. Civ. 23 ottobre 2019, n. 27201**, in *D&G*, 24 ottobre 2019; **Cass. Civ. 1° luglio 2019, n. 17640**, *ivi*; **Cass. Civ. 11 marzo 2019, n. 6985**, in *Guida dir.*, 2019, (17), 55; **Cass. Civ. 3 dicembre 2018, n. 31195**, in questa *Rivista*, 2019, 149; **Cass. Civ. 12 settembre 2018, n. 22208**, in *Dir. fall.*, 2020, II, 223 ss.; **Trib. Bari 20 maggio 2016**, in *DeJure*; **Trib. Napoli 22 dicembre 2016**, in questa *Rivista*, 2017, 602; **Cass. Civ. 7 giugno 2016, n. 11657**, in *Pluris*; **Trib. Palermo 12 novembre 2014**, in questa *Rivista*, 2015, 236; **Trib. Bari 30 marzo 2015**, in *DeJure*; **Trib. Napoli 12 luglio 2011**, *ivi*; **Trib. Napoli 17 novembre 2010**, in questa *Rivista*, 2011, 249, che, in alternativa all'estratto conto, ammette anche la prova attraverso la documentazione delle singole operazioni dall'inizio alla fine del rapporto); **Trib. Novara 11 maggio 2010**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Messina 19 febbraio 2004**, in questa *Rivista*, 3004, 579; **Trib. Padova 6 agosto 2003**, in questa *Rivista*, 2004, 707; **Trib. Padova 18 maggio 2001**, in questa *Rivista*, 2002, 389; **Trib. Genova 20 novembre 1996**, in questa *Rivista*, 1997, 733).

In senso parzialmente diverso, **Cass. Civ. 13 marzo 2017, n. 6384** (in questa *Rivista*, 2017, 793), assumendo che, oltre che degli estratti conto, la banca può avvalersi anche delle schede dei movimenti o di altri atti o documenti idonei ad attestare il compimento dei negozi da cui derivano, nonché il titolo, la natura e l'importo delle operazioni, oltre all'annotazione in conto delle relative partite; mentre secondo **Trib. Palermo 12 novembre 2014** (in *DeJure*), la prova del saldo dovrebbe essere offerta dalla produzione di copia autentica delle scritture contabili da cui risultino tutte le movimentazioni del conto (e, in alternativa, dalla produzione integrale degli estratti conto). Alla "copia integrale della scheda del conto" fa riferimento **Trib. Napoli 12 luglio 2011** (in *DeJure*).

A fronte di tali orientamenti, si segnala un più risalente orientamento della giurisprudenza di merito, inteso a negare l'idoneità e la sufficienza dell'estratto conto a fornire la prova del credito della banca ai fini della ammissione al passivo: così **Trib. Roma 10 luglio 2001** (in *Dir. e prat. soc.*, 2002, 8, 85); e così pure della lettera di apertura del conto corrente e del certificato notarile del saldo debitore: **Trib. Roma 2 luglio 2000** (in *Dir. e prat. soc.*, 2001, 4, 73); **Trib. Roma 26 luglio 1994** (in *Dir. fall.*, 1995, II, 149).

Soltanto attraverso la produzione degli estratti conto a far data dall'inizio del rapporto - secondo l'orientamento prevalente appena illustrato - si può rendere ragione, attraverso il succedersi delle poste attive e passive nel corso dello svolgimento del rapporto, della genesi del saldo finale (in ipotesi negativo, in quanto originante un credito della banca): mai, quindi, attraverso il mero saldo finale del conto: **(App. Genova 5 febbraio 2002**, in questa *Rivista*, 2003, 74; **Trib. Genova 20 novembre 1996**, in *Gius*, 1997, 336; **Trib. Genova 3 giugno 1996**, in questa *Rivista*, 1997, 208; nello stesso senso **Trib. Padova 18 maggio 2001**, in *Giur. mer.*, 2001, 1256, e che si riferisce all'estratto finale come "estratto parziale" e **Trib. Udine 19 ottobre 1994**, in questa *Rivista*, 1995, 969).

c-1) La tacita approvazione dell'estratto conto e la terzietà del curatore

Si innesta su questo tema anche il dibattito in merito alla utilizzabilità, ai fini dell'ammissione al passivo del fallimento, della documentazione prodotta dalla banca allo scopo di richiedere un decreto ingiuntivo nei confronti del debitore: dall'estratto di "saldoconto" previsto dall'ormai abrogato art. 102 della L. n. 141 del 1938, all'estratto conto "certificato conforme alle scritture contabili da uno dei dirigenti della banca interessata, il quale deve altresì dichiarare che il credito è vero e liquido", previsto dall'art. 50 del T.U.B. Con rispetto al primo, trattandosi di documento espressivo del mero "saldo" del conto, la giurisprudenza ne ha negato la natura di estratto conto (e, conseguentemente, anche di documento idoneo a dare prova del saldo ai fini della ammissione al passivo: **Trib. Roma 21 settembre 1999** (in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 5, 75); ma, in tempi più risalenti, anche **Cass. Civ. 5 novembre 1979, n. 5279** (in *Mass. Giust. civ.*, 1979, fasc. II); e **App. Bologna 14 maggio 1977** (in *Giur. comm.*, 1979, II, 158); tali "censure" sono state mosse anche alla documentazione ex art. 50 T.U.B., nonostante essa espressamente non costituisca un mero "saldo", bensì un "estratto conto": **Trib. Roma 30 giugno 1999** (in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 2, 74).

Quanto alle possibili contestazioni del curatore riguardo all'ammontare del saldo, ulteriore tema affrontato dalla giurisprudenza è stato quello della eventuale opponibilità al curatore della tacita approvazione dell'estratto conto: vuoi ai sensi dell'art. 1832, comma 1, c.c. (secondo cui "l'estratto conto trasmesso da un correntista all'altro s'intende approvato, se non è contestato nel termine pattuito o in quello usuale, o altrimenti nel termine che può ritenersi congruo secondo le circostanze") - espressamente applicabile anche alle operazioni bancarie in conto corrente secondo quanto previsto dall'art. 1857 c.c.; vuoi ai sensi dell'art. 119, comma 3, T.U.B., a tenore del quale "in mancanza di opposizione scritta da parte del cliente, gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati trascorsi sessanta giorni dal ricevimento". Al riguardo, la giurisprudenza costantemente esclude detta applicabilità, non potendo il curatore essere assimilato al correntista, stante la sua posizione di terzietà: (**Cass. Civ. 4 giugno 2019, n. 15219**, in *Mass. Giust. civ.*, 2019; **Cass. Civ. 26 agosto 2016, n. 17354**, in *Pluris*; **Trib. Napoli 22 gennaio 2013**, in *Dir. fall.*, 2014, II, 400; **Trib. Pescara 7 ottobre 2008**, in *Giur. mer.*, 2009, (4), 970; **Trib. Pescara 22 marzo 2007**, in *PQM*, 2007, 1, 75; **Trib. Palmi 20 febbraio 2006**, in questa *Rivista*, 2006, 478; **Trib. Monza 9 aprile 2002**, in questa *Rivista*, 2003, 199; **Cass. Civ. 9 maggio 2001, n. 6465**, in questa *Rivista*, 2002, 389, nonché in *Dir. fall.*, 2001, II, 667). In senso contrario **Cass. Civ. 13 marzo 2017, n. 6384**, cit., secondo cui l'accettazione tacita degli estratti conto avrebbe una efficacia preclusiva.

