



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

ESECUZIONE FORZATA PER CREDITO FONDIARIO E FALLIMENTO.

PROFILI PROCESSUALI

Relatrice:

Dott.ssa Laura Baccaglini

Laureanda:

Veronica Rigon

Parole chiave:

fallimento, esecuzione forzata, credito fondiario, vendita forzata, distribuzione del ricavato

Anno Accademico 2010 /2011

INDICE SOMMARIO

Pag.

CAPITOLO I

IL FINANZIAMENTO FONDIARIO TRA NUOVA DISCIPLINA BANCARIA E LEGGE FALLIMENTARE: LA DOPPIA SPECIALITÀ

1. L'espropriazione per credito fondiario, ed il divieto di azioni esecutive in costanza di fallimento. Cenni introduttivi	1
2. Il credito fondiario all'interno delle "particolari operazioni di credito": aspetti generali e mantenimento del privilegio nonostante l'evoluzione dell'istituto, nel contesto della "despecializzazione" dei crediti speciali	7
3. I presupposti dell'azione esecutiva fondiaria alla luce della nuova nozione di credito fondiario: qualificazioni oggettive del finanziamento a medio e lungo termine	15
4. L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle recenti modifiche normative. L'ampliato ambito di applicazione	23
5. (segue). Il regime precedente e le peculiarità dell'attuale disciplina	27
6. La specialità dell'esecuzione fondiaria rispetto all'espropriazione immobiliare di cui al c.p.c. La fase degli atti prodromici all'esecuzione forzata	33
7. (segue). Il soddisfacimento anticipato a favore dell'istituto fondiario	37
8. (segue). Il regime del subentro nel contratto di finanziamento	45

CAPITOLO II

INTERFERENZE E RAPPORTI TRA ESECUZIONE PER CREDITO FONDIARIO E PROCEDURE CONCORSUALI. SULLA COESISTENZA DELLE DUE ESECUZIONI NELLA FASE LIQUIDATIVA

1. Sull'esistenza del privilegio esecutivo a favore del creditore fondiario. Cenni storici e quadro attuale alla luce del difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare 49
2. I limiti della coesistenza dei due processi esecutivi: problemi derivanti dal rapporto tra legge sul credito fondiario e legge fallimentare 59
3. Applicazione dell'istituto della litispendenza in caso di coesistenza dell'azione esecutiva per la realizzazione del credito fondiario con l'azione di fallimento; l'inammissibilità della concorrenza delle due procedure 70
4. La sentenza della Cassazione 30 gennaio 1985, n. 582 75
5. (segue). Perplexità ed osservazioni critiche: il criterio della priorità temporale e del provvedimento che dispone l'antiorità della vendita 82
6. (segue). Ulteriori obiezioni di ordine letterale e sostanziale 86
7. Quadro riassuntivo sulla questione della coesistenza fra le due procedure esecutive ed osservazioni conclusive 96
8. Il problema delle procedure giunte ad una fase avanzata della liquidazione 98
9. Rapporti tra esecuzione per credito fondiario e procedure concorsuali minori 103
10. Profili processuali minori. La custodia del bene ipotecato a garanzia del credito fondiario: nomina e obblighi del custode 112
11. (segue). La legittimazione passiva nell'ambito del processo esecutivo per credito fondiario in costanza di fallimento 126

CAPITOLO III

PROFILI APPLICATIVI DELLA VENDITA CONDOTTA NELL'ESECUZIONE CONCORSUALE ED IN QUELLA FONDIARIA. IL COORDINAMENTO DELLE PROCEDURE NELLA FASE DISTRIBUTIVA

1. La liquidazione dell'immobile in sede concorsuale. Modalità della liquidazione e applicabilità della disciplina speciale	133
2. (segue). L'obbligo per l'istituto di credito fondiario di insinuazione al passivo	140
3. La vendita forzata nell'esecuzione singolare per credito fondiario nei confronti del debitore fallito. Applicabilità della normativa speciale	141
4. L'esecuzione per credito fondiario. Natura del privilegio e problemi di coordinamento con la procedura di fallimento	145
5. Presupposto: l'insinuazione al passivo non è condizione di procedibilità	150
6. Sede della distribuzione del ricavato. Il riparto fallimentare	151
7. (segue). Critiche. La distribuzione in sede esecutiva. Dubbi sulla stabilità del riparto operato dal giudice dell'esecuzione	154
8. La definitività nel vigore del T.U. 1905. L'intervento del curatore	157
9. Oscillazioni della giurisprudenza dopo l'entrata in vigore del T.U.B.	160
10. Critiche prima della novella del 2006	166
11. Conferme dal legislatore della riforma	173
12. Riaffermazione dell'orientamento tradizionale	177
13. Rimedi necessari per ottenere la restituzione dell'eventuale surplus attribuito all'istituto in sede esecutiva	186
14. Osservazioni conclusive	189

BIBLIOGRAFIA

Indice degli autori e delle opere citate	193
Indice cronologico della giurisprudenza richiamata	201

CAPITOLO I

IL FINANZIAMENTO FONDIARIO TRA NUOVA DISCIPLINA BANCARIA E LEGGE FALLIMENTARE: LA DOPPIA SPECIALITA'

SOMMARIO. 1. *L'espropriazione per credito fondiario, ed il divieto di azioni esecutive in costanza di fallimento. Cenni introduttivi* - 2. *Il credito fondiario all'interno delle "particolari operazioni di credito": aspetti generali e mantenimento del privilegio nonostante l'evoluzione dell'istituto, nel contesto della "despecializzazione" dei crediti speciali* - 3. *I presupposti dell'azione esecutiva fondiaria alla luce della nuova nozione di credito fondiario: qualificazioni oggettive del finanziamento a medio e lungo termine* - 4. *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle recenti modifiche normative. L'ampliato ambito di applicazione* - 5. *(segue). Il regime precedente e le peculiarità dell'attuale disciplina* - 6. *La specialità dell'esecuzione fondiaria rispetto all'espropriazione immobiliare di cui al c.p.c. La fase degli atti prodromici all'esecuzione forzata* - 7. *(segue). Il soddisfacimento anticipato a favore dell'istituto fondiario* - 8. *(segue). Il regime del subentro nel contratto di finanziamento*

1. *L'espropriazione per credito fondiario, ed il divieto di azioni esecutive in costanza di fallimento. Cenni introduttivi*

Tra le norme raccolte nella Sezione II del Capo III del R.D. 16.03.1942, n. 267 (legge fallimentare) sotto il titolo II rubricato "Degli effetti del fallimento nei confronti dei creditori", è collocato l'art. 51 che vieta ai creditori di agire individualmente, *in executivis*¹, sui beni compresi nel fallimento. La disposizione - così come oggi modificata dall'art. 48 del D.lgs. 9 gennaio 2006² n. 5 - prevede, infatti, che "Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il

¹BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1966, I, p. 419.

²Pubblicato nel Suppl. Ord. n. 13 alla G.U. n. 12 del 16 gennaio 2006.

fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento”.

La procedura fallimentare, una volta che sia intervenuta sentenza dichiarativa di fallimento, mira all'acquisizione del patrimonio del fallito ai fini della sua liquidazione e della successiva paritaria ripartizione dell'attivo tra i soggetti che abbiano insinuato il proprio credito al passivo. Funzionali allo svolgimento di detta duplice funzione risultano il divieto di proseguire le azioni esecutive individuali sul patrimonio del fallito, e il conseguente obbligo per tutti i creditori di far valere i propri diritti nei confronti del debitore esclusivamente nell'ambito della procedura fallimentare (rispettivamente artt. 51 e 52 l. fall.)³. La prima delle due disposizioni richiamate risponde ad uno dei due fondamentali principi⁴ cui è informata la procedura concorsuale: in particolare, quello dell'universalità soggettiva che assoggetta tutti i creditori alle regole sulla formazione del passivo e sulla distribuzione del ricavato della vendita e quindi ad un principio di *par condicio creditorum*, quanto alla soddisfazione del proprio credito, ricavabile dal patrimonio del debitore decotto⁵.

Proprio con riferimento all'art. 51 l. fall., si discorre di concorso sostanziale, con ciò volendosi indicare l'impossibilità per i creditori di procedere ad iniziative volte all'adempimento coattivo del loro credito, al di fuori delle regole imposte dalla procedura; così, si spiega allora l'impossibilità per i creditori di iniziare o proseguire

³RAGONESI, *Manuale di diritto e pratica fallimentare*, Milano, 1995, p. 93.

⁴L'altro principio, noto con il nome di universalità oggettiva trova il proprio fondamento nell'art. 42 l. fall. ai sensi del quale a partire dalla dichiarazione di fallimento il fallito è integralmente privato del potere di amministrare e di disporre del suo patrimonio, compresi non solo i beni presenti, ma anche quelli futuri, con la conseguenza che gli eventuali atti e pagamenti da lui compiuti dopo la pronuncia di fallimento diverrebbero inefficaci ex art. 44. Il patrimonio sarà gestito ai fini liquidatori dagli organi della procedura e sarà impedita ogni azione depauperatoria, dalla quale possa derivare una diminuzione delle possibilità soddisfattive dei creditori. In particolare l'art. 42 l. fall. testualmente recita: “La sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento. Sono compresi nel fallimento anche i beni che pervengono al fallito durante il fallimento, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi. Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può rinunciare ad acquisire i beni che pervengono al fallito durante la procedura fallimentare qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo degli stessi”.

⁵LO CASCIO, sub art. 51, in *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, p. 414.

azioni esecutive individuali sul patrimonio del fallito⁶.

Vista la nota o supposta insufficienza del patrimonio alla soddisfazione dei medesimi, la parità si realizza mediante una proporzionale ripartizione delle perdite e quindi con l'attribuzione a ciascun creditore della medesima percentuale del proprio credito (falcidia fallimentare)⁷.

