

## Il trattamento del credito fondiario nel nuovo Codice della crisi d'impresa

Cosimo D'Arrigo (Corte di cassazione)

Publicato in data: 19/10/2020

*Note sul passato, sul presente e sul futuro del credito fondiario*

### SOMMARIO:

1. Origini, funzioni e attuale definizione del credito fondiario
2. I privilegi processuali: la perseguibilità dell'azione esecutiva individuale dopo la dichiarazione di fallimento
3. Il pagamento diretto del saldo del prezzo di aggiudicazione e della rendita dell'immobile pignorato; il subentro dell'aggiudicatario nel contratto di finanziamento
4. L'intervento del curatore fallimentare nella procedura esecutiva fondiaria
5. I rapporti fra fallimento e procedura esecutiva fondiaria nella più recente giurisprudenza: i crediti prededucibili
6. Il credito fondiario nel concordato preventivo e nel sovraindebitamento
7. Il credito fondiario nel nuovo codice della crisi d'impresa

La rivista telematica dell'esecuzione forzata

### 1. Origini, funzioni e attuale definizione del credito fondiario

Per risalenti ragioni economiche e sociali – riassumibili nell'esigenza di offrire particolare sostegno agli istituti di credito specializzati in finanziamenti finalizzati a sostenere lo sviluppo dell'industria, dell'edilizia, dell'agricoltura e di altri settori di volta in volta individuati come strategici – il legislatore già dall'800 ha riservato al credito fondiario una disciplina speciale di favore <sup>[1]</sup>.

Secondo il r.d. 16 luglio 1905, n. 646 (Testo unico delle leggi sul credito fondiario), l'individuazione dei mutui ricadenti nel perimetro della normativa speciale doveva avvenire sulla base di due parametri, l'uno di carattere soggettivo (giacché l'esercizio del credito fondiario era consentito solo ai soggetti espressamente a ciò abilitati) e l'altro legato alla causa del contratto (dovendosi caratterizzare il finanziamento come mutuo di scopo, destinato a specifici settori dell'industria e dell'agricoltura) <sup>[2]</sup>. In qualche modo, quindi, la previsione di una disciplina speciale alternativa a quella comune rispecchiava la distinzione fra le banche commerciali, dedite all'erogazione di prestiti di breve durata anche a famiglie e piccole imprese e, dall'altro, le banche d'affari, specializzate in finanziamenti di media e lunga durata a sostegno di iniziative economiche e industriali di maggior impegno.

È appena in caso di osservare che il favor per il credito fondiario non rappresenta, neppure in origine, una sorta di regalia fatta agli istituti di credito <sup>[3]</sup>. La disciplina in questione costituisce, piuttosto, una misura a sostegno dello sviluppo dell'industria, in quanto ad una maggiore tutela della banca sia in sede contrattuale sia, nel caso di insolvenza, in sede esecutiva, corrispondono una maggiore facilità di accesso al credito da parte degli imprenditori capaci di offrire le garanzie richieste e un più basso costo del denaro (giacché il prestito è maggiormente garantito) <sup>[4]</sup>.

La materia è stata profondamente riformata dal d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e

creditizia<sup>[5]</sup>), il cui art. 38 offre una definizione del mutuo fondiario che prescinde dalla destinazione del finanziamento ad uno scopo specifico e dal possesso di particolari qualifiche in capo al mutuante. Oggi, perché un mutuo possa definirsi fondiario è sufficiente che il prestito sia erogato da un (qualsiasi) istituto di credito e che sia garantito da ipoteca di primo grado su immobili<sup>[6]</sup>. Secondo l'art. 38 del d.lgs. n. 385 del 1993, il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine<sup>[7]</sup>. Il vero elemento differenziante è costituito, quindi, dall'ipoteca di primo grado che accede al mutuo. Quindi, oggi la massima parte dei mutui ipotecari erogati dalle banche hanno natura fondiaria<sup>[8]</sup>.

## 2. I privilegi processuali: la perseguibilità dell'azione esecutiva individuale dopo la dichiarazione di fallimento

Come accennato, il credito fondiario gode di una disciplina di favore di carattere tanto sostanziale, quanto processuale. I profili processuali vengono in rilievo, ovviamente, solo in sede esecutiva, ossia nell'evenienza in cui il debitore resti inadempiente e la banca agisca esecutivamente sull'immobile costituito in garanzia<sup>[9]</sup>.

Per indicare il complesso delle regole procedurali che si pongono in deroga alla disciplina generale dell'espropriazione forzata è in uso l'espressione "privilegi processuali". Ma tali "privilegi" vanno tenuti chiaramente distinti da quelli in senso proprio di cui agli artt. 2746 e segg. c.c. Il creditore fondiario è certamente un creditore dotato di privilegio speciale in senso proprio, in quanto – come abbiamo già detto – l'esistenza di un'ipoteca di primo grado costituisce il principale tratto distintivo dei mutui fondiari rispetto agli altri tipi di prestiti erogati dagli istituti di credito<sup>[10]</sup>. Ma i "privilegi processuali" di cui gode l'istituto di credito fondiario sono costituiti da speciali regole procedurali volte a rendere più rapida ed efficiente l'espropriazione forzata, pure a costo del sacrificio di qualche garanzia difensiva del debitore o degli altri creditori concorrenti.