Da un lato, quindi, si richiede la produzione integrale degli estratti conto per tutta la durata del rapporto di conto corrente: dal perfezionamento alla estinzione; dall'altro, con riferimento a tali estratti, non potrà opporsi al curatore la tacita approvazione dell'estratto conto, stante la sua posizione di terzietà. Ciò significa che, a seguito della produzione integrale degli estratti conto il curatore avrà l'onere di sollevare specifiche contestazioni in merito ad individuate poste: correlativamente, la banca creditrice avrà l'onere di integrare la documentazione o comunque la prova del credito in merito a tali contestazioni (mentre il giudice, in assenza di contestazioni provenienti dal curatore, dovrà prendere atto della evoluzione del rapporto così come risultante dagli estratti conto): **Cass. Civ. 11 marzo 2019, n. 6895**, cit.; **Cass. Civ. 3 dicembre 2018, n. 31195**, cit.; **Cass. Civ. 12 settembre 2018, n. 22208**, cit.

Sennonché l'onere documentale gravante sulla banca può risultare particolarmente gravoso (specie con riferimento ai rapporti di conto corrente che si sono protratti per periodi molto lunghi), e, anzi, può risultare oggettivamente difficile, per la banca, disporre degli estratti conto integrali da produrre. Tentativi di superare l'impasse, almeno per il periodo anteriore agli ultimi dieci anni, attraverso il richiamo della disposizione di cui all'art. 2220 c.c. (invocando il limite decennale di conservazione delle scritture contabili dalla data dell'ultima registrazione) sono stati puntualmente respinti dalla giurisprudenza di legittimità (così **Cass. Civ. 25 maggio 2017, n. 13258**, in *D&G*, 26 maggio 2017; **Cass. Civ. 13 ottobre 2016, n. 20693**, in *Mass. Giust. civ.*, 2017; **Cass. Civ. 20 febbraio 2018, n. 4102**, ord., in *Pluris*; **Cass. Civ. 16 aprile 2018, n. 9365**, in questa *Rivista*, 2019, 64 ss.

c-2) Il metodo del "saldo zero"

Una alternativa oggetto di discussione è stata la eventualità di considerare come base di partenza del primo estratto conto disponibile un "saldo zero", e sulla base di quel saldo ricostruire, in base ad una indagine contabile, il credito della banca: allude a questa possibilità **Cass. Civ. 26 gennaio 2011, n. 1842** (in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 1, 120); il criterio è applicato da **App. Bologna 17 dicembre 2018** (in *DeJure*).

Pervero, tale prospettiva è stata oggetto dell'interesse da parte della giurisprudenza non soltanto con riferimento al problema della prova del credito della banca ai fini dell'ammissione al passivo del fallimento, ma anche (e, forse, soprattutto) con riguardo alle azioni promosse dal correntista nei confronti della banca finalizzate ad ottenere l'accertamento negativo del

credito della banca o la ripetizione dell'indebito relativamente agli interessi pagati in eccedenza rispetto a quanto dovuto (alle opposizioni a decreto ingiuntivo). Più in particolare, la prospettiva del c.d. "saldo zero" comporta, per il caso di contenzioso attivato dal correntista nei confronti della banca, una sorta di temperamento alla regola dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. in forza del c.d. "principio di vicinanza della prova": (**Trib. Brindisi 9 agosto 2012**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Ancona 18 novembre 2014**, *ivi*; **Trib. Bari 17 novembre 2011**). La Corte ha fatto applicazione del principio del "saldo zero" ancora nel 2017: **Cass. Civ. 20 gennaio 2017, n. 1584**, in *Mass. Giust. civ.*, 2017.

La prospettiva del "saldo zero", peraltro, risulta ora respinta dalla giurisprudenza di legittimità, vuoi sulla base dell'assunto del carattere approssimativo del criterio, vuoi sulla scorta della considerazione che l'adozione dello stesso comporterebbe una alterazione sostanziale del rapporto di conto corrente, non tenendo conto, in particolare, neppure di eventuali saldi attivi del correntista alla data dell'ultimo estratto conto disponibile. **Cass. Civ. 16 aprile 2018, n. 9365** (in questa *Rivista*, 64 ss., con nota di Giuridanella, il quale evidenzia che, nella prospettiva fatta propria dalla Corte "l'azzeramento ad una certa data (quella del primo estratto conto disponibile) varrebbe, sostanzialmente, quale rinuncia ad un credito"). Anche **Trib. Bari 20 maggio 2016** (in *DeJure*), esclude che la ricostruzione integrale del rapporto possa essere surrogata da criteri presuntivi o approssimativi, senza che possa essere esclusa dall'*onus probandi* la fase anteriore agli ultimi dieci anni. Analogamente il Tribunale respinge il criterio sussidiario del saldo zero. Si aggiunga che, con riferimento alla diversa ipotesi dell'azione del cliente nei confronti della banca, **Cass. Civ. 7 maggio 2015, n. 9201** (in *Resp. civ. prev.*, 2016, 4, 1252) e **Cass. Civ. 11 gennaio 2017, n. 500** (in *Mass. Giust. civ.*, 2017), hanno pure scartato il principio del "saldo zero", ritenendo invece che, se il correntista non ha fornito l'estratto iniziale del rapporto, si deve procedere al ricalcolo degli interessi a partire "dal primo estratto conto" prodotto in giudizio dall'attore, senza poter fare applicazione del principio di "vicinanza della prova".

Tutto ciò salvo a voler adottare una prospettiva intermedia, che non utilizzi il criterio del saldo zero laddove l'estratto conto prodotto sia indicativo di un credito del correntista: è la prospettiva fatta propria da **App. Milano 14 aprile 2020, n. 903** (in *DeJure*) - in tema, però, di ripetizione di indebito da parte del correntista). **Cass. Civ. 13 marzo 2017, n. 6384** (in *Pluris*), ipotizza, allora, che per la determinazione del saldo debitore del conto corrente possa farsi ricorso a documentazione equipollente, alla quale poter ricorrere, unitamente ad una consulenza tecnica di ufficio, anche per il caso in cui la produzione degli estratti conto non sia integrale.

Sempre in tema di prova dell'entità del credito, con riguardo ai crediti derivanti da operazioni di anticipo contro cessione di credito, **Cass. Civ. 7 giugno 2016, n. 11657** (in *Pluris*) ha ritenuto che l'accertamento possa avvenire attraverso la valutazione degli estratti conto sui quali risultino annotati gli accrediti derivanti dalle operazioni di anticipazione.

3. I crediti derivanti da contratti di mutuo e di "finanziamento"

Strutturalmente diverse appaiono le tematiche inerenti la prova del credito bancario derivante da contratti di mutuo o di finanziamento: pur nella considerazione che, da un punto di vista fattuale, i contratti di mutuo sono spesso assistiti da garanzia ipotecaria, si preferisce qui fare riferimento ai problemi derivanti dalla prova della erogazione della somma (per la sua attitudine a costituire presupposto per la opponibilità del credito), per poter poi illustrare le tematiche inerenti i profili di nullità del contratto rilevanti in sede di accertamento del passivo (distinguendoli, a loro volta, tra quelli inerenti i mutui ipotecari "ordinari" e quelli riferiti ai mutui ipotecari "fondiari"), e riservando un supplemento di attenzione per ulteriori tematiche connesse, specificamente riferite agli stessi mutui fondiari.