Strettamente connesso a tale principio, è poi quello del concorso formale cristallizzato dalla norma successiva, l'art. 52 l. fall.⁸, che impone a tutti i creditori di essere soddisfatti *pro quota* nell'esecuzione collettiva sul patrimonio del fallito⁹, e quindi, di far accertare il proprio diritto nell'ambito di una procedura unitaria destinata a tutti i creditori.

Atteso lo scopo liquidatorio e soddisfacitivo della procedura fallimentare, il blocco delle azioni esecutive individuali si atteggia a mezzo per assicurare la parità di soddisfazione

⁶Il blocco delle azioni individuali esecutive è esteso anche a quelle mobiliari, ai crediti prededucibili di cui all'art. 111, all'esecuzione per consegna o rilascio (art. 605 e ss. c.p.c.), all'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare (art. 612 e ss. c.p.c.), all'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.; secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria la dichiarazione di fallimento del debitore rende inammissibili le espropriazioni forzate nuove ed improcedibili i procedimenti esecutivi in corso, che si arrestano e vengono assorbiti, o si trasformano, nell'azione concorsuale. Tesi minoritarie, sulla base di ragioni di tutela del creditore individuale precedente, propendono per la sospensione dell'esecuzione individuale in corso alla data della dichiarazione di fallimento, e per la sua eventuale ripresa dopo la chiusura del procedimento concorsuale. Ma la giurisprudenza, in linea con la dottrina maggioritaria, si pone nella direzione di una continuazione nel rito concorsuale del procedimento iniziato con il rito ordinario (cfr. Cass. 9 giugno 1990, n. 5641, in *Il Fallimento*, 1990, p. 1109-1110 richiamata da POMPONIO, *Esecuzione individuale e fallimento del debitore*, in *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, (a cura di) Cendon, Milano, 2006, III, p. 1623. Il divieto è stato espressamente esteso anche alle azioni cautelari (sequestro conservativo e giudiziario, azioni di reintegrazione e di manutenzione nel possesso, denuncia di nuova opera e di danno temuto, azione ex art. 700 c.p.c.), in quanto finalizzate a garantire la conservazione del patrimonio del debitore. Inoltre, tenuto conto del fatto che, intervenuta la dichiarazione di fallimento del debitore, ogni iniziativa intesa alla conservazione della garanzia patrimoniale offerta dai beni del debitore non può essere esercitata, se non dal curatore, si ritiene che il divieto riguardi anche le azioni revocatorie ordinarie, l'azione surrogatoria e le azioni societarie di responsabilità (cfr. PENTA, *I rapporti tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale. Il credito fondiario.*, in *Dir. Fall.*, 2010, p. 287-288; RICCI, *Espropriazione forzata e fallimento*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, p. 958-959).

⁷GUALANDI, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 160.

⁸Art. 52 l. fall.: "Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito. Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione [...] deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni di legge. *Omissis.*".

⁹BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 419.

dei creditori, impedendo che alcuno di essi possa avvantaggiarsi in alcun modo rispetto alla massa¹⁰. L'interesse del creditore concorsuale al soddisfacimento del proprio credito può essere fatto valere unicamente con la domanda di insinuazione al passivo, il cui accoglimento (previo positivo accertamento dell'esistenza, della liquidità e dell'esigibilità del credito stesso) comporta il diritto del creditore, divenuto così concorrente, a partecipare alla ripartizione dell'attivo¹¹. In quest'ottica, le singole azioni individuali perdono la loro ragion d'essere e convogliano nell'unica esecuzione concorsuale (collettiva)¹²; tale esecuzione è preceduta da una fase diretta alla formazione del titolo esecutivo in capo a ciascun creditore: risponde a questo fine l'accertamento dei vari crediti, funzionale alla formazione del decreto di accertamento del passivo. Una volta che questo sia divenuto esecutivo, si attua la partecipazione dei creditori ammessi al riparto della liquidazione fallimentare.

L'azione esecutiva del creditore nell'ambito del fallimento viene quindi a realizzarsi mediante la partecipazione al concorso formale. Il divieto di azioni esecutive individuali di cui all'art. 51 si ricollega in questo modo al successivo art. 52 in cui il principio del concorso formale si attua proprio mediante la previsione che ogni credito, per poter partecipare al concorso, deve essere accertato secondo le norme di cui agli artt. 92 e ss. La partecipazione al concorso formale, ovvero alla procedura di accertamento del credito si pone, dunque, come premessa imprescindibile affinché il creditore possa poi prendere parte al concorso sostanziale e dunque possa entrare a far parte dello stato passivo ottenendo un titolo per i riparti¹³.

L'art. 51, nello stabilire che il creditore non possa iniziare né proseguire alcuna azione

¹⁰INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori : art. 51-63 sub. art. 51*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1988, p. 7.

¹¹INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori : art. 51-63 sub. art. 51*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, cit., p. 8.

¹²DI CORRADO, sub. *art. 51*, in *La legge fallimentare : commentario teorico-pratico*, (a cura di) Ferro, Padova, 2008, p. 51; BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 420.

¹³INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori : art. 51-63 sub. art. 51*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, cit., p. 8; si veda anche FOSCHINI, voce "*Fallimento: effetti per i creditori*", in *Enc. Giur. Trecc*, XIII, Roma, 1988, p. 1.

individuale sui beni compresi nel fallimento dopo la dichiarazione di insolvenza, è dunque volto a tutelare unicamente i creditori del fallito vietando ad essi di porre in essere azioni che, andando ad intaccare il patrimonio del fallito, possano ritenersi lesive della *par condicio creditorum*¹⁴.

Come opportunamente chiarisce la locuzione di apertura della norma “Salvo diverse disposizioni di legge”, il legislatore ha ritenuto necessario affiancare al divieto di azioni esecutive e cautelari individuali talune eccezioni, sì che alcune particolari forme di esecuzione relative a determinati tipi di crediti speciali possono essere iniziate o proseguite anche in pendenza della procedura fallimentare.

Come osservato in dottrina¹⁵, la tecnica legislativa utilizzata in questo frangente appare tutt'altro che sufficientemente rigorosa: viene semplicemente annunciata l'esistenza di deroghe a tale principio, senza procedere ad una loro individuazione e soprattutto senza indicare norme di coordinamento tra la procedura esecutiva collettiva e le speciali procedure individuali procedibili o ammissibili in costanza di concorso. La clausola di riserva, così genericamente formulata, ha consentito peraltro di mantenere una notevole flessibilità della norma in esame in quanto le modifiche delle disposizioni derogatorie sono state automaticamente recepite, senza necessità di aggiornamenti della legge fallimentare.

Si tratta allora di individuare quali siano le fattispecie previste nell'ordinamento integranti le suddette ipotesi di esclusione dal divieto, per poi cogliere la portata derogatoria delle stesse, chiarendo se esse determinino in capo al creditore interessato un privilegio di ordine strettamente processuale ovvero anche sostanziale. Tradizionalmente, sono state ricondotte alle fattispecie derogatorie al divieto di azioni esecutive singolari due procedure esecutive volte a tutelare due “speciali” categorie di creditori¹⁶. Si tratta dell'espropriazione esattoriale, da un lato, e dell'espropriazione riservata agli istituti di credito fondiario, dall'altro. Introdotte quasi

¹⁴INZITARI, sub art. 51, in *Commentario Scialoja Branca*, cit., p. 11.

¹⁵INZITARI, sub art. 51, in *Commentario Scialoja Branca*, cit., p. 31.

¹⁶BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 424.

contemporaneamente nella seconda metà dell'Ottocento¹⁷, ad esse è stato riservato un destino che le ha condotte in opposte direzioni: il privilegio di riscossione concesso all'esattore dall'art. 51 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602 è venuto meno con la previsione dell'art. 16 d.lgs. 26 febbraio 1999 n. 46. La disposizione prevedeva che il concessionario per la riscossione delle imposte dirette potesse esercitare l'azione esecutiva e realizzare coattivamente il credito d'imposta anche in pendenza di fallimento del debitore moroso; al contrario, rimane vigente l'art. 42 R.D. n. 646 del 1905 a favore degli istituti di credito che agiscono in via esecutiva nei confronti del mutuatario inadempiente per ottenere il soddisfacimento dei crediti nascenti da contratto di mutuo fondiario. La disposizione originaria prevedeva che "Le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario sono sempre applicabili anche in caso di fallimento del debitore per i beni ipotecati dagli istituti di credito fondiario". A seguito del riordino della normativa, l'eccezione così prevista è disciplinata oggi dall'art. 41 comma 2 del Testo Unico sulle norme bancarie e creditizie del 1 settembre 1993 n. 385¹⁸ che recita come segue: "L'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia dei finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore [...]". Come si avrà modo di constatare, l'eccezione così descritta non solo è rimasta ferma, ma ha accresciuto la propria rilevanza, giusta l'ampliamento dei casi in cui la relativa disciplina trova oggi applicazione.

La previsione derogatoria, risultante dal combinato disposto dell'art. 51 l. fall. e art. 41 T.U.B. (e dal precedente art. 42 T.U. 1905), ha suscitato notevoli perplessità sia in

¹⁷Entrambe le previsioni derogatorie risalgono agli anni immediatamente successivi alla costituzione stessa dello Stato italiano. Infatti, la prima disciplina sul credito fondiario, come si vedrà, fu introdotta con la legge 24 giugno 1866, n. 2983; il privilegio esattoriale fu invece codificato per la prima volta con l'art. 97 della legge 20 aprile 1871; in proposito cfr., per l'espropriazione esattoriale, PURCARO, *Esecuzione esattoriale e fallimento*, Milano, 1978, p. 6; SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, p. 800; SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, p. 646 e ss. Per il credito fondiario, SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, p. 977 e ss.; nonché COSTI, voce "Crediti speciali: I, disciplina sostanziale", in *Enc. Giur. Trecc*, X, Roma, 1988, p. 2.