Fra i vari "privilegi processuali" che assistono il credito fondiario, certamente il più vistoso è rappresentato dalla circostanza che l'esecuzione forzata non diviene improcedibile in caso di dichiarazione di fallimento del debitore.

Com'è noto, l'art. 51 l.f. pone il divieto di azioni esecutive individuali sui beni compresi nel fallimento, «salva diversa disposizione di legge». L'art. 41, comma secondo, del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) 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».

Dunque, l'espropriazione intrapresa dal creditore fondiario costituisce la principale delle eccezioni consentite dall'art. 51 l.f. al divieto di azioni esecutive individuali dopo l'apertura del fallimento. Lo scopo di tale eccezione risiede nell'esigenza di «consentire alla banca un più celere realizzo della garanzia, senza dover attendere i tempi e la definizione della procedura fallimentare»<sup>[11]</sup>.

Di primo acchito si potrebbe osservare che, in effetti, i creditori concorsuali non avrebbero utilità a concorrere con il creditore fondiario, che per definizione è privilegiato speciale di primo grado, restando sempre a lui postergati nella soddisfazione; e che a quest'ultimo non conviene legare le proprie sorti alla complessità e alle lungaggini del fallimento, così frustrando la maggiore speditezza consentitagli dalle varie disposizioni speciali contenute nell'art. 41 del d.lgs. n. 385 del 1993<sup>[12]</sup>. In realtà, occorre considerare, per un verso, che la posizione dell'ipotecario di primo grado è comunque recessiva rispetto alle spese prededucibili;

dall'altro, che la massa dei creditori ha interesse a verificare in sede concorsuale l'ammontare del credito fondiario, per poterne contestare l'ammontare o il collocamento.

Per tali ragioni, il legislatore ha opportunamente aggiunto, al terzo comma dell'art. 52 l.f., la regola secondo cui anche i crediti esentati dal divieto di azioni esecutive individuali devono essere accertati secondo le norme stabilite per l'accertamento dello stato passivo.

Si tratta, peraltro, della recezione a livello normativo della conclusione cui era già approdata la giurisprudenza. Infatti, dopo essersi lungamente dibattuto circa quale fosse il livello di autonomia o di interdipendenza fra l'azione esecutiva individuale del creditore fondiario e la procedura fallimentare, infine la Cassazione ha ritenuto che la legge speciale, nel consentire all'istituto di credito fondiario di iniziare o proseguire l'azione esecutiva nei confronti del debitore dichiarato fallito, non apporta una deroga al principio di esclusività della verifica fallimentare posto dall'art. 52 l.f., non potendosi ritenere che il rispetto di tali regole sia assicurato, nell'ambito della procedura individuale, dalla facoltà d'intervento del curatore fallimentare <sup>[13]</sup>.

Pertanto, all'assegnazione della somma disposta nell'ambito della procedura individuale deve attribuirsi carattere provvisorio, essendo onere dell'istituto di credito fondiario, per rendere definitiva l'assegnazione, di insinuarsi al passivo del fallimento, in modo tale da consentire la graduazione dei crediti, cui è finalizzata la procedura concorsuale. Di contro, qualora l'insinuazione sia avvenuta, il curatore che pretenda in tutto o in parte la restituzione di quanto l'istituto di credito fondiario ha ricavato dalla procedura esecutiva individuale, ha l'onere di dimostrare che la graduazione ha avuto luogo e che in sede concorsuale il credito dell'istituto è risultato, in tutto o in parte, falcidiato.

### **3. Il pagamento diretto del saldo del prezzo di aggiudicazione e della rendita dell'immobile pignorato; il subentro dell'aggiudicatario nel contratto di finanziamento**

Una seconda notevole peculiarità processuale dell'espropriazione forzata regolata dalle norme speciali del credito fondiario è data dalla possibilità, prevista dall'art. 41, comma quarto, d.lgs. n. 385 del 1993, che il giudice dell'esecuzione disponga, con l'ordinanza di vendita, che l'aggiudicatario versi direttamente alla banca la parte del prezzo corrispondente al complessivo credito della stessa. In tal modo il creditore fondiario consegue l'assegnazione delle somme di sua spettanza senza necessità di attendere i tempi della redazione e dell'approvazione di un progetto di distribuzione.

In alternativa, ai sensi del quinto comma del medesimo articolo, l'aggiudicatario può subentrare, senza che occorra l'autorizzazione del giudice dell'esecuzione, nel contratto di finanziamento stipulato dal debitore espropriato, assumendo i relativi obblighi <sup>[14]</sup>; in tal caso, egli dovrà pagare alla banca, entro quindici giorni dalla data dell'aggiudicazione, le rate scadute, gli accessori e le spese.