Con riferimento al contratto di mutuo - e, in particolare, al mutuo inteso come contratto reale - l'onere probatorio si sposta evidentemente sulla circostanza che l'erogazione della somma sia effettivamente intervenuta in data anteriore all'apertura della procedura: in questa prospettiva **Cass. Civ. 6 novembre 2019, n. 28526** (in *Mass. Giust. civ.*, 2020) ha giudicato idonea la produzione della quietanza di erogazione del mutuo e della contabile attestante lo svincolo delle somme riprodotte in un atto pubblico, ovvero dell'atto pubblico notarile di erogazione e quietanza. Il principio viene tenuto fermo anche con riferimento all'ipotesi di inefficacia del contratto (perché destinato a munire di prelazione ipotecaria una preesistente esposizione da conto corrente, in violazione del principio della "*par condicio creditorum*"), dal momento che all'inefficacia del contratto farebbe pur seguito la necessità della restituzione delle somme (ancorché, ovviamente, "in moneta fallimentare") - in questa prospettiva **Cass. Civ. 27 novembre 2013, n. 26504** (in *Mass. Giust. civ.*, 2013); o di sua "illiceità" assunta per la medesima motivazione (dovendo se mai il curatore fornire la prova di tale asserzione) - prospettiva fatta propria da **Cass. Civ. 27 novembre 2013, n. 26504** (in *Mass. Giust. civ.*, 2013). Orientamenti diversi, peraltro, è dato riscontrare nella giurisprudenza di merito, intesi a negare efficacia alla dichiarazione di quietanza del mutuatario contenuta in un atto pubblico (in quanto considerata inefficace nei confronti di soggetti diversi dalle parti del contratto), e a ritenere, piuttosto, che la prova dell'effettiva erogazione possa essere data attraverso

a) La prova del perfezionamento del contratto

l'esibizione, da parte della banca, dell'estratto di conto corrente: in questa prospettiva **Trib. Napoli 1° marzo 2011, n. 2331** (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 365), che ha precisato che, allo scopo, non sono sufficienti né la dichiarazione di quietanza resa nell'ambito della stipulazione del contratto, né l'estratto ex art. 50 T.U.B. In epoca più risalente, peraltro, **Cass. Civ. 28 gennaio 1999, n. 741** (in *Dir. fall.*, 1999, II, 1192) aveva ritenuto che non rilevasse, ai fini della ammissione al passivo, la circostanza che la somma non fosse mai stata, in concreto, messa a disposizione del fallito, ma soltanto annotata sul suo conto corrente.

È evidente che la circostanza che il contratto di mutuo possa dirsi effettivamente "concluso" appare prodromica rispetto al successivo problema della insinuabilità del relativo credito al passivo del fallimento.

In questa prospettiva deve per lo meno farsi sintetica menzione dell'amplessissimo dibattito giurisprudenziale che si è sviluppato in merito alla individuazione del momento di perfezionamento del contratto di mutuo, e, in particolare, sulla individuazione del momento in cui si realizza la "traditio" o la "giuridica disponibilità" delle somme in capo al mutuatario (considerata correntemente equivalente alla consegna materiale: per tutti **Cass. Civ. 30 novembre 2011, n. 25569**, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 1698 e, recentemente, in giurisprudenza di merito, **Trib. Lecce 20 settembre 2019** e **Trib. Chieti 19 luglio 2017**, entrambe in *www.ilcaso.it*). Tale dibattito, peraltro, coincide *soltanto parzialmente* con quello, collegato, relativo alle condizioni per individuare nel contratto di mutuo un valido titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c.: in questa sede, pertanto, sono considerate unicamente le pronunce che si sono soffermate non su quest'ultimo aspetto ma sulle condizioni perché il contratto abbia a concludersi e quindi a perfezionarsi.

In questa prospettiva, secondo **Cass. Civ. 27 ottobre 2017, n. 25632** (in questa *Rivista*, 2018, 250), per chiedere l'ammissione al passivo il mutuante deve dare la prova che l'erogazione della somma si traduca in un autonomo titolo di proprietà che ne determini il trasferimento dal patrimonio del mutuante a quello dell'altro contraente, indipendentemente da qualsiasi altra manifestazione di volontà del mutuante stesso. In precedenza, pronunce tutte conformi: **Cass. Civ. 27 agosto 2015, n. 17194**, in *Pluris*; **Cass. Civ. 28 giugno 2011, n. 14270**, in *Giust. civ.*, 2013, (5-6), I, 1194; **Cass. Civ. 5 luglio 2001, n. 9074**, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 1332; **Cass. Civ. 21 febbraio 2001, n. 2483**, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 284; **Cass. Civ. 21 luglio 1998, n. 7116**, in *Contratti*, 1999, 373.

In particolare, secondo numerosi arresti giurisprudenziali, non potrebbe dirsi realizzata detta giuridica disponibilità laddove il contratto di mutuo, ancorché stipulato con atto pubblico notarile, preveda che la somma mutuata venga costituita in un deposito cauzionale presso la banca mutuante fino al verificarsi di condizioni future ed incerte, o in pegno, o comunque che il mutuante sia autorizzato a trattenere la somma presso di sé: in questo caso, infatti, la somma deve ritenersi ancora nella sfera di disponibilità della banca: **Cass. Civ. 12 ottobre 1992, n. 11116** (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 21), **Cass. Civ. 15 luglio 1994, n. 6686** (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, II, 41) **Trib. Chieti 19 luglio 2017** (poc'anzi citata), **Trib. Bergamo, 3 aprile 2019**, **Trib. Tivoli 5 aprile 2019**, **Trib. Vallo della Lucania 23 luglio 2019** (tutte in *www.ilcaso.it*); in senso contrario, però, la più recente giurisprudenza di legittimità, quale in particolare **Cass. Civ. 27 ottobre 2017, n. 25632** (in *Mass. Giust. civ.*, 2018), **Cass. Civ. 22 luglio 2019, n. 19654** (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, II, 161); e ricorrente, ancorché discontinua, giurisprudenza di merito: **Trib. Napoli 20 giugno 2012** (in *Giur. merito*, 2013, 813) **Trib. Torre Annunziata 19 luglio 2018** e **Trib. Lecce 20 settembre 2019** (secondo cui risulta decisivo il fatto che il conto vincolato sia stato costituito su disposizione del mutuatario e dopo il rilascio di quietanza liberatoria) - entrambe in *www.ilcaso.it* - **Trib. Palermo 3 ottobre 2019**, **Trib. Napoli 4 dicembre 2019**, **Trib. Grosseto 15 febbraio 2020**, **Trib. Benevento 15 maggio 2020** (tutte in *Dejure*).

Quanto, invece, alla prova del credito derivante da mutuo, **Cass. Civ. 8 novembre 2017, n. 26426** (in *Pluris*) ha ritenuto che in sede di opposizione allo stato passivo, la produzione del piano di ammortamento non costituisce elemento indefettibile della prova del residuo credito da mutuo, specie ove i requisiti costitutivi delle reciproche obbligazioni, ed in particolare quella restitutoria, risultino dalla chiara previsione contrattuale e dalla natura delle rate, dalla prevedibilità del loro importo per quota di interessi separata rispetto al capitale e si tratti di circostanze allegate al giudizio dal creditore, non bastando al riguardo una generica contestazione di rilevanza del curatore.

b) Il mutuo ipotecario "ordinario" finalizzato alla estinzione di passività chirografarie pregresse

In materia di accertamento dei crediti derivanti da mutuo ipotecario, rileva inoltre il tema dei mutui ipotecari (siano essi fondiari o meno) che siano stati destinati al ripianamento di pregresse esposizioni chirografarie (assai frequentemente, conti correnti con saldo negativo, assistiti o meno da apertura di credito). A tale riguardo, un dibattito giurisprudenziale assai risalente ha affrontato e continua ad affrontare il problema della ammissione al passivo del

credito derivante da tale tipologia di finanziamenti: si discute, infatti, sulla validità del mutuo ipotecario (nel caso, fondiario) concluso con tale finalità. È evidente che il tema ha carattere più generale, potendo rilevare anche al di fuori di un contesto concorsuale: nondimeno, in quest'ultimo ambito, esso si riflette nella questione se il credito nascente dal mutuo possa essere ammesso al passivo e se - in caso di ammissione - debba allo stesso riconoscersi natura privilegiata o chirografaria.