¹⁸Publicato in G.U. 30.09.1993, n. 230, Supplemento ordinario. D'ora in poi T.U.B.

dottrina, sia in giurisprudenza - di merito e di legittimità - specie quanto alla doppia specialità che caratterizza tale esecuzione non solo rispetto all'esecuzione collettiva, ma altresì rispetto al regime ordinario dell'esecuzione singolare, oltre ai notevoli problemi che si sono posti in tema di coordinamento tra legge fallimentare e speciale normativa sul credito fondiario.

A tal fine, risulta necessario inquadrare la speciale tutela accordata al credito fondiario nei suoi profili sostanziali e processuali (seguendo l'*iter* normativo che l'ha scandita); la tutela muoveva dalla particolare natura "speciale" che distingueva tale credito (sia in funzione degli enti eroganti, che in relazione al meccanismo sottostante alle operazioni di finanziamento).

2. Il credito fondiario all'interno delle "particolari operazioni di credito": aspetti generali e mantenimento del privilegio nonostante l'evoluzione dell'istituto, nel contesto della "despecializzazione" dei crediti speciali

Tradizionalmente, con l'espressione crediti speciali è indicata una serie eterogenea di particolari operazioni di intermediazione finanziaria, nate per soddisfare peculiari esigenze di finanziamento, disciplinate da regole differenti rispetto a quelle di diritto comune, conformemente al tipo di attività economiche cui sono connesse.

Il nostro sistema bancario è stato a lungo distinto da una pluralità di norme volte a disciplinare simili particolari operazioni ed a statuire gli enti cui veniva riconosciuta la facoltà di porle in essere, in modo da consentire tecniche di finanziamento che le norme di diritto comune non riconoscevano né garantivano¹⁹.

La nozione di credito speciale non trova esplicito accoglimento in alcuna disposizione oggi vigente ed esiste una notevole incertezza nell'individuazione delle caratteristiche

¹⁹BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, Padova, 1996, p. 1.

dei vari tipi di credito che abitualmente vengono ricondotti nell'alveo di tale categoria²⁰.

Vi è una rilevante difficoltà nel pervenire ad una nozione di credito speciale che rappresenti il comune denominatore di tali operazioni, consona allo scopo che esse intendono conseguire e alla denominazione che convenzionalmente le accompagna (parliamo di credito fondiario, credito edilizio, credito industriale, artigiano, navale, peschereccio, credito per le opere pubbliche e molti altri ancora). Ciononostante, si segnala una forte tendenza voluta dagli operatori economici, ed in particolare dagli speciali istituti deputati all'erogazione di tali forme di credito, che per ragioni di omogeneità²¹ tende a privilegiare maggiormente il profilo economico rispetto a quello giuridico e riconduce siffatti crediti, convenzionalmente considerati speciali e tradizionalmente agevolati, in un ambito unitario, allo scopo di far emergere elementi costanti del finanziamento (a medio e lungo termine)²². Gli istituti di credito hanno infatti manifestato con crescente insistenza l'esigenza di una regolamentazione unitaria plurisettoriale e la necessità di una maggiore libertà operativa per agevolare un confronto concorrenziale sul mercato²³.

L'inevitabile rischio che ciò comporta è quello di considerare i caratteri tipici di una specie di finanziamento come comuni anche a tutti gli altri crediti speciali, pure quando questi non si ritrovino effettivamente; si giunge così ad estendere reciprocamente profili normativi peculiari, provocando talvolta distorsioni anche gravi²⁴.

²⁰Così COSTI, voce "*Crediti speciali: I, disciplina sostanziale*", cit., p. 1.

²¹Il sistema dei crediti speciali ha per lungo tempo creato una forte specializzazione funzionale e territoriale comportando la segmentazione del mercato in settori a compartimenti stagni; aveva inoltre portato ad una specializzazione anche temporale attraverso il sistema di raccolta della provvista in quanto, come si vedrà, grazie alla necessaria corrispondenza tra operazioni attive e operazioni passive, teso ad assicurare la stabilità degli intermediari, non era consentito il reperimento dei capitali presso il pubblico come invece tradizionalmente facevano le aziende di credito ordinario. (cfr. BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 2).

²²Cfr. CARBONE, *Il credito fondiario tra risoluzione speciale ed esecuzione individuale*, in *Il Fallimento*, 1996, p. 1145; COSTI, voce "*Crediti speciali: I, disciplina sostanziale*", cit., p. 1.

²³Di tale avviso anche BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 2 e ss.

²⁴Cfr. COSTI, voce "*Crediti speciali: I, disciplina sostanziale*", cit., p. 1.

Va preliminarmente segnalato come, sebbene l'unificazione delle singole operazioni di finanziamento nella categoria unitaria di credito speciale possa dirsi sostanzialmente compiuta sotto il profilo economico finanziario, lo stesso non può dirsi per il profilo giuridico²⁵.

Il d.lgs. 385/93, a completamento del processo di despecializzazione tanto acclamato e nell'ambito della riorganizzazione della legislazione bancaria, ha provveduto ad una importante operazione di riordino della disciplina dei crediti speciali, prima frammentata e disorganica, rinvenibile in una serie di leggi e normative speciali difficilmente coordinabili. L'attuale normativa abroga espressamente la disciplina anteriore e concentra nel Capo VI le norme relative alle "particolari operazioni di credito": nella Sezione prima è rinvenibile la disciplina relativa al credito fondiario e alle opere pubbliche; la seconda raggruppa le discipline relative al credito agrario e peschereccio, la terza è dedicata a tutte le altre operazioni di credito speciale²⁶. Le nuove norme si limitano a fornire le nozioni dei vari tipi di credito descritti cercando di semplificare e razionalizzare la disciplina dei privilegi, sia sostanziali che processuali, ad essi tradizionalmente riconosciuti²⁷. In conclusione, si ritiene di precisare che il Testo Unico non si occupa di altre figure (credito al commercio, all'artigianato...) che sebbene comunemente definite "crediti speciali", in senso proprio tali non sono: la loro particolarità non consiste in speciali modalità di erogazione del credito, o in particolari discipline in ordine alla garanzia che lo assiste, ma meramente alla presenza di forme di agevolazione pubblica, che però si ricollegano pur sempre ad ordinarie tecniche di finanziamento²⁸.

Il credito fondiario costituisce l'esempio più risalente di credito speciale e l'attuale normativa costituisce il risultato di una lunga e profonda evoluzione²⁹: la legge 24

²⁵ Così CARBONE, *Il credito fondiario tra risoluzione speciale ed esecuzione individuale*, cit., p. 1146.

²⁶ CARBONE, *Il credito fondiario tra risoluzione speciale ed esecuzione individuale*, cit., p. 1145.

²⁷ Cfr. BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 7.

²⁸ COSTA, *Le operazioni di credito speciale nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. Fall.*, 1995, I, p. 313.

²⁹ Sull'evoluzione del credito fondiario si vedano in particolare: BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 8 e ss.; TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano,

giugno 1866 n. 2983 disciplinò per la prima volta in modo peculiare rispetto alla disciplina di diritto comune sul credito ipotecario una particolare operazione di intermediazione finanziaria posta in essere al fine di mobilitare la proprietà immobiliare³⁰. Il modello confluì in una più precisa e organica sistemazione nel T.U. delle leggi sul credito fondiario approvato con R.D. 16 luglio 1905 n. 646, e nel relativo regolamento (R.D. 5 maggio 1910, n. 472) che seppur con numerose e incisive modifiche - più sostanziali che processuali - ha costituito la disciplina essenziale fino al T.U. del 1993.

Il legislatore volle introdurre nuovi strumenti per le operazioni di provvista e di erogazione del credito e stabilì regole particolari quanto agli intermediari abilitati a compiere tali operazioni.

Si rispondeva all'esigenza di un credito di lunga durata ad un prezzo compatibile con la rendita della proprietà immobiliare. Sulla scorta del sistema tedesco, venne così concessa la possibilità di mobilitare i crediti incorporando i medesimi in cartelle fondiarie, che avevano la valenza di titoli di credito dotati di prerogative particolari ed erano tutelate da garanzie ipotecarie sui beni dei mutuatari; l'operazione di provvista - o passiva - tipica e fondamentale era rappresentata dall'emissione delle cartelle fondiarie, portanti l'obbligazione dell'istituto emittente del pagamento alla scadenza dell'importo indicato e dei relativi interessi. Allo stesso tempo, erano concessi una serie di privilegi sostanziali e processuali agli istituti chiamati a svolgere l'attività di intermediazione, in modo da garantire il puntuale rimborso delle somme mutate e dunque delle cartelle emesse³¹. Il legislatore stabilì che le operazioni di credito fondiario potevano essere compiute solo dagli istituti autorizzati, detti "Istituti di

2006, p. 14 e ss.

³⁰Cfr. TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 14 e ss.; COSTI, voce "Crediti speciali: I, disciplina sostanziale", cit., p. 2 e ss.

³¹Per una panoramica del funzionamento delle operazioni fondiarie e della loro evoluzione storica: BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 47 e ss.; MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della Riforma*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 1231 e ss.; PETRAGLIA, *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997, p. 33 e ss.

credito fondiario”, soggetti ad una specializzazione della loro attività: fissò limiti territoriali e gestionali alla loro operatività e li sottopose a vigilanza governativa allo scopo di assicurarne la solvibilità e la liquidità³²; essi non operavano con i capitali in loro possesso, bensì con quelli che acquisivano attraverso l'emissione delle cartelle fondiarie³³. Vigeva così un imprescindibile collegamento causale tra operazioni attive e operazioni passive che necessariamente dovevano mantenersi in rapporto proporzionale, in quanto ogni emissione era subordinata alla singola operazione di mutuo; si aveva, dunque, identità tra la massa delle cartelle e la massa dei mutui.