Per il trasferimento del bene espropriato e l'eventuale subentro dell'aggiudicatario nel contratto di finanziamento ai sensi dell'art. 41, comma quinto, T.U.B. occorre attendere, secondo quanto previsto dal successivo sesto comma, l'emanazione del decreto di trasferimento previsto dall'art. 586 c.p.c. In ciò è stata colta una forma, sia pure indiretta, di controllo giurisdizionale esercitabile anche con riguardo al potere di sospendere la vendita <sup>[15]</sup>.

L'art. 41, comma 3, d.lgs. n. 385 del 1993 prevede, inoltre, che il custode dei beni pignorati, l'amministratore giudiziario e il

curatore del fallimento del debitore debbano versare alla banca le rendite degli immobili ipotecati, dedotte le spese di amministrazione e i tributi, sino al soddisfacimento del credito vantato <sup>[16]</sup>. Sul piano pratico, il soggetto incaricato della gestione dei beni pignorati e della riscossione dei frutti civili (e, quindi, anche al versamento delle somme previste dall'art. 41, comma 3, T.U.B.) di regola è persona diversa dal curatore fallimentare, stante la formale autonomia e la coesistenza della procedura esecutiva individuale e di quella fallimentare <sup>[17]</sup>.

Anche queste disposizioni determinano una considerevole interferenza fra l'azione esecutiva fondiaria e la procedura fallimentare del debitore espropriato. Infatti, differentemente da ogni altro creditore, la banca che ha posto in essere un'operazione di finanziamento di natura fondiaria consegue immediatamente il pagamento in sede esecutiva di quanto riveniente dall'espropriazione forzata (il prezzo di aggiudicazione e i frutti civili dell'immobile pignorato) e trattiene in via provvisoria le somme, in attesa di essere utilmente collocata nel piano di riparto fallimentare (v. infra. par. 5).

#### 4. L'intervento del curatore fallimentare nella procedura esecutiva fondiaria

L'art. 41, comma 2, T.U.B. prevede che «il curatore ha facoltà di intervenire nell'esecuzione» intrapresa o proseguita, nonostante la dichiarazione di fallimento del debitore, dal creditore fondiario.

In realtà, la facoltà del curatore di intervenire nell'esecuzione fondiaria non potrebbe essere revocata in dubbio neppure se la legge fosse silente sul punto. Lo stesso art. 41, comma 2, T.U.B., infatti, dispone che «la somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento». Consegue che il curatore, quale rappresentante degli interessi dei creditori concorsuali, ha una pluralità di ragioni per intervenire nella procedura esecutiva del creditore fondiario: vigilare sul regolare e rapido svolgimento dell'espropriazione; evitare che l'immobile sia venduto ad un prezzo inferiore al suo reale valore giudiziale <sup>[18]</sup>; rendersi assegnatario delle somme ricavate dalla vendita che superano quanto spetta alla banca. D'altro canto, questi interessi non potrebbero essere tutelati singolarmente dagli altri creditori, ai quali – applicandosi il divieto di cui all'art. 51 l.f. – è preclusa la possibilità di intervenire nella procedura esecutiva individuale.

Intesa in questi termini, la «facoltà» di intervento accordata dalla legge al curatore fallimentare rappresenta, in pratica, il mezzo indispensabile per assicurare il rispetto della par condicio creditorum. Pertanto, la posizione giuridica del curatore viene ricostruita nei termini di un «diritto-dovere» <sup>[19]</sup>.

#### 5. I rapporti fra fallimento e procedura esecutiva fondiaria nella più recente giurisprudenza: i crediti prededucibili

È in questo contesto che si colloca una recente pronuncia della Suprema Corte che – nell'ambito del c.d. «progetto esecuzioni» <sup>[20]</sup> – affronta in modo sistematico i nodi rimasti irrisolti del rapporto fra l'azione esecutiva individuale del creditore fondiario e le ragioni dei creditori concorsuali rappresentati dal curatore.

Il tema principale è rappresentato dalla possibilità, per il curatore, di far valere già innanzi al giudice dell'esecuzione le spese prededucibili che saranno opponibili al creditore fondiario nell'ambito del piano di riparto fallimentare.