Secondo una prima prospettazione, il credito dovrebbe trovare ammissione al passivo non già in rango ipotecario, sebbene chirografario. All'interno di tale prospettazione, peraltro, abbastanza variegato appare l'apparato motivazionale a sostegno di siffatta conclusione.

Cass. Civ. 15 marzo 2016, n. 5087 (in questa *Rivista*, 2016, 650) ha ritenuto che il mutuo ipotecario che sia funzionale non a creare una effettiva e nuova disponibilità di provvista in capo al mutuatario, già debitore della banca mutuante in forza di un precedente rapporto non assistito da garanzia reale, bensì ad estinguere il debito nascente da tale ultimo rapporto non costituisce un negozio simulato (giacché il mutuo è un atto voluto), ma il frutto di un procedimento negoziale indiretto: di talché, laddove l'ipoteca risulti inefficace, la banca potrà insinuarsi al passivo per le somme erogate in chirografo, non producendosi alcuna nullità dell'operazione. In sostanza, spiega la Suprema Corte, il profilo realmente rilevante è quello della novità o meno del rischio. In precedenza, analogamente, **Cass. Civ. 29 febbraio 2016, n. 3955** (in *Pluris*).

Anche **Cass. Civ. 26 febbraio 2018, n. 4513** (in questa *Rivista*, 2018, 1068) ritiene che l'ammissione al passivo non sia incompatibile con la fattispecie del negozio indiretto (al contrario di quanto accade con la simulazione e la novazione): infatti, 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 revocata in virtù del mutuo revocato, dal momento che l'inefficacia del contratto comporterebbe in ogni caso l'obbligo di restituire le somme effettivamente erogate, seppur in moneta fallimentare. Analogamente **Cass. Civ. 28 gennaio 2013, n. 1807** (in www.unijuris.it); e **Cass. Civ. 20 marzo 2003, n. 4069** (in questa *Rivista*, 2004, 639). In questi casi, peraltro, la Corte ha ritenuto che il credito vada ammesso al passivo in chirografo: in precedenza, al contrario, **Cass. Civ. 6 novembre 2006, n. 23669** (in questa *Rivista*, 2007, 651) e **Cass. Civ. 19 novembre 1997, n. 11495** (in *Vita not.*, 1998, 112) secondo cui, in caso di ammissione del credito al passivo, dovrà riconoscersi al credito il rango ipotecario in caso di ipoteca contestualmente costituita.

Cass. Civ. 8 aprile 2020, n. 7740 (in www.onelegale.wolterskluwer.it), ha affermato il principio per cui laddove il mutuo ipotecario non sia destinato a creare effettiva disponibilità finanziaria a favore del mutuatario, il ripianamento da parte della banca di una esposizione debitoria del cliente a mezzo di nuovo credito sostanzia un'operazione di natura meramente contabile che non può inquadrarsi come atto a titolo oneroso: è quindi ammesso al passivo fallimentare come credito chirografario e non ipotecario il credito derivante da quel mutuo, trattandosi di un'operazione a titolo gratuito non assistita da privilegio.

In una prospettiva completamente differente, **Cass. Civ. 12 dicembre 2017, n. 29804** (in questa *Rivista*, 2018, 149) riconosce che anche il ripianamento di una precedente esposizione debitoria può costituire uno "scopo" del mutuo: pervenendo alla conclusione per cui il mancato rispetto dell'obbligo di destinazione della somma alla finalità convenuta comporta, per il rilievo causale assunto da tale destinazione nell'economia del contratto, la nullità per mancanza di causa, con conseguente inammissibilità del credito derivante dal mutuo al passivo del fallimento.

Sotto un profilo che involge tanto la prova del contratto, quanto la destinazione del mutuo alla estinzione di passività pregresse, **Cass. Civ. 16 maggio 2018, n. 11955** (in *Pluris*) ha ritenuto che 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.

c) Il mutuo ipotecario "fondiario" destinato alla estinzione di passività chirografarie pregresse

Con riferimento specifico al mutuo ipotecario fondiario, la giurisprudenza si è ulteriormente domandata se tale tipologia di mutuo sia "ontologicamente" compatibile con la finalità del ripianamento di una esposizione chirografaria pregressa. Al riguardo, **Cass. Civ. 12 settembre 2014, n. 19282** (in www.dirittobancario.it), ha ritenuto che, non essendo il mutuo fondiario qualificabile come "mutuo di scopo", tale finalità sia da considerarsi legittima; analogamente, **Cass. Civ. 19 gennaio 2018, n. 1444** (in questa *Rivista*, 2018, 379). Più in generale, si ritiene che nel caso del mutuo fondiario l'utilizzo della somma mutuata per estinguere precedenti passività è riconducibile alla libera iniziativa della parte mutuataria (**Trib. Lanciano 7 dicembre 2016**, **Trib. Chieti 2 novembre 2017**, **Trib. Pescara 6 maggio 2015** (tutte in www.ilcaso.it).

d) Il superamento dei "limiti di finanziabilità" nei finanziamenti fondiari

App. Perugia 13 ottobre 2017 (in questa *Rivista*, 2018, 384), inoltre, esclude esplicitamente la configurabilità della simulazione e la nullità per l'utilizzo della provvista allo scopo di risanare una situazione di crisi). **Cass. Civ. 15 marzo 2016, n. 5087** (v. *supra*) nell'escludere la nullità - ed invece interpretando l'operazione come procedimento negoziale indiretto - ritiene però che detta natura indiretta escluda il consolidamento "speciale" della garanzia ipotecaria previsto dall'art. 39 del Testo Unico Bancario (analogamente **Trib. Mantova 21 ottobre 2015**, in *Dejure*). Rispetto a tale indirizzo, un orientamento evolutivo viene manifestato in **Cass. Civ. 13 aprile 2016, n. 7321** (in *Pluris*), secondo cui l'erogazione di un mutuo fondiario finalizzato alla estinzione di passività pregresse non costituirebbe un atto solutorio anomalo (e, come tale, assoggettabile alla revocatoria fallimentare), ma una espressione del ricorso al credito come strumento di ristrutturazione del debito, che, "involgendo ambiti di diffusa economia reale e meritevolezza causale ormai tipicizzata, non può assumere alcuna riprovevolezza ordinamentale, nemmeno sul piano concorsuale".

Tuttavia, **Cass. Civ. 7 luglio 2017, n. 16851** (in questa *Rivista*, 2017, 893), ha ritenuto piuttosto che l'erogazione di un mutuo fondiario che si è riscontrato non essere stato destinato a creare effettiva disponibilità di nuova provvista in capo al mutuatario (già debitore della stessa banca mutuante in forza di pregresso rapporto chirografario) può costituire un procedimento negoziale indiretto (in frode ai creditori) della simulazione e della novazione: la conseguenza sarebbe non soltanto l'inefficacia del pagamento "a valle", ma la stessa caducazione della iscrizione ipotecaria, trattandosi di "atto solutorio anomalo".