Poiché, sulla base del principio del non riscosso per riscosso, l'istituto era tenuto al versamento degli interessi cedolari e al rimborso del capitale delle cartelle, anche quando il mutuatario risultasse moroso, si ritenne di assecondare l'esigenza di una tutela maggiormente incisiva mediante un'esecuzione più rapida ed efficace a favore di tali istituti, ancorché derogatoria dei principi portanti dell'espropriazione ordinaria nonché di quelli della procedura fallimentare. Infatti, la disciplina del 1905 agli artt. da 38 a 59 prevedeva un regime processuale di favore caratterizzato dalla possibilità di immissione dell'istituto fondiario nel possesso dell'immobile ipotecato e dal diritto di percezione delle rendite e dei frutti, prima ancora di ogni atto di esecuzione (art. 41 R.D. 646/1905); dall'esclusione dell'obbligo di notificazione del titolo esecutivo rappresentato dal contratto (art. 43 co. 1); dal rilascio semplificato, senza onere di previa notificazione al debitore, di altre copie esecutive del titolo (art. 44); dalla notificazione del precetto di pagamento al domicilio eletto dal debitore nel contratto di mutuo (art. 43 co. 2); da norme particolari sulla custodia degli immobili pignorati, ovvero dalla possibilità di avvalersi del particolare procedimento, a mezzo di sequestratario idoneo, indicato per la nomina (al presidente del tribunale competente nel giudizio di espropriazione) dall'istituto (art. 45) e di surrogarsi agli altri creditori procedenti nel procedimento di espropriazione (art. 51); dalla riduzione dei termini processuali (art. 52); dalla negazione della sospensione automatica a seguito di

³²COSTI, voce “*Crediti speciali: I, disciplina sostanziale*”, cit., p. 3.

³³BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 8.

opposizione (artt. 49 e 54); dal pagamento diretto dall'aggiudicatario o dall'assegnatario (art. 55); dall'applicazione della normativa suddetta anche in pendenza di fallimento del debitore (art. 42)³⁴.

Pur ispirandosi alla disciplina del mutuo, l'operazione venne costruita con alcune differenze: nel contratto era previsto un piano di ammortamento che fissava i tempi di rimborso, senza peraltro porre alcun vincolo per quanto riguardava l'impiego delle somme mutate.

La specialità del credito fondiario era così individuabile nella disciplina sostanziale e processuale prevista per l'operazione, sia per i soggetti deputati ad effettuarla³⁵.

Con il tempo, specie a seguito dei due conflitti mondiali, si avvertì fortemente la domanda di finanziamenti per la costruzione di nuove abitazioni; essa non poteva essere soddisfatta dalle operazioni di credito fondiario in quanto strettamente connesse alla rendita dell'immobile mobilizzato: rendita che evidentemente non era traibile da un immobile ancora da costruire. Fu così che accanto al credito fondiario, e sulla scia del relativo modello, nacque il credito edilizio³⁶. Come per il credito fondiario, si disciplinarono enti speciali deputati all'erogazione e si determinarono la modalità delle operazioni di raccolta e di impiego. In particolare, quanto alle operazioni di provvista, si prevedeva l'emissione di cartelle "edilizie" assimilabili sostanzialmente alle cartelle fondiarie, mentre sotto il profilo degli impieghi era evidente la natura di credito di scopo che caratterizzava l'operazione.

Il particolare meccanismo di tutela previsto dall'art. 42 del R.D. 646 del 1905 fu mantenuto anche a seguito della radicale innovazione che si ebbe con il d.l. 13 agosto 1975 n. 376, convertito in legge 16 ottobre 1975 n. 492 che modificava completamente la tecnica delle operazioni di credito fondiario, prevedendo che gli istituti si procurassero la provvista necessaria a sostenere le operazioni di credito

³⁴MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della Riforma*, cit., p. 1232.

³⁵Del medesimo avviso anche COSTI, voce "*Crediti speciali: I, disciplina sostanziale*", cit., p. 3.

³⁶COSTI, voce "*Crediti speciali: I, disciplina sostanziale*", cit., p. 3 e ss.; TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 14 e ss.

mediante emissione non più di cartelle fondiari, bensì di titoli obbligazionari sganciati dalle singole operazioni di mutuo. Veniva così meno non solo la stretta corrispondenza tra operazioni attive e operazioni passive (e quindi tra cartelle fondiari ed operazioni fondiari), ma anche il sistema delle cartelle fondiari stesse³⁷. L'emissione delle obbligazioni serviva ad alimentare la provvista degli istituti - nel frattempo divenuti di credito fondiario ed edilizio - senza che rilevasse la loro destinazione ad operazioni di credito fondiario, ovvero di credito edilizio. Le due nozioni rimasero così distinte unicamente per le caratteristiche delle operazioni passive, essendo il primo privo di vincolo di destinazione ed il secondo caratterizzato dalla presenza di uno scopo legale (il credito fondiario era relativo a finanziamenti destinati alla mobilitazione della proprietà immobiliare mediante anticipazioni di durata non inferiore a 18 mesi o mutui di durata non inferiore a 10 anni e non superiore a 25, mentre il credito edilizio si collegava ad operazioni finalizzate alla "costruzione, ricostruzione, trasformazione [...] di edifici ad uso prevalente di abitazione"³⁸) e per i relativi presupposti (operazione di credito fondiario per immobili esistenti, ancorché non ultimati o in corso di costruzione aventi destinazione anche non abitativa, ed operazione di credito edilizio per immobili a prevalente destinazione abitativa e in corso di costruzione), fermo restando che entrambi erano garantiti da ipoteca di primo grado.

Passando dal sistema tedesco a quello così delineato di *credit foncier*³⁹, venne meno il ruolo degli istituti di credito di intermediari tra mutuatari e risparmiatori. Essendo caduto il rapporto diretto tra provviste e impieghi, gli istituti potevano decidere di emettere obbligazioni quando lo ritenevano opportuno, a prescindere dalle esigenze e dai tempi dell'impiego. Il vincolo, dunque, rimaneva solo quale criterio gestionale per

³⁷MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della Riforma*, cit, p. 1232; TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 17 e ss.

³⁸Artt. 2 e 23 D.P.R. 21 gennaio 1976 n. 7, "Norme relative alle emissioni obbligazionarie da parte degli enti di credito fondiario ed edilizio", (pubblicato in G.U. 31 gennaio 1976, n. 285).

³⁹Così BOZZA, *La perpetuazione dei privilegi degli istituti di credito fondiario*, in *Il Fallimento*, 1994, p. 787.

evitare squilibri finanziari⁴⁰.

Il processo di progressivo snellimento di tali operazioni continuò con la l. 6 giugno 1991 n. 175 intitolata "Revisione della normativa in materia di credito fondiario, edilizio e alle opere pubbliche"⁴¹. Con essa il regime della provvista venne definitivamente sganciato dalle operazioni di mutuo, vennero ulteriormente attenuate le differenze tra credito fondiario e credito edilizio e si ampliarono le possibilità operative degli istituti di credito, prevedendo per gli stessi l'obbligo di trasformazione in società per azioni in conformità al d.lgs. 20 novembre 1990 n. 356 e l. 31 luglio 1990 n. 218⁴². Tale trasformazione avrebbe consentito l'esercizio di ogni attività creditizia a medio e lungo termine e le autorizzazioni rilasciate da Banca d'Italia per la costituzione di nuove aziende erano notevolmente semplificate. Perdendo l'occasione per procedere al coordinamento della disciplina fondiaria con quella fallimentare e processuale vigente, il legislatore lasciò peraltro ancora inalterato il profilo processuale derogatorio previsto dalla disciplina originaria, così ribadendo la volontà di mantenere fermo il privilegio esecutivo del credito fondiario⁴³.

Nonostante il progressivo superamento del carattere strettamente settoriale degli istituti di credito, la regolamentazione tendenzialmente unitaria e comune fortemente voluta dalle aziende di credito è stata attuata da ultimo solo con il nuovo T.U., in cui (come si vedrà sulla scia della "despecializzazione" quale principale ispiratrice della nuova disciplina) il legislatore ha conglobato il credito edilizio con quello fondiario. Ad oggi, la nozione di credito fondiario risulta non più limitata soggettivamente, ma solo oggettivamente qualificata mediante il concetto di "finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado". Coerentemente con l'intento legislativo, e cercando di coordinare le disposizioni concorsuali con i profili di privilegio riservati

⁴⁰BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 10.

⁴¹TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 17.

⁴²BOZZA, *ult. op. cit.*, p. 10.

⁴³L'art. 17 co. 2 l. 175/1991 (che riprendeva l'art. 15 D.P.R. n. 7/1976) prevedeva che: "Nei confronti dei debitori morosi a fronte di prestiti concessi ai sensi della presente legge continuano ad applicarsi tutte le disposizioni disciplinanti il procedimento esecutivo di cui ai Titoli VII e VIII del T.U. delle leggi sul credito fondiario, approvato con R.D. 16 luglio 1905 n. 646, e successive modificazioni ed integrazioni".

alle operazioni di credito fondiario, si è altresì proceduto ad una ricodificazione della procedura esecutiva ad esse riservata.

Il nuovo e fortemente mutato quadro normativo presenta, dunque, una nozione di credito fondiario la cui specialità non figura più nettamente marcata come un tempo da una serie di caratteri imperativamente previsti dalla legge. Ciò pone questioni di non poco conto relative all'applicazione della disciplina di favore in materia di procedure esecutive e concorsuali, in particolare per quanto riguarda l'individuazione delle operazioni cui tale disciplina va in concreto applicata.

3. I presupposti dell'azione esecutiva fondiaria alla luce della nuova nozione di credito fondiario: qualificazioni oggettive del finanziamento a medio e lungo termine

Prima di procedere all'analisi della procedura esecutiva, si rende pertanto necessario analizzare la nozione di credito fondiario che emerge dalla nuova normativa.

Le operazioni di credito fondiario sono oggi interamente regolamentate dagli artt. 38-41 contenuti nel Capo VI della nuova legge bancaria.