Abbiamo già detto che il creditore fondiario ha l'onere di insinuarsi al passivo del fallimento per consolidare l'assegnazione provvisoria delle somme ricavate dall'esecuzione individuale (art. 52, comma 3, l.f.). Sebbene egli possa ricevere il pagamento del saldo prezzo direttamente dall'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 41, comma 4, T.U.B., potrà trattenerlo solo fino alla concorrenza della somma che gli sarà riconosciuta in sede di riparto e la restante parte deve essere attribuita al fallimento (art. 41, comma 2, T.U.B.). In sede fallimentare, il creditore fondiario non si sottrae alle regole di cui agli artt. 111 e segg. l.f. In particolare, ai sensi dell'art. 111-ter, comma 3, l.f., il curatore deve tenere un conto autonomo delle vendite dei singoli beni immobili oggetto di ipoteca, con analitica indicazione delle entrate e delle uscite di carattere specifico e della quota di quelle di carattere generale imputabili a ciascun bene o gruppo di beni secondo un criterio proporzionale. Tali spese, avendo carattere prededucibile, vanno pagate con preferenza rispetto allo stesso creditore fondiario, ai sensi dell'art. 111, comma 1, l.f. Pertanto, qualora il ricavato dell'esecuzione individuale sia incapiente, lo stesso dovrà essere utilizzato dapprima per il pagamento delle spese prededucibili risultanti dal conto speciale riferibile all'immobile ipotecato e, solo per la parte che sopravanza, per l'estinzione del debito nascente dal mutuo fondiario per spese, interessi e sorte capitale.

La Cassazione è intervenuta sul punto per chiarire, anzitutto, che la provvisoria distribuzione delle somme ricavate dalla vendita forzata deve essere eseguita in base ai provvedimenti (anche non definitivi) di accertamento, determinazione e graduazione del credito fondiario emessi in sede fallimentare <sup>[21]</sup>. Pertanto, nell'esecuzione individuale si dovrà tenere conto dei crediti prededucibili accertati in sede fallimentare e, solo nei limiti di quanto ad essi sopravanzi, sarà consentita l'assegnazione – o il versamento diretto – del ricavato della vendita al creditore fondiario.

L'effetto di questo innovativo approccio giurisprudenziale è di anticipare alla fase dell'assegnazione in sede esecutiva la determinazione delle somme spettanti al creditore fondiario, così da evitare – o quantomeno contenere – le operazioni di conguaglio che altrimenti si dovrebbero compiere dopo l'approvazione del riparto fallimentare, nella misura in cui dallo stesso risulti che la banca ha avuto assegnate dal giudice dell'esecuzione somme eccedenti ciò che a buon titolo può trattenere per sé. Il tutto in una comprensibile e condivisibile ottica di economia processuale ed in conformità all'art. 111 Cost. Difatti, la circostanza che l'attribuzione del ricavato della vendita dell'immobile oggetto di ipoteca fondiaria si effettui in sede esecutiva, non implica affatto che davanti al giudice dell'esecuzione non abbiano rilievo gli accertamenti e la graduazione eventualmente già avvenuti in sede fallimentare.

In particolare, prosegue la medesima sentenza, il creditore fondiario che intende ottenere la provvisoria assegnazione del ricavato, è onerato di dimostrare (soltanto) di essere stato ammesso al passivo del fallimento, essendo questa la condizione risultante dal combinato disposto dell'art. 52 l.f. e dell'art. 41, comma 4, T.U.B. Infatti, l'accertamento definitivo del suo credito, così come la sua quantificazione e la sua graduazione devono avvenire esclusivamente in sede concorsuale.

In caso contrario, l'intero ricavato della vendita non potrà che essere rimesso agli organi della procedura fallimentare, per essere distribuito in quella sede.

Pertanto, il giudice dell'esecuzione non potrà assegnare le somme al creditore fondiario la cui domanda di ammissione al passivo del fallimento sia stata respinta. In nessun caso potrà essere attribuito alla banca che ha promosso l'azione esecutiva individuale un importo superiore a quello per il quale la stessa risulta ammessa al passivo fallimentare, costringendo il curatore del fallimento ad una successiva azione di ripetizione. Il giudice dell'esecuzione sarà anche tenuto a rispettare la graduazione del credito dell'istituto fondiario accertata in sede fallimentare; con la conseguenza che, se in occasione della verifica dello stato passivo viene negata la qualifica fondiaria dell'operazione di finanziamento, la procedura esecutiva individuale non si sottrae più al divieto posto dall'art. 51 l.f. e diventa, quindi, improcedibile.



Qualora i provvedimenti adottati in sede fallimentare non siano definitivi, gli effetti dell'attribuzione delle somme sono provvisori e acquisteranno carattere di definitività solo al momento della chiusura della procedura concorsuale. Il giudice dell'esecuzione dovrà attenersi a ciò che risulta al momento e quindi, ad esempio, al creditore fondiario non potrà essere attribuito un importo superiore a quello per il quale risulta ammesso al passivo concorsuale, anche in pendenza di una sua eventuale opposizione allo stato passivo volta a rivendicare l'ammissione per una somma maggiore.

Nell'ipotesi in cui il creditore fondiario abbia proposto istanza di ammissione al passivo, ma su di essa gli organi della procedura non abbiano ancora provveduto, il giudice dell'esecuzione, facendo esercizio dei suoi poteri di direzione del procedimento esecutivo (art. 487 c.p.c.), dovrà differire l'udienza di distribuzione ad una data presumibilmente successiva alla decisione sull'istanza, onde garantire che la distribuzione del ricavato dalla vendita avvenga in modo corretto.