Folta giurisprudenza di merito ritiene inoltre che il mutuo fondiario utilizzato per estinguere preesistenti debiti del mutuatario verso la banca mutuante e non per finanziarie il richiedente mettendogli a disposizione la somma mutuata sia affetto da nullità: talora detta nullità viene predicata *per mancanza di causa in concreto*: così **Trib. Taranto 7 marzo 2014** (in *www.ilcaso.it*). In una differente circostanza il mutuo fondiario è stato considerato affetto da nullità in quanto destinato pressoché integralmente ad estinguere esposizioni di conto corrente con saldo negativo per effetto della capitalizzazione trimestrale degli interessi e della applicazione della commissione di massimo scoperto (così **Trib. Pescara 27 giugno 2018** (in *www.ilcaso.it*); nella stessa prospettiva **App. Torino 15 giugno 2015** (in *www.ilcaso.it*), che afferma la nullità del contratto per mancanza di causa concreta). **Trib. Ravenna 21 gennaio 2014** (in *www.ilcaso.it*), mentre afferma che, in generale, il contratto di mutuo fondiario stipulato allo scopo di estinguere uno o più debiti preesistenti scaduti del mutuatario nei confronti del mutuante non è nullo per illiceità della causa (non essendo il mutuo fondiario un mutuo di scopo) precisa peraltro che la nullità può verificarsi laddove i debiti preesistenti siano illeciti perché inesistenti o frutto di violazione di norme imperative.

In una posizione "mediana" si colloca altra giurisprudenza di merito che, pur riconoscendo l'assenza della natura di scopo nel paradigma del credito fondiario, assume che il giudice possa sindacare la funzione effettiva svolta dalla operazione di finanziamento per accertare se essa sia assistita da un'autonoma causa o se invece vada inserita in una fattispecie complessa eventualmente volta a perseguire finalità lesive della *par condicio*: così **Trib. Firenze 20 gennaio 2016** (in *www.ilcaso.it*).

Un aspetto diverso (che riguarda, piuttosto, i titoli posti a fondamento della domanda di ammissione al passivo) è preso in considerazione da **Cass. Civ. 5 agosto 2019, n. 20896** (in *Guida dir.*, 2019, 49-50, 72), che ha affermato non già la nullità della operazione di ripianamento, ma il principio per cui il "ripianamento" di un debito a mezzo del nuovo "credito" che la banca già creditrice metta in opera con il proprio cliente al fine di conseguire un'ipoteca contestuale, determinando il riposizionamento della scadenza del debito pregresso, configura un *pactum de non petendo ad tempus*. Non comportando novazione, tale patto non è sufficiente a reggere una domanda di ammissione al passivo fallimentare che abbia ad oggetto la restituzione delle somme di danaro di cui al pregresso credito.

Con riferimento al mutuo fondiario, inoltre, il profilo di nullità viene spesso predicato con riguardo alla circostanza del superamento del "limite di finanziabilità" che caratterizza - ex art. 38, comma 2, T.U.B. - questa tipologia di credito. Qui occorre premettere che il dibattito giurisprudenziale sulla violazione dei "limiti di finanziabilità" da parte della banca è molto risalente, e dunque ben anteriore alla emanazione del Testo Unico Bancario, dal momento che la presenza di quei "limiti" ha rappresentato una caratteristica strutturale del credito fondiario (oltre che della non più esistente categoria del "credito edilizio") fin dal momento della sua "creazione" normativa. In merito all'estremamente variegato panorama giurisprudenziale al riguardo - e in una prospettiva di semplificazione schematizzante a fini espositivi - si possono ricordare i seguenti orientamenti: a) il mancato rispetto dei limiti non inciderebbe sulla validità del negozio (e neppure, conseguentemente, della relativa garanzia), ma rileverebbe soltanto nel senso di rendere sindacabile e sanzionabile l'operato della banca da parte della autorità di vigilanza: in questa prospettiva (oltre che un risalente orientamento di merito: **App. Roma 11**

novembre 1991, in *Risparmio*, 1996, 1023 ss.), **Trib. Roma 9 aprile 2000** (in *Dir. fall.*, 2003, II, 116) e, soprattutto, **Cass. Civ. 28 novembre 2013, n. 26672** (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, 123 ss.); b) il mutuo "dichiarato" fondiario che non sia rispettoso dei limiti di finanziabilità non sarebbe nullo - e conseguentemente neppure vi sarebbe luogo per l'operatività della conversione - ma semplicemente andrebbe "sussunto" nel tipo negoziale mutuo "ordinario" piuttosto che in quello "fondiario": in questo senso **Trib. Udine 29 maggio 2014** (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, 463 ss.), **Trib. Vicenza 19 dicembre 2017** (in *Contratti*, 2014, 454 ss.); c) il contratto irrispettoso dei limiti di finanziabilità sarebbe parzialmente nullo per l'eccedenza rispetto a quel limite che, per quella stessa parte, si "convertirebbe" in un mutuo ipotecario ordinario (si tratta del risalente orientamento di **Trib. Roma 2 febbraio 1989**, in *Temi Romana*, 1989, 80); d) in caso di superamento dei limiti il contratto sarebbe totalmente nullo, con operatività della conversione integrale in credito ipotecario ordinario, alla ricorrenza dei presupposti indicati dal codice civile: prospettiva nella quale si collocano (seppure diversamente argomentando quanto alle ragioni della nullità) **Cass. Civ. 13 luglio 2017, n. 17352** (in *Giur. comm.*, 2018, II, 943), **Cass. Civ. 9 maggio 2018, n. 11201** (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, 341), **Cass. Civ. 31 luglio 2017, n. 19016** (in *Pluris*), **Cass. Civ. 24 settembre 2018, n. 22466** (in questa *Rivista*, 2019, 120), e **Cass. Civ. 21 gennaio 2020, n. 1193** (in *Pluris*); alla pronuncia del 2017 si richiamano anche **Cass. Civ. 28 maggio 2018, n. 13286**, ord. (in *Pluris*), **App. Venezia 20 maggio 2019** (in www.dirittobancario.it), e **App. Venezia 25 giugno 2019** (in www.ilcaso.it); nella stessa prospettiva **Trib. Sulmona 31 dicembre 2019** e **Trib. Viterbo 4 febbraio 2020** (entrambe in www.ilcaso.it); e) In una prospettiva, invece, di nullità parziale del contratto, si prospetta l'ipotesi di una riduzione all'importo corrispondente al massimo concedibile alla luce dei limiti di finanziabilità (mentre la eccedenza dovrebbe essere oggetto di restituzione in quanto indebito oggettivo): così **Trib. Cagliari 4 aprile 2013** e **Trib. Lodi 24 aprile 2013** (entrambe in www.ilcaso.it), riconducibili all'orientamento di **Cass. civ. 1° settembre 1995, n. 9212** (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 243); f) isolatamente si è pure ritenuto che la conversione del mutuo fondiario integralmente nullo in mutuo ipotecario ordinario, possa avvenire soltanto nei limiti dell'80% del valore dell'immobile ipotecato: **Trib. Udine 7 marzo 2013** (in www.unijuris.it).

Un dibattito complementare a quello appena ricordato, riguarda - nei casi in cui venga riconosciuta la nullità del contratto di credito fondiario e la ipotizzabilità di una sua conversione in mutuo ipotecario "ordinario" - l'individuazione dei limiti temporali per la formulazione dell'istanza di conversione da parte della banca.