Merito del legislatore del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 è stato quello di non legiferare per rinvii come in precedenza, ma di abrogare espressamente i vari testi normativi precedenti e di dettare in poche norme suddette la disciplina regolatrice della materia. Come autorevole dottrina tiene a sottolineare, tali disposizioni vanno apprezzate per la loro capacità di sintesi e per la loro chiarezza espositiva che rende più agevole il lavoro dell'interprete, il quale, dopo lungo tempo, dispone finalmente di un quadro normativo di impianto razionale⁴⁴.

Il comma 1 dell'art. 38 esplicita la nozione di credito fondiario affermando che esso

⁴⁴Condividiamo l'osservazione di BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 7.

“ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili”. Il comma 2 specifica un altro elemento essenziale di tale operazione, ovvero l'esistenza di una soglia massima del finanziamento in quanto “Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle operazioni da eseguire sugli stessi” e, sempre in subordine alle deliberazioni dell'Autorità di vigilanza, non esclude la fattibilità di ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti⁴⁵.

Come si può notare sin da una prima lettura, la nuova normativa ha sensibilmente mutato la tipologia di credito fondiario⁴⁶.

In primo luogo, va rilevato come, venuto meno il principio di specializzazione funzionale degli istituti abilitati⁴⁷, il credito fondiario, che in precedenza si caratterizzava soggettivamente, può essere erogato oggi da tutte le banche (ovvero da tutte le imprese autorizzate all'esercizio dell'attività bancaria) abilitate ex art. 1 co. 2 T.U.B.⁴⁸. I vecchi istituti di credito fondiario ed edilizio, trasformati come si è visto in società per azioni, sono sostanzialmente scomparsi. La nuova disciplina non prevede la necessità di una specifica autorizzazione per l'esercizio del credito fondiario come invece era previsto dall'art. 2 l. 175/1991; tutte le banche richiamate devono dunque ritenersi abilitate ex lege, rientrando oggi le operazioni fondiarie nella normale attività di credito⁴⁹, quale forma speciale e maggiormente garantita di credito ipotecario.

Restano esclusi gli intermediari finanziari per la concessione di finanziamenti sotto

⁴⁵FALCONE, sub. art. 38, in *Testo Unico bancario. Commentario*, (a cura di) Porzio, Belli, Losappio, Rispoli, Farina, Santoro, Milano, 2010, p. 367.

⁴⁶Cfr. BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 11.

⁴⁷PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 1150; MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della Riforma*, cit., p. 1232.

⁴⁸Banche italiane e banche extracomunitarie con succursali in Italia, e banche comunitarie (aventi sede legale in un Paese dell'unione), ancorché prive di succursali nel territorio italiano.

⁴⁹In tal senso, in particolare: SEPE, sub. art. 38, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994, p. 204.

altra forma (cfr. Titolo V del T.U.B.) che possono compiere operazioni di credito garantite da ipoteca⁵⁰, senza però avvantaggiarsi dei particolari privilegi sostanziali e procedurali connessi unicamente al credito fondiario⁵¹.

In secondo luogo, si rimarca la scomparsa della differenziata dizione tra credito fondiario e credito edilizio: le due nozioni, precedentemente distinte, sono unificate nel nuovo concetto di finanziamento a medio e lungo termine⁵².

L'originaria essenza del credito edilizio, come forma autonoma con destinazione a scopo legale, viene dunque definitivamente meno, restando assorbita nella categoria di credito fondiario, privo di specifici vincoli di destinazione delle somme erogate; il risultato è che deve concludersi per l'esclusione quanto alla natura di credito di scopo⁵³ delle operazioni comprese, salvo specifiche pattuizioni in tal senso.

Se ciò non costituisce elemento di novità in relazione alla vecchia nozione di credito fondiario, sono rilevanti le conseguenze su quella del vecchio credito edilizio⁵⁴; come si desume da una prima lettura dell'articolo in esame, l'ammontare della soglia massima di finanziamento per finalità edilizie rimane ancorato al costo delle opere da eseguire, anziché al valore dell'immobile, ma tale richiamo non consente comunque di riportare il finanziamento nell'alveo del credito di scopo in quanto costituisce solamente parametro per la determinazione dei limiti di finanziabilità⁵⁵.

⁵⁰Riconoscimento espresso di tale possibilità è stato sancito dal D.M.Tesoro 6 luglio 1994 ("Determinazione, ai sensi dell'art. 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, del contenuto delle attività indicate nello stesso art.106 primo comma, nonché in quali circostanze ricorre l'esercizio di suddette attività [...]"), che all'art. 2 lett. d), ha ricompreso nella nozione di "finanziamento" le operazioni di "credito ipotecario"; cfr. FALCONE, sub. art. 38 in *Testo Unico bancario. Commentario*, (a cura di) Porzio, Belli, Losappio, Rispoli, Farina, Santoro, cit., p. 373.

⁵¹Cfr. SEPE, sub. art. 38, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 290.

⁵²BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 13 e ss.; SEPE, sub. art. 38, *ult. op. cit.*, p. 289.

⁵³Il mutuo di scopo, o con vincolo di destinazione è, come si desume dal tenore letterale del termine, preordinato al perseguimento di determinate finalità, e dunque è contraddistinto dal fatto che il mutuatario, oltre ad obbligarsi alla restituzione della somma mutuata e dei relativi oneri ed interessi, si impegna altresì a realizzare lo scopo per cui la stessa operazione è stata posta in essere.

⁵⁴V. da ultimo, l'art. 9 l. 175/1991 secondo il quale il credito edilizio aveva ad oggetto la concessione di mutui o anticipazioni garantiti da ipoteca destinati alla costruzione, riparazione, trasformazione, sopraelevazione e recupero di immobili.

⁵⁵BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 16.

Non solo, quindi, è venuto progressivamente meno ogni collegamento tra operazioni di provvista e di operazioni di impiego, ma è stato altresì eliminato ogni rapporto tra finanziamento e destinazione dello stesso, sicché oggi il ricorso al credito fondiario risulta nella pratica possibile per il soddisfacimento di qualsiasi esigenza.

Nell'ottica di despecializzazione che contraddistingue la nuova disciplina (dettata con il T.U. 385/1993) dalla precedente (che per la concessione di credito fondiario si richiamava alle figure contrattuali tipiche del mutuo di durata non inferiore a cinque anni e delle anticipazioni di durata superiore a diciotto mesi⁵⁶), l'art. 38 oggi prevede che oggetto del credito fondiario è la concessione di “finanziamenti (a medio e lungo termine)”⁵⁷; tale definizione esula dall'individuazione specifica del mezzo contrattuale attraverso il quale l'operazione può essere posta in essere: non essendo dunque riferibile ad un tipo negoziale particolare, la concessione di credito fondiario, in un'ottica più economica che giuridica, viene estesa a tutte le operazioni bancarie di credito, tipiche o atipiche, in cui ricorra una “causa di finanziamento”⁵⁸.

Sorgono naturalmente a questo punto talune perplessità sul problema delle cc.dd. “*forme tecniche*”⁵⁹, ovvero in merito alla gamma degli strumenti compatibili con la nozione di “finanziamento” fatta propria dalla nuova norma.

Come puntualmente è stato osservato⁶⁰, se è ben vero che la disciplina del credito fondiario è stata oggetto di una progressiva “restituzione al diritto comune”⁶¹, restano peraltro incerti i limiti di praticabilità di alcuni strumenti creditizi di diritto comune alternativi ai contratti di finanziamento rateale per soddisfare le esigenze tecniche

⁵⁶Cfr. artt. 4 e 9 della legge 175/1991.

⁵⁷Sul concetto di “finanziamento” nel T.U. cfr. FALCONE, *Riflessioni sulla nozione di “finanziamento” negli artt. 38 e segg. del decreto legislativo n. 385 del 1993: il credito fondiario come contratto*, in *Dir. Fall.*, 1999, I, p. 659 e ss.

⁵⁸CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, in *Riv. Es. Forz.*, 2004, p. 352.

⁵⁹FALCONE, sub. art. 38 in *Testo Unico bancario. Commentario*, (a cura di) Porzio, Belli, Losappio, Rispoli, Farina, Santoro, cit., p. 370.

⁶⁰FALCONE, sub. art. 38 in *Testo Unico bancario. Commentario*, (a cura di) Porzio, Belli, Losappio, Rispoli, Farina, Santoro, cit., p. 365.

⁶¹COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure esecutive e nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. Fall.*, 1994, p. 563.

delle nostre operazioni.

Si impone allora la necessità di individuare in concreto la reale compatibilità delle varie forme tecniche con l'operazione così come descritta dall'articolo in esame, ovvero quelle che per loro natura possano tollerare un rientro scadenziato e prefissato garantito da ipoteca. Emerge infatti chiaramente che non tutti i negozi con "causa di finanziamento" sono utilizzabili⁶².

Rimangono estranei tutti gli strumenti finanziari che non comportino la smobilizzazione dei cespiti immobiliari attraverso l'acquisizione della garanzia ipotecaria, come nel caso di *leasing* immobiliare (in cui la garanzia reale non è costituita dall'ipoteca, bensì dal mantenimento in capo al concedente della proprietà dell'immobile), nonché quelli che, come nell'ipotesi di apertura di credito in conto corrente, mal si adeguano alle modalità tipiche di rientro di un finanziamento scadenziato su rate fisse o indicizzate così come richiesto dalla nuova disciplina. Del resto, la caratteristica propria di simili finanziamenti è data dalla possibilità di movimentare il conto con prelievi e versamenti integrativi della provvista; è da condividere anche l'opinione che esclude la fattibilità dell'operazione con lo sconto o il *factoring* dove il pagamento avviene di norma attraverso l'adempimento del debitore ceduto, e non con il rientro rateale del soggetto originariamente finanziato⁶³.