Qualora, invece, sia il curatore fallimentare a richiedere l'attribuzione di somme relative agli eventuali crediti di massa maturati in sede fallimentare, preferiti al credito fondiario, e la conseguente decurtazione dell'importo da assegnare all'istituto procedente, sarà suo onere costituirsi nel processo esecutivo. Infatti, sebbene il potere di stabilire se determinati crediti maturati nel corso della procedura concorsuale prevalgano su quello dell'istituto di credito fondiario spetti agli organi del fallimento e non al giudice dell'esecuzione, quest'ultimo non potrà prendere in considerazione d'ufficio eventuali provvedimenti di graduazione dei crediti, occorrendo che la loro esistenza e portata vengano dedotti dal curatore. Questi, in particolare, non potrà limitarsi a documentarne l'avvenuto pagamento di debiti della massa autorizzato dal giudice delegato, ma dovrà altresì dimostrare che nell'ambito concorsuale tali voci siano state ritenute – direttamente o indirettamente <sup>[22]</sup> – prevalenti sul credito dell'istituto fondiario.

In mancanza dei relativi presupposti o nel caso in cui i provvedimenti provvisori degli organi della procedura concorsuale vengano modificati o nell'eventualità che ulteriori spese prededucibili siano liquidate o graduate in un secondo momento, gli eventuali conguagli dovranno effettuarsi successivamente: attraverso il pagamento in sede di riparto, se a favore del creditore fondiario; mediante domanda di restituzione, se a favore della curatela.

## 6. Il credito fondiario nel concordato preventivo e nel sovraindebitamento

L'art. 168, comma 1, l.f. dispone che dalla data della pubblicazione del ricorso contenente la domanda di concordato preventivo nel registro delle imprese e fino al momento in cui il relativo decreto di omologazione diventa definitivo, «i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore». L'articolo non contiene, a differenza dell'art. 51 l.f., la salvezza di quanto previsto da altre disposizioni di legge. Pertanto, in pendenza della procedura di concordato preventivo non può trovare applicazione l'art. 41, comma 2, t.u.b. e l'espropriazione del creditore fondiario, al pari dell'azione esecutiva individuale di qualsiasi altro creditore, non può essere iniziata, né seguita.

Del resto, il piano del concordato può prevedere – ai sensi dell'art. 160, comma 2, l.f. – che il creditore ipotecario (e quindi anche quello fondiario) venga soddisfatto in misura non integrale, purché non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato del bene oggetto di ipoteca, come indicato nella relazione giurata di un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti per svolgere le funzioni di curatore fallimentare. La prosecuzione dell'azione esecutiva individuale del creditore fondiario sarebbe incompatibile con la possibilità che allo stesso venga offerta, sia pure nei limiti anzidetti, una somma minore dell'importo nominale del suo credito, che per la differenza viene degradato al chirografo (e quindi ammesso al voto).

L'art. 14-quinquies, comma 2, lett. b), della legge 27 gennaio 2012, n. 3, contenente la disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento, prevede che il giudice, se la domanda risponde ai requisiti di cui all'art. 14-ter, verificata l'assenza di atti in frode ai creditori, dichiara aperta la procedura di liquidazione e dispone che, sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo, «non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni cautelari o esecutive né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio oggetto di liquidazione da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore». La protezione del patrimonio del debitore da azioni esecutive individuali, pertanto, deve essere pronunciata formalmente dal giudice, ma in realtà costituisce un effetto automatico dell'apertura della procedura di liquidazione, non ravvisandosi in capo al giudice alcun potere discrezionale al riguardo, se ne ricorrono i presupposti.

Anche la vigente disciplina del sovraindebitamento non fa salve eventuali differenti previsioni di legge. L'art. 41, comma 2, t.u.b., dunque, non è idoneo a scalfire la generale comminatoria di nullità che colpisce qualsiasi azione esecutiva iniziata o seguita dopo l'apertura della procedura di liquidazione. Il che appare ragionevole, laddove si consideri che spesso l'eventuale presenza di un credito ipotecario – fondiario o meno che sia – assorbe la maggior parte del patrimonio di un soggetto sovraindebitato non fallibile e la relativa espropriazione forzata, se non divenisse improseguibile, vanificherebbe nella sostanza il significato stesso dalla procedura di composizione della crisi.

## 7. Il credito fondiario nel nuovo Codice della crisi d'impresa

La legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante la «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», all'art. 7, comma 4, lett. a), riporta, fra i principi cui il legislatore delegato avrebbe dovuto attenersi, anche quello di «escludere l'operatività di esecuzioni speciali e di privilegi processuali, anche fondiari»; in ogni caso, il Codice della crisi di impresa avrebbe dovuto prevedere che il privilegio fondiario continuasse ad operare sino alla scadenza del secondo anno successivo a quello della sua entrata in vigore ovvero dell'ultimo dei decreti correttivi.