A tale ultimo riguardo, **Cass. Civ. 24 settembre 2018, n. 22466** (in questa *Rivista*, 2019, 120) ha ritenuto ammissibile l'istanza di conversione in mutuo ipotecario, proposta dalla banca per la prima volta in sede di opposizione allo stato passivo, dopo che il giudice delegato aveva rilevato in sede di verifica la nullità del mutuo fondiario per violazione del limite di finanziabilità. In precedenza, analogamente, **Cass. Civ. 28 maggio 2018, n. 13286**, ord. (in *Pluris*); **Cass. Civ. 9 maggio 2018, n. 11201**, cit.; **Cass. Civ. 12 aprile 2018, n. 9079**, in *Dejure*; **Cass. Civ. 16 marzo 2018, n. 6586** (in *Dejure*); **Cass. Civ. 31 luglio 2017, n. 19015**, ivi; **Cass. Civ. 13 luglio 2017, n. 17352** (in *Foro it.*, 2017, II, I, 3379). *Contra* **Cass. Civ., 28 novembre 2013, n. 26672**, cit.; **Cass. Civ. 6 dicembre 2013, n. 27380**, (in *Foro it.*, 2014, II, I, 499); **Cass. Civ. 4 novembre 2015, n. 22446** (in *Mass. Giust. civ.*, 2015); **Cass. Civ. 7 marzo 2016, n. 4471** (in *Pluris*); **Cass. Civ. 24 giugno 2016, n. 13164**, ivi. Nel senso della inammissibilità della domanda di conversione ex art. 1424 c.c. del mutuo fondiario in mutuo ordinario per la prima volta in grado di appello, in quanto tardiva, **App. Venezia 20 maggio 2019, n. 2660** (in www.dirittobancario.it); secondo **Trib. Fermo 23 gennaio 2010** (in www.ilcaso.it), l'istanza di conversione deve essere presentata dalla banca che si oppone alla nullità del mutuo fondiario nella prima occasione utile, vale a dire l'udienza di discussione orale e, dunque, nell'udienza di trattazione.

e) Esecuzione fondiaria individuale e onere di insinuazione al passivo del fallimento

Con riguardo, ancora, al tema della insinuazione al passivo del fallimento di un credito fondiario, occorre dare conto del dibattito sviluppatosi in merito alla portata dell'art. 41, comma 2, T.U.B. Tale norma dispone che "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". Tale previsione ha talora fatto dubitare della esistenza di un onere, per la banca, di insinuarsi al passivo del fallimento: sebbene, infatti, non possa dubitarsi che il "privilegio" così attribuito alla banca sia di natura essenzialmente "processuale" - in quanto, sotto un profilo sostanziale, la banca partecipa al concorso, dovendo eventualmente restituire alla procedura l'eccedenza, ricavata in sede di esecuzione individuale, rispetto a quanto spettante dal riparto fallimentare -, la necessità della insinuazione al passivo non è stata sempre pacificamente riconosciuta, almeno prima della riforma della legge fallimentare.

4. Il credito bancario assistito da garanzie reali

a) Ipoteca

operata dal D.Lgs. n. 169 del 2007, che ha introdotto nell'art. 52 l.fall. un terzo comma che stabilisce che "le disposizioni del secondo comma" - cioè quelle che dispongono la necessità dell'accertamento del credito all'interno della procedura fallimentare - "si applicano anche ai crediti esentati dal divieto di cui all'art. 51" (e, quindi, anche alle pretese derivanti da operazioni di credito fondiario): nel senso, comunque, di ribadire la esclusività della verifica fallimentare (**Trib. Pesaro 8 giugno 2017**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Aosta 25 ottobre 2017**, in *DeJure*; **Trib. S. Maria Capua Vetere 12 gennaio 2018**, in *DeJure* e **Cass. Civ. 28 settembre 2018, n. 23482**, in *Mass. Giust. civ.*, 2019). Prima della precisazione normativa, infatti, si riscontravano orientamenti difformi: taluni nel senso della necessità della insinuazione, altri nel senso della assenza di un tale onere. La giurisprudenza recente, quindi, non si occupa più di un tema oggetto di soluzione normativa, quanto, piuttosto, di definire l'ambito oggettivo di quella soluzione. In particolare, ci si è soffermati sull'ambito di efficacia della decisione sulla domanda di ammissione al passivo, presentata dal creditore fondiario, in relazione alla efficacia endofallimentare del provvedimento di esecuzione dello stato passivo. Al riguardo, **Trib. Monza 13 aprile 2015** (in *www.ilcaso.it*) ha ritenuto che se il creditore fondiario sia divenuto, in tutto o in parte, creditore chirografario nella procedura fallimentare per effetto della decisione intervenuta in quella sede, quest'ultima incide sul diritto di cui all'art. 41 T.U.B., poiché il creditore non potrà mutare la sua collocazione anche laddove proseguisse nella esecuzione individuale (essendo il giudice dell'esecuzione individuale privo di un autonomo potere di graduazione dei crediti). Il principio era stato in precedenza affermato da **Cass. Civ. 21 marzo 2014, n. 6738** (in *Pluris*).

Le tematiche appena passate in rassegna hanno necessariamente fatto riferimento al rapporto strutturale che può legare il contratto di credito con il contratto di garanzia, e, più in particolare, al rapporto che tipicamente può rinvenirsi tra mutuo ed ipoteca. Nondimeno, alcune importanti tematiche relative all'ammissione al passivo di un credito bancario garantito possono ravvisarsi anche al di fuori di quel "rapporto strutturale", e sono quindi qui di seguito distinte in relazione alla tipologia di garanzia (reale) presa in considerazione.

Con riferimento ai crediti assistiti da ipoteca, **Cass. Civ. 13 luglio 2017, n. 17329** (in *Mass. Giust. civ.*, 2017) ha ritenuto superflua, nella domanda di ammissione, l'indicazione del bene su cui grava la garanzia (giacché la eventuale mancanza del bene assumerebbe rilievo unicamente nella fase esecutiva, ma non nella fase di accertamento del passivo: **Cass. Civ. 14 luglio 2020, n. 14960** (in *Pluris*) è tornata ad esprimere lo stesso principio - relativamente al testo dell'art. 93 l.fall. anteriore alla novella del 2006. D'altra parte, secondo **Cass. Civ. 13 dicembre 2019, n. 33008** (in *Pluris*) il requisito stabilito dall'art. 93, comma 3, n. 4 l.fall. - che stabilisce che il ricorso col quale si propone domanda di ammissione al passivo di un credito deve contenere, tra l'altro, "l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione, nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale" - deve essere verificato dal giudice tenuto conto del principio generale secondo cui l'oggetto della domanda si identifica sulla base delle complessive indicazioni contenute in quest'ultima e dei documenti alla stessa allegati (nel caso di specie l'oggetto dell'ipoteca non era indicato e descritto nella domanda di insinuazione, ma era specificato nel contratto di mutuo inserito nel fascicolo del procedimento di insinuazione al passivo).

In una diversa prospettiva, **Cass. Civ. 2 novembre 2017, n. 26058** (in questa *Rivista*, 2018, 2, 251) ha ritenuto che ai fini dell'ammissione al passivo non è neppure necessario che il bene oggetto della garanzia sia attualmente esistente nella massa fallimentare, non potendosi escludere la sua successiva acquisizione, essendo pertanto sufficiente, a tale fine, che in sede di verifica si accerti l'esistenza del credito e della prelazione che lo assiste, demandando alla successiva fase del riparto la verifica che il bene vincolato sussista realmente: il principio è stato confermato da **Cass. Civ. 22 febbraio 2019, n. 5341** (in *Pluris*) che ha peraltro ritenuto necessario che "la domanda di insinuazione descriva il bene su cui si intende far valere la prelazione e precisi le oggettive ragioni della potenziale acquisibilità, fermo restando che l'effettivo dispiegarsi della prelazione in sede di riparto rimane subordinato al recupero del bene al compendio fallimentare".

Un distinto tema affrontato dalla giurisprudenza riguarda la necessità o meno, per il titolare di diritti reali di garanzia costituiti sui beni del fallito, ma non creditori di quest'ultimo, di insinuarsi al passivo del fallimento: in particolare, il quesito si è proposto a seguito della novella che ha riguardato il comma 2 dell'art. 52 l.fall.: quest'ultimo dispone che "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". A ciò si aggiunga che l'art. 92, comma 1, l.fall., stabilisce che il curatore invii l'avviso non soltanto ai "creditori", ma anche "ai titolari di diritti reali o personali su beni immobili di proprietà o in possesso del fallito".