In conclusione, come opportunamente osservato da autorevole dottrina, la libertà di utilizzo dei contratti di finanziamento risultante dalla nuova normativa risiede nella possibilità data alle parti di impiegare qualsivoglia schema contrattuale che rispetti le delineate caratteristiche del credito fondiario e che consenta al soggetto finanziato di disporre di una somma con rimborso a medio e lungo termine ed a scadenze

⁶²Amplius: BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 17 e ss.; SEPE, sub. art. 38, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 292 e ss.; FALCONE, sub. art. 38 in *Testo Unico bancario. Commentario*, (a cura di) Porzio, Belli, Losappio, Rispoli, Farina, Santoro, cit., p. 365 e ss.; CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 352 e ss.

⁶³PETRAGLIA, *Contratto di finanziamento e formalità ipotecarie nel credito fondiario*, in *Notariato*, 1997, p. 187.

prefissate, con contestuale garanzia ipotecaria in favore del soggetto finanziatore⁶⁴.

Sotto il profilo temporale, la norma limita le operazioni di credito fondiario ai soli finanziamenti a “medio e lungo termine” non curandosi di rinviare espressamente ad una fonte che ne puntualizzi l'arco temporale. Mancando, ancora una volta, una norma che li definisca, il legislatore ha così dato per presupposto un concetto che, nella pratica, ha sollevato in un primo momento più di qualche questione interpretativa.

L'opinione prevalente identifica nelle operazioni con durata superiore ai diciotto mesi i finanziamenti che possono essere ricondotti nell'alveo del credito fondiario, individuando dunque proprio nei diciotto mesi il *discrimen* tra credito a breve e quello a medio e lungo termine, nonché di conseguenza la durata minima di quest'ultimo; ciò per ragioni di ordine storico, in quanto nel vigore della precedente normativa e in particolare all'art. 1 della legge 175 del 1991 era previsto che gli istituti abilitati all'esercizio del credito fondiario - che come si è visto aveva ad oggetto anticipazioni di durata superiore a diciotto mesi e mutui di durata non inferiore a cinque anni (art. 4) - potevano altresì esercitare “altri tipi di attività creditizia a medio e lungo termine”, e per ragioni di ordine fiscale, richiamandosi alla definizione contenuta nell'art. 15 ultimo comma del D.P.R. 19 settembre 1973 n. 601 in tema di agevolazioni fiscali per tali operazioni creditizie⁶⁵. Sebbene parte della dottrina abbia sostenuto la non vincolatività per l'interprete delle determinazioni di Banca d'Italia⁶⁶, si ritiene comunemente necessaria l'osservanza della disciplina emanata dall'Autorità di vigilanza cui viene riconosciuto valore di normativa secondaria; essa ha definito in via generale i finanziamenti a medio e lungo termine alle imprese, individuandoli nei crediti concessi con durata originariamente superiore a quella suindicata⁶⁷.

⁶⁴BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 21.

⁶⁵SEPE, sub. art. 38, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 293-294.

⁶⁶SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 982.

⁶⁷Circolare Banca d'Italia 31 gennaio 1994 in G.U. n. 66 del 21 marzo 1994 e da ultimo Circolare Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999, recante il nuovo fascicolo aggiornato delle Istruzioni di vigilanza per le banche, Tit. IV, Cap. VI, par. 3.

Ai sensi del primo comma dell'art. 38, elemento essenziale del finanziamento a medio e lungo termine è la garanzia di un' ipoteca di primo grado su immobili, salve le ipotesi di cui al secondo comma, secondo il quale Banca d'Italia in conformità alle deliberazioni del CICR determina la concessione dei finanziamenti cd. integrativi di credito fondiario⁶⁸, anche in presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie. Al riguardo, le istruzioni di Bankitalia del 26 giugno 1995⁶⁹, emanate a seguito della delibera CIRC del 22 aprile coevo, hanno stabilito che “in questo caso, per la determinazione del limite di finanziabilità, all'importo del nuovo finanziamento deve essere aggiunto il capitale residuo del finanziamento precedente”.

Il delineato riferimento all'ipoteca risulta qui strumentale alla definizione di credito fondiario, mentre la specificazione delle sue caratteristiche essenziali è compiuta nel successivo art. 39⁷⁰. Notiamo solamente che la precisazione “su immobili” esclude dall'ambito di applicazione del credito fondiario eventuali finanziamenti garantiti da ipoteca di altro genere (ad es. navale), ribadendo l'originaria natura di operazione strettamente connessa alle operazioni di mobilitazione della proprietà fondiaria⁷¹.

Al secondo comma dell'art. 38, il legislatore individua come essenziale alla natura

⁶⁸Si fa riferimento sia all'ipotesi di finanziamenti destinati al rimborso di crediti già iscritti, sia a quella dei finanziamenti integrativi.

⁶⁹In G.U. n. 11 del 1995.

⁷⁰Senza soffermarci ulteriormente sulle peculiarità dell'ipoteca e dell'iscrizione ipotecaria di credito fondiario, riportiamo parte essenziale dell'art. 39 che dettando disposizioni speciali rispetto a quelle codicistiche (in particolare sull'esenzione da revocatoria fallimentare) recita: “1. Ai fini dell'iscrizione ipotecaria le banche possono eleggere domicilio presso la propria sede. 2. Quando la stipulazione del contratto e l'erogazione del denaro formino oggetto di atti separati, il conservatore dei registri immobiliari, in base alla quietanza rilasciata dal beneficiario del finanziamento, esegue, a margine dell'iscrizione già presa, l'annotazione dell'avvenuto pagamento e dell'eventuale variazione degli interessi convenuta dalle parti; in tal caso l'ipoteca iscritta fa collocare nello stesso grado gli interessi nella misura risultante dalla annotazione stessa. 3. Il credito della banca relativo a finanziamenti con clausole di indicizzazione è garantito dall'ipoteca iscritta fino a concorrenza dell'importo effettivamente dovuto per effetto dell'applicazione di dette clausole. L'adeguamento dell'ipoteca si verifica automaticamente se la nota di iscrizione menziona la clausola di indicizzazione. 4. Le ipoteche a garanzia di finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento. L'articolo 67 della legge fallimentare non si applica ai pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari. (co. 5 – 7 *omissis*)”.

⁷¹SEPE, sub. art. 38, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 294.

“fondiaria” dell'operazione la sussistenza di un limite massimo di finanziabilità⁷², individuato dalla Banca d'Italia in relazione al “valore dell'immobile” dato in ipoteca, ovvero “al costo delle opere da eseguire”. Elevato a “legislatore delegato” in esecuzione del suddetto articolo, Bankitalia ha provveduto ad emanare anche tali disposizioni con le Istruzioni di vigilanza del 26 giugno 1995 in conformità alla delibera CICR del 22 aprile fissando nell'80% del valore o del costo suddetti il limite quantitativo di finanziabilità per credito fondiario⁷³.

E' fatta salva la possibilità di elevare tale percentuale fino al 100%, qualora vengano prestate garanzie integrative offerte dal cliente “costituite da fidejussioni bancarie e assicurative, polizze di compagnie di assicurazione, cessioni di annualità o contributi a carico dello Stato o di enti pubblici, fondi di garanzia e altre idonee garanzie” secondo i criteri disposti da Bankitalia⁷⁴. Si noti che, sebbene non sia espressamente previsto nelle istruzioni richiamate, si ritiene comunemente che ogni banca, nella concessione del finanziamento, sia legittimata a richiedere garanzie integrative qualora lo ritenga opportuno.

Venuta meno la differenziazione soggettiva, ed essendosi sul piano oggettivo estesa la possibilità dell'operazione in relazione a qualsiasi immobile suscettibile di ipoteca, la differenza tra mutuo fondiario e tradizionale mutuo ipotecario di cui all'art. 1813 e ss. c.c. pare risiedere nella necessità per il fondiario del rispetto delle percentuali del valore e del costo dell'immobile, e nella presenza di ipoteca del valore adeguato, ferma restando la difficoltà di individuare quali siano le differenze sostanziali tra i due contratti qualora un mutuo a medio o lungo termine garantito da prima ipoteca rientri nella percentuale di concedibilità del finanziamento fondiario fissato da Banca

⁷²Ciò non costituisce una novità in quanto già nel vigore delle precedenti normative erano previsti simili limiti quantitativi; in particolare da ultimo, ai sensi dell'art. 4 della legge 175 del 1991 era previsto che il limite massimo di concedibilità dei mutui e delle anticipazioni di credito fondiario fosse pari al 75% del valore dell'immobile stimato dall'istituto e all'art. 9 della stessa legge il medesimo limite era elevato al 90% del costo di costruzione in riferimento al credito edilizio.

⁷³TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 44 e ss.; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 22 e ss.

⁷⁴TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 49.

d'Italia⁷⁵. Poiché, infatti, le banche possono erogare simili finanziamenti che non presentino caratteristiche e finalità propriamente fondiari, ma che integrino la fattispecie ed i requisiti oggettivi previsti normativamente, e poiché è innegabile la difficoltà che si incontra, anche alla luce della nuova normativa, nell'individuare esattamente i presupposti che devono realizzare le operazioni di finanziamento per rientrare nell'alveo di applicazione della disciplina fondiaria, per giovare dei privilegi connessi a tale forma di credito, risulta opportuno - come la stessa Banca d'Italia ha sottolineato (Bollettino. n. 2 del 18.02.1994) - richiamare contrattualmente l'art. 38 per tutelarsi in merito alla disciplina applicabile, indipendentemente dalle convenzioni intercorse. Il discorso si fa però qui delicato in quanto è evidente che per avvantaggiarsi della disciplina di favore le banche tenteranno di ricondurre sotto la delineata nozione di credito fondiario il maggior numero possibile di operazioni⁷⁶.