Tuttavia, il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, con il quale è stato adottato il «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza», sul punto si è discostato dalla delega <sup>[23]</sup>.

Infatti, l'art. 150 c.c.i., intitolato «divieto di azioni esecutive e cautelari individuali», dispone che «salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o seguita sui beni compresi nella procedura». La norma, quindi, riproduce pressoché testualmente il tenore dell'art. 51 l.f., con la sola differenza di sostituire l'espressione «liquidazione giudiziale» a «fallimento». In particolare, resta salva la possibilità della «diversa disposizione della legge». Pertanto, l'art. 41, comma 2, t.u.b., che non risulta interessato dalla riforma, dovrà essere interpretato nel senso che l'azione esecutiva individuale del creditore fondiario sarà consentita anche dopo la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale.

Del pari, l'art. 151 c.c.i. ripropone la medesima regola già prevista dall'art. 52, comma 3, l.f., ossia che ogni credito, anche se esentati dal divieto di cui all'art. 150 c.c.i., deve essere accertato secondo le norme stabilite per l'accertamento del passivo.

Infine, gli artt. 221 e 223 c.c.i., senza innovare sul punto, prevedono i conti speciali per i singoli beni immobili ipotecati e il pagamento dei crediti prededucibili con preferenza rispetto a quelli ammessi con prelazione sulle cose vendute. Conserva, pertanto, perdurante attualità la giurisprudenza formatasi in vigenza della legge fallimentare sui rapporti fra esecuzione fondiaria individuale e procedure concorsuali.

Il debitore che presenta una proposta di concordato minore può chiedere, ai sensi dell'art. 78, comma 2, lett. d), c.c.i., che il giudice disponga che sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo, non possano, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali né disposti sequestri conservativi né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore. La norma, presenta due importanti elementi di discontinuità con la disciplina della liquidazione giudiziale. Per un verso, l'apertura dell'ombrello di protezione del patrimonio del debitore non costituisce effetto automatico dell'avvio della procedura; occorre, invece, che il proponente ne faccia espressa richiesta ed è dubbio se il giudice debba necessariamente accogliere l'istanza o possa valutarne discrezionalmente la fondatezza o ragionevolezza. Per altro verso, non è prevista alcuna esenzione al divieto di azioni esecutive individuali e quindi, ricorrendone i presupposti, neppure il creditore fondiario potrà proseguire nell'espropriazione forzata dei beni gravati da ipoteca. D'altro canto, l'esecuzione fondiaria sarebbe incompatibile con la possibilità, prevista dall'art. 75, comma 2, c.c.i., che i crediti muniti di ipoteca siano soddisfatti non integralmente, purché ne venga assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni sui quali insiste la garanzia, come attestato dagli organismi di composizione della crisi.

Nel concordato preventivo è possibile che il piano preveda – ai sensi dell'art. 86 c.c.i. – una moratoria fino a due anni dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, «salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione». Pertanto, se il bene gravato dall'ipoteca fondiaria dovrà essere liquidato, la soddisfazione dell'istituto di credito dovrà avvenire all'interno della procedura di concordato; ove peraltro trova applicazione la regola – già presente nell'art. 160, comma 2, l.f. – secondo cui il pagamento potrà anche non essere integrale, purché non sia inferiore al prevedibile ricavato dalla liquidazione del bene, «al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali», attestato da un professionista indipendente (art. 85, comma 7, c.c.i.). Se, invece, non è prevista la liquidazione del bene, la moratoria impedisce che siano iniziate o proseguite azioni esecutive individuali, in quanto essa, determinando l'inesigibilità del credito, priva i creditori dell'efficacia del loro titolo esecutivo. Pertanto, anche in questo caso il divieto di azioni esecutive individuali dipende dal contenuto della proposta ma, in caso affermativo, per il creditore fondiario non è previsto alcun trattamento di favore rispetto agli altri creditori muniti di privilegio speciale.

Una rilevante discontinuità fra la disciplina vigente e il codice della crisi d'impresa si coglie, invece, in tema liquidazione controllata del debitore in stato di sovraindebitamento. Come già detto, l'art. 14-quinquies della legge 27 gennaio 2012, n. 3, impedisce che qualsiasi azione esecutiva abbia luogo sul patrimonio del debitore dopo l'apertura della procedura per la composizione della crisi. Invece, l'art. 270, comma 4, c.c.i. si limita a richiamare l'applicazione, in quanto compatibile, degli artt. 150 e 151 c.c.i.. La differenza è sostanziale, in quanto – secondo quanto abbiamo già osservato – l'art. 150 c.c.i. fa salve le diverse disposizioni di legge e, fra esse, l'art. 41, comma 2, t.u.b. In sostanza, nella disciplina del sovraindebitamento dettata dal Codice della crisi d'impresa c'è spazio per l'azione esecutiva individuale del creditore fondiario, dato che si applica la regola generale della liquidazione giudiziale, anziché quelle del concordato minore o del concordato preventivo.