In merito a tale dibattito, **Cass. Civ. 20 novembre 2017, n. 27504** (in questa *Rivista*, 2018, 2, 252) ha ritenuto che i titolari dell'ipoteca su beni immobili compresi nel fallimento e già costituiti a garanzia di crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, non possano avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo fallimentare, in quanto non sono creditori diretti del fallito, dovendo l'accertamento giudiziale farsi valere in sede esecutiva individuale, secondo le modalità di cui agli artt. 602, 603 e 604 c.p.c.. Analogo principio sono tornate ad esprimere **Cass. Civ. 12 luglio 2019, n. 18790** (in questa *Rivista*, 2020, 524), tanto con riferimento ai creditori titolari di un diritto di ipoteca quanto relativamente a quelli titolari di un diritto di pegno; **Cass. Civ. 10 luglio 2018, n. 18082** (in *Pluris*) - relativamente al caso di pegno di polizze costituite dal terzo non debitore, successivamente fallito, per le obbligazioni assunte tra altri soggetti; e così ancora **Cass. Civ. 9 febbraio 2016, n. 2540** (in *Pluris*), precisando che per tali soggetti non è possibile avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo di cui al Capo V della legge fallimentare anche dopo la novella del comma 2 dell'art. 52 l.fall., introdotta dal D.Lgs. n. 5 del 2006. In senso opposto, **Cass. Civ. 30 gennaio 2019, n. 2657** (in *Pluris*) ritiene che i titolari di diritti d'ipoteca sui beni immobili compresi nel fallimento e già costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, dopo la riforma introdotta dal D.Lgs. n. 5 del 2006 devono avvalersi, ai sensi del novellato art. 52, comma 2, l.fall., del procedimento di verifica dello stato passivo di cui al Capo V della l.fall., prescrivendo oggi il nuovo art. 92 l.fall. che l'avviso circa la facoltà di partecipare al concorso sia comunicato non soltanto ai creditori, ma anche "ai titolari di diritti reali o personali su beni mobili o immobili di proprietà o in possesso del fallito". In questa seconda prospettiva, **Trib. Udine 24 maggio 2013** (in *Giurisprudenza bancaria*, 2011-2013, Milano, 2014, 162) ha ritenuto che l'onere di insinuarsi al passivo del fallimento grava non soltanto sui titolari di diritti di credito ma anche sui titolari di diritti reali costituiti sui beni del fallito. Peraltro, per il caso in di costituzione, da parte del fallito, di ipoteca sui suoi beni a garanzia del mutuo contratto da un terzo, **Cass. Civ. 11 febbraio 2011, n. 3468** (in questa *Rivista*, 2011, 7, 829), ha ritenuto che la questione in ordine alla legittimazione a partecipare al concorso è superata se nel fallito si concentrano le qualità, oltre che di terzo datore di ipoteca, anche di debitore del creditore ipotecario per avere rilasciato una fideiussione nell'interesse del mutuatario.

Un diverso dibattito ha riguardato gli effetti della ammissione al passivo del fallimento di un credito ipotecario sul termine di durata dell'iscrizione ipotecaria: al riguardo, secondo **Cass. Civ. 6 agosto 2015, n. 16553** (in *Quotidiano giuridico*, 2015) l'ammissione al passivo fallimentare del credito ipotecario comporta la sospensione del termine di durata dell'iscrizione dell'ipoteca, sicché non è necessaria la rinnovazione dell'iscrizione: più articolatamente il principio è stato riaffermato da **Cass. Civ. 14 maggio 2018, n. 11710** (in *Pluris*), che evidenzia come, nel caso della esecuzione concorsuale, il creditore, depositata la domanda, consuma il suo potere processuale né ha più il potere o l'onere di intervenire sul diritto d'ipoteca, che cessa di essere nella sua disponibilità una volta ammesso, a differenza di quanto accade nell'esecuzione singolare, in cui l'iscrizione non deve aver superato il ventennio dalla data della vendita forzata, che concreta l'espropriazione che il creditore ha diritto di chiedere, mentre nella procedura concorsuale la vendita è disposta su iniziativa del curatore. Si occupa di un caso diverso **Cass. Civ. 7 luglio 2016, n. 13940** (in *Pluris*), vale a dire quello in cui il bene ipotecato sia stato ceduto ad un terzo: qui si assume che per evitare la prescrizione dell'ipoteca nei confronti del terzo acquirente il creditore sia tenuto ad esercitare il diritto di espropriazione ipotecato promuovendo un processo esecutivo individuale nei confronti del terzo, dal momento che l'ammissione al passivo del fallimento del debitore iscritto, che di quel bene abbia perduto la disponibilità, non costituisce valido atto interruttivo della prescrizione del diritto di garanzia. In tempi più remoti, **Trib. Sulmona 29 settembre 2003** (in questa *Rivista*, 2004, 579) aveva ritenuto che, ai fini dell'accertamento del passivo, la sussistenza dell'ipoteca va valutata con esclusivo riferimento all'epoca del deposito dello stato passivo senza che abbia rilievo il sopravvenuto decorso del termine ventennale per la rinnovazione della garanzia.

Infine, la giurisprudenza ritiene - relativamente alla garanzia ipotecaria costituita a fronte del finanziamento concesso dalla banca alla impresa costruttrice - che la stessa prevale, sul privilegio speciale sul bene immobile che assiste ai sensi dell'art. 2775-bis c.c. il credito del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis c.c. Infatti questo privilegio, secondo la Corte, resta sottratto alla regola generale della prevalenza del privilegio sull'ipoteca (fissata dall'art. 2748, comma 2, c.c.), in quanto è sottoposto ad una particolare forma di pubblicità costitutiva: (in questa prospettiva, concordemente, **Cass. Civ. 17 agosto 2016, n. 17141**; **Cass. Civ. 30 luglio 2014, n. 17270**, e da **Cass. Civ. 2 luglio 2013**, tutte in *Pluris*).

b) Pegno

Il tema dell'accertamento dei crediti pignorati all'interno della procedura fallimentare potrebbe essere trattato indipendentemente dalla circostanza dell'essere o meno creditore

pignoratizio una banca. Tuttavia l'interesse per il tema è sollecitato dal fatto che si tratta di una fattispecie nella quale le banche sono in via tendenziale maggiormente coinvolte sotto un profilo fattuale. Il dibattito giurisprudenziale sviluppatosi negli anni recenti mostra una sostanziale linea di continuità rispetto a tematiche tendenzialmente consolidate quanto ai profili ricostruttivi. Da un lato, ci si domanda quali siano i requisiti di opponibilità della garanzia pignoratizia necessari e sufficienti al riconoscimento in rango privilegiato del credito garantito; dall'altro, la discussione si incentra sulla esistenza o meno di un onere, per il creditore pignoratizio, di insinuare il proprio credito al passivo del fallimento, laddove si versi in ipotesi di pegno irregolare.

Quanto al primo tema, ai fini della ammissione in via privilegiata del credito garantito da pegno la giurisprudenza ritiene necessario il rispetto delle condizioni di cui all'art. 2787, comma 3, c.c. (scrittura di data certa, contenente sufficiente indicazione del credito garantito e della cosa costituita in pegno): **Cass. Civ. 19 novembre 2007, n. 23839**. Analogamente **Trib. Milano 5 marzo 2012** (in *www.ilcaso.it*). In particolare, **Trib. Milano 30 luglio 2019** (in *www.ilcaso.it*) ha ritenuto che, ai fini della "sufficiente indicazione" del credito garantito, non sia necessario che all'interno della polizza di pegno il credito garantito venga specificato in tutti i suoi elementi costitutivi il credito garantito, essendo sufficiente che la scrittura contenga elementi idonei a consentirne la identificazione. Peraltro, allo scopo di pervenire a quest'ultima, l'eventuale ricorso a dati esterni all'atto di costituzione del pegno richiede che l'atto contenga un indice di collegamento da cui possa desumersi l'individuazione dei dati (ragion per cui deve escludersi la prelazione quando, in ragione della estrema genericità delle espressioni utilizzate, il credito garantito possa essere individuato soltanto tramite il ricorso ad ulteriori elementi esteriori). La affermazione della necessità di "indici di collegamento" è consolidata nella giurisprudenza della Suprema Corte (**Cass. Civ. 19 marzo 2004, n. 5561**, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 3; **Cass. Civ. 28 ottobre 2005, n. 21084**, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 3, II, 314; **Cass. Civ. 26 gennaio 2006, n. 1532**, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 1; **Cass. Civ. 2 ottobre 2007, n. 20699**, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 10).