4. L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle recenti modifiche normative. L'ampliato ambito di applicazione

Nell'analisi compiuta in merito all'evoluzione dell'istituto abbiamo avuto modo di constatare come, nonostante le numerose e profonde modifiche, la relativa disciplina sia rimasta sostanzialmente immutata nella parte strettamente processuale in cui le facoltà processuali degli istituti risultavano ampliate mediante la previsione dell'esperibilità dell'azione esecutiva individuale in costanza di fallimento nonostante la previsione dell'art. 51 legge fall.

Da un lato, l'eccezionalità era costituita dalla previsione di norme processuali derogatorie del diritto comune: abbiamo già fatto cenno all'immissione in possesso

⁷⁵Sul punto, TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 38 e ss.

⁷⁶COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 564.

della banca creditrice antecedentemente all'esecuzione, alla notifica semplificata dell'inizio dell'azione, al versamento delle rendite da parte del custode o del curatore direttamente all'istituto fondiario, etc.⁷⁷.

Dall'altro, vanno poi ricordate quelle disposizioni finalizzate a garantire l'effettività del recupero (inefficacia delle cessioni dei fitti, estensione del privilegio per le spese di esecuzione e gli oneri sostenuti dall'istituto per la conservazione del bene), dettate allo scopo di consentire un recupero del credito maggiormente celere e possibilmente integrale⁷⁸.

Giova rammentare come sia il D.P.R. 21 gennaio 1976 n. 7 (che ha attuato la prima vera riforma organica del credito fondiario), sia da ultimo la legge 6 giugno 1991 n. 175 prevedano che “[...] continuano ad applicarsi tutte le disposizioni disciplinanti il procedimento esecutivo di cui ai Titoli VII e VIII del T.U. delle leggi sul credito fondiario approvato con R.D. 16 luglio 1905 n. 646”⁷⁹.

Nell'indagine sin qui condotta, è altresì emerso che con la nuova disciplina il legislatore del T.U.B. ha proposto una nozione di credito fondiario estremamente mutata nei suoi aspetti essenziali. Caduti i criteri di specialità soggettivi - in forza dei quali l'esercizio del credito fondiario non è più riservato a determinati istituti ma risulta esteso ad ogni “banca” - la natura di credito fondiario ed i relativi privilegi esecutivi sono oggi ancorati non più al soggetto erogante, bensì alla qualificazione oggettiva dell'operazione, ovvero alla durata a medio e lungo termine del finanziamento (non si parla più di mutui e anticipazioni), nonché alla presenza di garanzia ipotecaria⁸⁰.

Ne consegue che, inserendosi in un quadro normativo così fortemente diverso, anche l'ambito operativo della speciale tutela esecutiva riservata alle operazioni di credito fondiario è profondamente cambiato rispetto a quello precedente. In particolare,

⁷⁷V p. 11-12.

⁷⁸SEPE, sub. art. 41, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 317.

⁷⁹Art. 17 comma 2 della legge 175/91, che riproduce l'art. 15 del D.P.R. n. 7/76.

⁸⁰In questo senso, Trib. Pescara, 7 febbraio 1997, in *Dir. fall.*, 1998, p. 589 con nota di MARIANI.

appare ormai chiaro come esso sia destinato ad avere una applicazione maggiore che in passato⁸¹: qualsiasi banca che eroghi un finanziamento a medio e lungo termine garantito da ipoteca di primo grado, esercita un'operazione di credito fondiario e può dunque giovare delle prerogative che la legge riconosce a tale tipo di credito⁸².

Oltre ad un ampliamento oggettivo, dovuto al venir meno del rapporto paritetico tra operazioni attive ed operazioni passive, e in particolare tra mutui erogati ed obbligazioni emesse - e dunque lo speciale sistema di approvvigionamento della provvista che giustificava sin dal 1905 la particolare tutela accordata a tale credito - si constata un'estensione dei privilegi esecutivi rispetto al regime precedente, e si assiste, perciò, ad un allargamento della portata dell'eccezione alla regola posta dall'art. 51 legge fallimentare⁸³.

Avremo occasione di soffermarci più avanti sulla questione (più volte sollevata anche davanti ai giudici di legittimità) della natura e dell'effettiva opportunità del mantenimento del privilegio, risultando ormai vacillante il permanere delle sue ragioni giustificatrici. Per ora, ci limitiamo ad osservare che, alla luce della nuova disciplina, il ricorso al procedimento esecutivo risulta ammesso, oltre che per le operazioni di finanziamento fondiario precedentemente definite, anche per le operazioni di credito alle opere pubbliche⁸⁴ purché garantite da ipoteca su beni immobili in forza del rinvio operato dal 4° comma dell'art. 42 T.U.B.⁸⁵ ed alle operazioni di credito agrario⁸⁶ se assistite, anche in questo caso, da garanzia

⁸¹SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 981; ID., *Espropriazione per crediti speciali e fallimento*, cit., p. 648.

⁸²BOZZA, *La perpetuazione dei privilegi degli istituti di credito fondiario*, cit., p. 788.

⁸³SALETTI, *Espropriazione per crediti speciali e fallimento*, cit., p. 649.

⁸⁴Definite dall'art. 42 T.U.B. come segue: "Il credito alle opere pubbliche ha per oggetto la concessione, da parte di banche, a favore di soggetti pubblici o privati, di finanziamenti destinati alla realizzazione di opere pubbliche o di impianti di pubblica utilità". Quando la concessione del finanziamento avviene a favore di soggetti privati, il requisito di opera pubblica o di pubblica utilità deve risultare da leggi o provvedimenti della pubblica amministrazione.

⁸⁵Per il quale "Quando i finanziamenti siano garantiti da ipoteca su immobili, si applica la disciplina prevista dalla presente sezione per le operazioni di credito fondiario".

⁸⁶Definite dall'art. 43, 1° comma T.U.B. come segue: "Il credito agrario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti destinati alle attività agricole e zootecniche nonché a quelle a esse connesse o collaterali".

ipotecaria su immobili, sulla base di un analogo rinvio operato dal comma 5° dell'articolo 44 T.U.B.⁸⁷.

Dunque, emerge una nuova disciplina, non più specifica per il solo credito fondiario originariamente inteso: quando si parla oggi di credito fondiario si fa riferimento ad una più vasta tipologia di operazioni garantite da ipoteca. Il nuovo T.U.B. ha scelto la diversa strada della predisposizione di una disciplina di carattere generale applicabile, non in funzione del tipo di credito speciale considerato, ma in funzione del tipo di garanzia che lo assiste⁸⁸.

Il quadro di applicabilità delle nuove norme è ulteriormente mutato a seguito delle modifiche apportate al Testo Unico dal d. lgs. 4 agosto 1999 n. 342⁸⁹, a seguito del quale la disciplina risulta applicabile anche al credito peschereccio (in precedenza sottratto al regime delle speciali forme esecutive), quando anch'esso sia garantito da ipoteca su immobili, come risulta dal novellato testo dell'art. 44, comma 5°⁹⁰.

Non solo: l'art. 58 T.U.B. nel disciplinare la cessione a banche di aziende, rami d'azienda e rapporti giuridici in blocco, sancisce al comma 3 che “Restano altresì applicabili le discipline speciali, anche di carattere processuale, previste per i crediti ceduti”. Questa previsione denota allora una ulteriore evoluzione della speciale tutela esecutiva prevista per i crediti fondiari ed equiparati visti in precedenza, in quanto essa può essere utilizzata anche dal cessionario degli stessi quando siano integrati i presupposti previsti dall'articolo richiamato; poiché l'ultimo comma dispone che “Si applicano anche alle cessioni in favore di soggetti, diversi dalle banche, inclusi nell'ambito di vigilanza consolidata ai sensi dell'art. 65 e in favore degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale previsto dall'art. 107”, tale esecuzione sarà

⁸⁷Come modificato dall'art. 1 d.l. 4 gennaio 1994, n. 1 convertito in l. 17 febbraio 1994, n. 135 che allora prevedeva: “Ove i finanziamenti di credito agrario siano garantiti da ipoteca su immobili, si applica la disciplina prevista dalla sezione I del presente capo per le operazioni di credito fondiario”.

⁸⁸In questo senso: COSTA, *Le operazioni di credito speciale nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 313.

⁸⁹Publicato in G.U., 5.3.1999, n. 53, Suppl. ord. 45/2.

⁹⁰Art. 44 co. 5° che recita oggi: “Ove i finanziamenti di credito agrario e di credito peschereccio siano garantiti da ipoteca su immobili, si applica la disciplina prevista dalla Sezione I del presente capo per le operazioni di credito fondiario”.

possibile, non solo a favore di banche nell'esercizio della normale attività di credito, ma anche a favore di soggetti che banche non sono, qualora questi si rendano cessionari di crediti ascrivibili a quelli rientranti nell'alveo di applicazione della speciale disciplina esecutiva in oggetto. Emerge, così, in modo rilevante il particolare *favor* del legislatore in merito all'esecuzione che ci occupa, la quale da procedura soggettivamente riservata e qualificata, è divenuta oggi uno strumento generalizzato di tutela oggettivamente connesso a finanziamenti che abbiano almeno originariamente fatto capo ad una banca, indipendentemente dal titolare attuale e dalle qualità soggettive del creditore che agisca esecutivamente per il recupero del credito⁹¹.

5. (segue). Il regime precedente e le peculiarità dell'attuale disciplina

Come anticipato in precedenza, l'art. 41 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) ha compiuto una riscrittura integrale del procedimento espropriativo per crediti fondiari sostituendo le disposizioni processuali contenute nei Titoli VII e VIII del Testo Unico approvato con R.D. 646/1905⁹².

Preliminarmente, va ricordato l'art. 161 comma 6 che nel regolare il regime transitorio per il passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina del processo esecutivo, dispone che: "I contratti già conclusi e i procedimenti esecutivi in corso alla data in vigore del presente decreto legislativo restano regolati dalle norme anteriori". Il doppio riferimento qui operato dalla norma ai contratti e ai procedimenti esecutivi trova la

⁹¹SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, in Riv .Es. Forz., 2000, p. 15; ID., *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, cit., p. 650.