[1] Il primo intervento legislativo in materia va individuato nella legge 14 giugno 1866, n. 2983.

Oltre al r.d. 16 luglio 1905, n. 646, commentato nel testo, anteriormente al Testo Unico Bancario di cui al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, vanno richiamati il d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7 ("Emissioni obbligazionarie da parte degli enti di credito fondiario ed edilizio") e la legge 6 giugno 1991, n. 175 ("Revisione della normativa in materia di credito fondiario, edilizio ed alle opere pubbliche").

[2] Sul credito fondiario anteriormente alla riforma attuata con il d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, MURÈ, *Credito fondiario*, in



*Enc. dir.*, XI, 1962, cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche. Sull'evoluzione della disciplina delle operazioni di credito fondiario: RISPOLI FARINA - FALCONE, *Le operazioni bancarie speciali*, in AA.V.V., *I contratti bancari*, a cura di CAPOBIANCO, Torino, 2016, 1349 e segg.

[3] Invece, secondo ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, in *Corriere giur.*, 1995, 370 e segg., la disciplina speciale si giustificerebbe in considerazione della maggiore garanzia di solvibilità della banca che dovesse eventualmente restituire quanto riscosso in eccesso in sede esecutiva.

[4] Per RISPOLI FARINA - FALCONE, *Le operazioni bancarie speciali*, cit., 1361, le norme che regolano il credito fondiario vanno lette in chiave di maggiore o minore favore per le banche, da un lato, e del soggetto finanziato, dall'altro; ma vi sono anche nuove disposizioni che non possono essere inserite nell'uno o nell'altro gruppo, poiché rispondono a una mera istanza di semplificazione di procedure complesse.

[5] Per un approfondimento: TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano, 2006; BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali nel «testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia»*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 1010 e segg.; PATRONI GRIFFI, *La nuova disciplina del credito fondiario: requisiti e caratteristiche dell'operazione*, in *Riv. dir. impr.*, 1996, 253; AA.V.V., *La nuova disciplina del credito fondiario*, a cura di PETRAGLIA, Roma, 1997; BOATTO, *Commento sub artt. 38-41*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* a cura di COSTA, I, Torino, 2013, 343 e segg.; SEPE, *Commento sub artt. 38-41*, in *Commentario al t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia* diretto da CAPRIGLIONE, I, Padova, 2012, 429 e segg.; FALCONE, *Commento sub artt. 38-41*, in *T.U.B.* a cura di PORZIO, BELLI, LOSAPPIO, RISPOLI FARINA e SANTORO, Milano, 2010, 365 e segg.; PRESTI, *Le particolari operazioni di credito*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria* a cura di MORERA e NUZZO, II, 87 e segg.

[6] Ai sensi dell'art. 38, comma secondo, d.lgs. n. 385 del 1993, la Banca d'Italia individua il rapporto massimo fra il valore del mutuo erogabile e il valore dei beni ipotecati (c.d. sostenibilità). Parte della giurisprudenza è dell'avviso che il superamento della soglia di sostenibilità determina la nullità dell'operazione negoziale Cass., 13 luglio 2017, n. 17352; Cass., 31 luglio 2017, n. 19016; Cass., 28 maggio 2018, n. 13286), ma una recente sentenza ha invece affermato che lo sfioramento della predetta soglia determina semplicemente la "conversione" del mutuo fondiario in mutuo ipotecario, con la conseguente perdita dei privilegi spettanti al primo (Cass., 28 giugno 2019, n. 17439).

[7] La nozione di "finanziamento" si sostituisce, nel T.U.B., a quella di "mutui e anticipazioni" che ricorreva nella precedente disciplina. Secondo RISPOLI FARINA - FALCONE, *Le operazioni bancarie speciali*, cit., 1363, il ricorso alla nozione di "finanziamento" consente di superare il riferimento a specifiche tecniche contrattuali, talché nell'area del credito fondiario possono rientrare tutte le operazioni negoziali nelle quali ricorra una causa di finanziamento. Per SEPE, *Commento sub art. 38*, cit., 434, invece, andrebbero comunque esclusi «quegli strumenti negoziali che, pure assolvendo a una funzione finanziaria, tuttavia non "smobilizzano" cespiti immobiliari attraverso l'acquisizione di una garanzia ipotecaria».

[8] Dopo l'approvazione del Testo Unico Bancario, il legislatore è nuovamente intervenuto sul tema con il d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, che, nel quadro di varie modifiche apportate al T.U.B., ha sostituito il primo comma dell'art. 40, e con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che, in attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, ha introdotto il nuovo art. 40-bis T.U.B. sulla cancellazione delle ipoteche.