L'art. 2787, comma 4, c.c., stabilisce un regime agevolato per la prova del tempo della costituzione della garanzia. In particolare, si stabilisce che "se però il pegno risulta da polizza o da altra scrittura di enti che, debitamente autorizzati, compiono professionalmente operazioni di credito su pegno, la data della scrittura può essere accertata con ogni mezzo di prova". Al riguardo **Cass. Civ. 6 giugno 2019, n. 15421**, ha ribadito il principio - già in passato consolidato - per cui la esenzione riguarda non genericamente qualsiasi operazione di credito garantita da pegno, ma soltanto le operazioni di "credito su pegno" di cui all'art. 48 T.U.B. Inoltre, la "esenzione" riguarda soltanto la prova della data certa, mentre resta ferma la necessità della "sufficiente indicazione della cosa" di cui all'art. 2787, comma 3. In precedenza, in giurisprudenza di merito, analogo principio in **App. Bologna 8 gennaio 2003** (in questa *Rivista*, 2004, 109).

L'esistenza di un onere di insinuazione al passivo ai sensi dell'art. 53 l.fall., è senz'altro affermata per quanto riguarda il pegno regolare: (in tal senso **Trib. Napoli 28 novembre 2013**, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 1, II, 109, e **Cass. Civ. 19 settembre 2011, n. 18597**, in *Mass. Giust. civ.*, 9, 1286). Invece, con riferimento al pegno irregolare - fattispecie nella quale **Cass. Civ. 8 agosto 2016, n. 16618** (in *Pluris*) ha ritenuto rientrare il pegno di saldo di conto corrente costituito a favore della banca depositaria quando a quest'ultima sia espressamente conferita la facoltà di disporre della relativa somma - la questione in merito alla possibilità di applicare l'art. 53 l.fall. è suscitata dalla peculiarità di tale forma di garanzia, nella quale il bene che ne costituisce oggetto, di natura fungibile, si trasferisce nel patrimonio del creditore, assumendo quest'ultimo l'obbligazione di restituire, in caso di regolare adempimento dell'obbligazione garantita, il *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, ovvero, nell'ipotesi in cui l'obbligazione non venga adempiuta a scadenza, l'eccedenza del valore del bene oppignorato - determinato al momento della scadenza del credito - rispetto a quello della obbligazione garantita. Al riguardo, **Cass. Civ. 6 febbraio 2018, n. 2818** (in *Guida dir.*, 2018, 20, 53), così come, in precedenza, **Cass. Civ. 21 novembre 2014, n. 24865** (in *Pluris*), ha ritenuto che il creditore assistito da pegno irregolare, a differenza di quello assistito da pegno regolare, non sia tenuto ad insinuarsi al passivo fallimentare ai sensi dell'art. 53 l.fall. per il soddisfacimento del proprio credito; analogamente anche **Cass. Civ. 3 aprile 2003, n. 5111** (in *Giust. civ.*, 2004, I, 2814), in ragione del fatto che la posizione creditoria assistita da pegno irregolare si estingue in maniera soddisfattiva. È qui da ricordare come la non necessità della insinuazione al passivo fosse stata affermata in due pronunciamenti delle Sezioni Unite risalenti al 2001: (**Cass. Civ., SS. UU., 14 maggio 2001, n. 202**, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, II, 648 e **Cass. Civ., SS. UU., 14 maggio 2001, n. 203**, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, 23, 97), cui aveva fatto seguito, nello stesso senso, **App. Milano 23 gennaio 2004** (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, II, 170). La posizione ormai da tempo consolidata della Suprema Corte era stata peraltro preceduta da un opposto orientamento espresso da **Cass. Civ. 28 agosto 1997, n. 8164** (in *Dir. fall.*, 1998, II, 293), che

c) Garanzie finanziarie di cui al D.Lgs. n. 170 del 2004

aveva ritenuto che anche il pegno irregolare fosse sottoposto alla disciplina di cui all'art. 53, comma 1, nei limiti previsti dalla norma.

Sempre in tema di pegno irregolare, **Trib. Verona 16 marzo 2017** (in www.ilcaso.it) ne ha escluso la ricorrenza laddove la lettera di pegno non preveda la possibilità per la banca creditrice di disporre liberamente dei titoli costituiti in pegno o delle somme derivanti dal rimborso degli stessi: in ragione di tanto, il Tribunale ha ritenuto che, in caso di fallimento del debitore, la banca sia tenuta alla restituzione al fallimento dei titoli ed a chiedere l'insinuazione al passivo del proprio credito.

La disciplina delle garanzie finanziarie di cui al D.Lgs. n. 170 del 2004 riveste un particolare interesse rispetto alla tematica dell'accertamento dei crediti bancari, per la sua intrinseca "problematicità". Quest'ultima può essere colta appieno dal tenore dell'art. 4 di quel Decreto: esso dispone che "al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio ha facoltà, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione, di procedere osservando le formalità previste nel contratto: a) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita; b) all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione; c) all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita". Il comma 2 dell'articolo aggiunge poi che "nei casi previsti dal comma 1 il creditore pignoratizio informa immediatamente per iscritto il datore della garanzia stessa o, se del caso, gli organi della procedura di risanamento o di liquidazione in merito alle modalità di escussione adottate e all'importo ricavato e restituisce contestualmente l'eccedenza". La particolare conformazione della disposizione ha invero indotto taluni interpreti a ritenere che la disciplina delle garanzie finanziarie non soltanto risulti derogatoria rispetto al principio di cui all'art. 51 l. fall. (e, quindi, consenta al creditore di realizzare la garanzia "individualmente", nonostante l'intervenuta apertura del concorso), ma anche al principio per cui il credito vada accertato all'interno della procedura: di talché, in questa prospettiva, il creditore non avrebbe l'onere di insinuare il proprio credito nel passivo del fallimento. In sostanza, ci si chiede se per l'escussione della garanzia finanziaria risulti applicabile o meno la disposizione di cui all'art. 53 l. fall., che subordina all'intervenuta ammissione al passivo con prelazione la possibilità di realizzare i crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio a norma degli artt. 2756 e 2761 c.c. anche durante il fallimento. Una risposta affermativa (nel senso, cioè, della necessità della insinuazione e della ammissione al passivo del fallimento) risulta da alcuni interpreti da preferirsi, alla luce della perentorietà della disposizione contenuta nell'art. 52, comma 2, l. fall. novellato, secondo cui "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". In senso contrario, però, la giurisprudenza di merito: in particolare **Trib. Brescia 27 gennaio 2015** (in www.ilcaso.it) ha ritenuto che il creditore garantito possa procedere alla realizzazione della garanzia, nonostante l'intervenuto fallimento, senza dover previamente ottenere l'ammissione al passivo fallimentare con privilegio del credito garantito ex art. 53 l. fall. Nella stessa prospettiva, **Trib. Bergamo 22 ottobre 2015** (in www.ilcaso.it).