Si aggiunga, però, anche l'art. 8 del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 ("Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire"), che ha introdotto l'obbligatorietà della cancellazione o del frazionamento dell'ipoteca antecedente alla compravendita, questione particolarmente rilevante nell'ambito delle operazioni di credito fondiario.

[9] Sul tema, in generale, SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 985 e segg.

[10] Sul punto, ancorché basato sulla disciplina previgente, merita di essere ancora ricordato OPPO, *Il privilegio del credito fondiario*, *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 424.

[11] SEPE, *Commento sub art. 38*, cit., 497.

[12] Per velocizzare il recupero del credito fondiario, l'art. 41, comma 1, T.U.B., in deroga all'art. 479 c.p.c., esonera il creditore dall'obbligo della notificazione del titolo contrattuale esecutivo. La Corte costituzionale, con ordinanza 6-10 marzo 2006, n. 95, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale di tale disposizione sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 41 e 111 della Costituzione.

Per SEPE, *Commento sub art. 38*, cit., 495, la norma va intesa nel senso che la banca sarebbe esonerata solo dal notificare il contratto spedito in forma esecutiva, ma non anche dall'obbligo di notificare comunque il contratto unitamente all'atto di precetto. Il vantaggio sarebbe, dunque, solamente quello di non doversi rivolgere al notaio rogante per ottenere il rilascio della copia in forma esecutiva del contratto di mutuo ipotecario.

[13] Cass. 17 dicembre 2004, n. 23572, in *Fallimento*, 2005, 1155, con nota di PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*.

I principi ivi affermati sono stati più rimessi in discussione ed anzi risultano ripetutamente confermati: Cass., 5 aprile 2007, n. 8609; Cass., 14 maggio 2007, n. 11014; Cass., 11 giugno 2007, n. 13663; Cass., 11 ottobre 2012, n. 17368; Cass., 21 marzo 2014, n. 6738; Cass., 30 marzo 2015, n. 6377.

Invece, fra le sentenze che, in precedenza, erano andate di contrario avviso, escludendo che la banca avesse l'onere di insinuarsi al passivo del fallimento al fine di assicurare la titolarità delle somme conseguite in sede esecutiva, v. Cass., 15 giugno 1994, n. 5806, in *Fallimento*, 1994, 1161, con nota di PANZANI.

[14] Si tratta di un vero e proprio diritto potestativo ad ottenere il trasferimento soggettivo del contratto di finanziamento, il quale – dunque – riacquista la propria originaria efficacia anche in ipotesi di avvenuta risoluzione nei confronti del debitore originario. Su questi profili si veda PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il t.u.*, in AA.V.V., *La nuova disciplina del credito fondiario*, a cura di PETRAGLIA, Roma, 1997, 149.

[15] PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il t.u.*, cit., 149.

[16] A parere di SEPE, *Commento sub art. 38*, cit., 499, tale adempimento sarebbe possibile soltanto a condizione della «presentazione del conto (parziale) e della sua approvazione da parte del giudice delegato, in conformità a quanto disposto dagli Artt. 560, comma 1, e 593 c.p.c.».

[17] Pertanto, il potere di nominare o sostituire il custode dei beni pignorati spetta, non già al giudice delegato al fallimento, bensì a quello dell'esecuzione immobiliare: Cass., 2 giugno 1994, n. 5352, in *Fallimento*, 1994, 1277.

[18] SEPE, *Commento sub art. 38*, cit., 498.

# in eXecutivis

La rivista telematica dell'esecuzione forzata

[19] RISPOLI FARINA - FALCONE, *Le operazioni bancarie speciali*, cit., 1390.

[20] Vedasi SPIRITO, *Il "progetto esecuzioni" della terza sezione civile della corte di cassazione*, in *Esecuzione forzata*, 2019, 1, 1.

[21] Cass. 28 settembre 2018, n. 23482, in [www.inexecutivis.it](http://www.inexecutivis.it) con nota di AULETTA, *La Cassazione e il decalogo dei rapporti fra esecuzione individuale fondiaria e fallimento*; ID. in *Fallimento*, 2018, 1389, con nota di NARDECCHIA, *Accertamento, quantificazione e graduazione del credito fondiario: l'intervento del curatore nell'esecuzione individuale*.

[22] Tale graduazione - è opportuno precisarlo - può essere anche implicita o indiretta, come nei casi in cui si tratti di crediti il cui pagamento, espressamente autorizzato dagli organi fallimentari, non avrebbe potuto neanche avvenire, se non in quanto trattasi di crediti di massa gravanti su un bene determinato.

[23] PASSAFIUME, *Il credito fondiario fra esecuzione e fallimento*, in <https://www.inexecutivis.it/approfondimenti/2019/04-aprile/il-credito-fondiario-fra-esecuzione-e-fallimento/>

in eXecutivis  
La rivista telematica dell'esecuzione forzata