⁹²CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 350.

sua ragion d'essere nella doppia natura, sostanziale e processuale, della nuova normativa sul credito fondiario⁹³. La disciplina anteriore di cui al Testo Unico del 1905 e successive modificazioni ed integrazioni rimane dunque applicabile alle procedure avviate prima del 1° gennaio 1994⁹⁴, mentre le nuove norme troveranno applicazione in relazione ai contratti stipulati, ovvero ai procedimenti esecutivi iniziati a partire da suddetta data, ancorché quest'ultimi relativi ad un contratto di finanziamento di data anteriore⁹⁵.

In proposito, si è posto un dubbio interpretativo circa la possibilità di stabilire quando la procedura esecutiva debba ritenersi avviata ai sensi della suddetta norma: se al momento della notifica del precetto⁹⁶, ovvero a quello della notifica del pignoramento, o se ancora invece a quello della sua trascrizione⁹⁷. Per alcuni, la prima soluzione appare preferibile in quanto la disciplina speciale si estende anche a questa prima fase⁹⁸, per altri invece il legislatore avrebbe inteso fare riferimento ai procedimenti per i quali sia già avvenuto il pignoramento⁹⁹.

Tornando alla riforma, il legislatore in questa opera di ricodificazione dello speciale procedimento esecutivo riservato al credito fondiario, ha in parte mantenuto e riprodotto la previgente disciplina di favore. Prima, però, di esaminare nel dettaglio la disciplina pare opportuno richiamare a grandi linee le ragioni di tale, anche se solo parziale, mantenimento.

Il legislatore del Testo Unico si è trovato a dover contemperare due esigenze

⁹³BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 7.

⁹⁴Data di entrata in vigore del d.lgs. 385/1993.

⁹⁵Cass. 20 febbraio 2007, n. 3983, in *Guida al Diritto*, 2007, 14, 49, specifica che per l'applicabilità della disciplina precedente è sufficiente la ricorrenza di una delle due evenienze.

⁹⁶COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 565.

⁹⁷BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 7.

⁹⁸COSTA, *ult. op. loc. cit.*

⁹⁹Cfr. SEPE, sub. art. 41, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 322 e ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, in *Studi in onore di L. Montesano*, Padova, 1997, II, p. 880 che fanno riferimento in particolare alla fase della notifica del pignoramento, che sarebbe già di per sé atta a produrre molteplici effetti tra i quali il deposito del pignoramento nella cancelleria del tribunale per mezzo dell'ufficiale giudiziario, con conseguente formazione del fascicolo e nomina del g.e.

contrastanti: da un lato, come si è visto, l'opera stessa di codificazione del 1993 muoveva dalla necessità di operare una tendenziale restituzione della materia al diritto comune in considerazione delle evoluzioni del sistema bancario e della despecializzazione dei vecchi istituti di credito¹⁰⁰; dall'altro, si voleva comunque mantenere in capo alle operazioni di credito fondiario una disciplina di favore, vista la loro particolare rilevanza sociale, anche se - come efficacemente osservato - “nella più moderna e coerente visione della protezione delle operazioni e non più dei soggetti”¹⁰¹.

Da una ventina di articoli del T.U. del 1905 si è così passati ai quattro commi¹⁰² dell'art. 41 e si è proceduto all'abrogazione espressa di tutte le altre disposizioni processuali contenute nella vecchia disciplina (cfr. art. 161 comma 1¹⁰³): si tratta sia di norme di scarsa o pressoché nulla applicazione nella pratica, sia di norme che, essendo formulate esclusivamente in funzione della originaria natura pubblica degli istituti fondiari o strettamente legate al vecchio codice di procedura civile del 1865, risultavano già sostanzialmente superate per incompatibilità con la successiva disciplina¹⁰⁴.

Se dunque una serie di regole speciali presenti nella disciplina previgente sono state confermate, numerose altre disposizioni di favore non sono state riprodotte¹⁰⁵.

¹⁰⁰Per un approfondimento si vedano i paragrafi precedenti e in particolare par. 2.

¹⁰¹Si richiama l'espressione di COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 563.

¹⁰²L'art. 41 T.U. 385/1993 conta testualmente sei commi; si considerano in questa sede solo quelli attinenti alla disciplina del processo esecutivo, avendo già avuto modo di considerare il 6° comma riservato alla regolamentazione del regime transitorio, e rinviando l'analisi del comma 2° relativo ai rapporti con il fallimento del debitore ai capitoli successivi, in cui si cercherà di analizzare la specialità della nuova disciplina rispetto al regime ordinario delle procedure concorsuali e di chiarire l'ordine dei rapporti possibilmente configurabili tra esse.

¹⁰³Che testualmente prevede: “Sono o restano abrogati: il regio decreto 16 luglio 1905, n.646 [...]”.

¹⁰⁴SEPE, sub. art. 41, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 318.

¹⁰⁵Tra le disposizioni di rilievo previste nel vigore del T.U. 1905 che risultano oggi abrogate si rinviene quella secondo la quale il pagamento di interessi, rate, compensi e rimborsi non poteva essere ritardata da alcuna opposizione, e che le somme dovute producevano, di pieno diritto, interessi dal giorno della scadenza sino al soddisfo ex art. 38 T.U.; ancora, non sono state riprodotte le disposizioni relative al potere degli istituti di credito fondiario di immettersi nel possesso dell'immobile ipotecario e di percepirne direttamente le rendite di cui all'art. 41, di promuovere la vendita al valore fissato nel

Tra le più rilevanti novità emerge l'abrogazione dell'art. 20 T.U. 1905 e del relativo cd. "principio dell'indifferenza ai fini esecutivi dell'avvenuto trasferimento dell'immobile gravato da ipoteca per mutuo fondiario"¹⁰⁶. Detta norma prevedeva che "I successori a titolo universale o particolare del debitore e gli aventi causa debbono notificare giudizialmente all'istituto come essi sono sottoentrati nel possesso o nel godimento del fondo ipotecato". Essa proseguiva disponendo che, in difetto, "gli atti giudiziari, compresi quelli di rinnovazione di ipoteche, di interruzione della prescrizione di esse, di sequestro, di ingiunzione al pagamento, di immissione dell'istituto in possesso, di subastazione e di aggiudicazione, possono essere diretti contro il debitore iscritto, quando anche il fondo o per morte o per vendita o per qualsiasi altro titolo, anche di godimento temporaneo, sia nel frattempo passato nelle mani di uno o più eredi, ovvero di aventi causa o terzi, con o senza divisione"¹⁰⁷.

In deroga ai principi del c.p.c. (artt. 492, 498, 569 e 603) e alle esigenze del contraddittorio che, anche nella procedura esecutiva esigono la "direzione degli atti contro colui nel cui ambito patrimoniale l'esecuzione stessa è destinata ad incidere"¹⁰⁸, si consentiva all'istituto di credito mutuante di promuovere l'azione esecutiva nei confronti dell'originario debitore, ancorché spogliatosi del bene (dunque contro un soggetto non più titolare, ovvero deceduto, e quindi addirittura contro un soggetto non più esistente¹⁰⁹, qualora gli eredi o gli aventi causa non avessero proceduto a notificare allo stesso istituto il loro subentro¹¹⁰). La norma rivestiva allora

contratto di mutuo di cui all'art. 49, di surrogarsi ad altri creditori nel processo espropriativo ai sensi del vecchio art. 51, nonché quella che consentiva a tali istituti di pretendere l'osservanza di termini processuali più brevi ex art. 52. Cfr. COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 567.

¹⁰⁶Espressione usata da TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 230.

¹⁰⁷SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 989.

¹⁰⁸Così TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. Dir. Proc.* 1978, p. 214.

¹⁰⁹in presenza dell'art. 20 delle due l'una: o non c'era stata alcuna notificazione del trasferimento e allora l'istituto poteva procedere contro il mutuatario, anche se nel frattempo morto; o invece c'era stata notificazione della successione e allora la banca poteva procedere direttamente nei confronti del successore. Per un approfondimento si veda ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 844; CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 350.

¹¹⁰SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 989; SEPE, sub.

duplice valenza: sostanziale, poiché incideva sul regime delle trascrizioni, nonché processuale, in quanto in deroga alle forme previste dagli artt. 602 e ss. c.p.c. consentiva l'espropriazione contro un soggetto che in forza delle regole ordinarie non avrebbe avuto la legittimazione passiva¹¹¹.

Oggi, detta norma è stata abrogata¹¹² e qualora il debitore abbia trasferito a terzi il bene ipotecato è scomparsa la possibilità di instaurare la procedura esecutiva nei confronti del debitore dante causa, al posto dell'acquirente o degli eredi che non abbiano notificato il subentro¹¹³. Riprendendo autorevole opinione, ci si permette di affermare che l'esecuzione prevista dall'art. 41 non presenta più quella che, forse, costituiva la più rilevante e criticabile deroga alle ordinarie regole¹¹⁴, comunemente ritenuta gravemente lesiva del diritto alla difesa dell'effettivo proprietario del bene. È ora dunque applicabile la disciplina ordinaria di cui agli artt. 602 e ss. c.p.c. relativa all'espropriazione contro il terzo proprietario: qualora il terzo si sia accollato il mutuo, si agirà pur sempre nei suoi confronti, anche se non in base alla disciplina speciale, bensì a quella ordinaria essendo esso divenuto debitore della banca a seguito dell'accollo¹¹⁵.

Le restanti disposizioni riprodotte sono state opportunamente aggiornate e modificate in modo da renderle conformi all'attuale sistema processualcivilistico e ai principi costituzionali; in ogni caso, emerge una sostanziale continuità rispetto alla vecchia disciplina che, riprendendo un'efficace espressione, è stata “depurata del

art. 41, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 318.

¹¹¹CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 350 (che si richiama alla posizione di SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 989).

¹¹²Essa continua peraltro ad applicarsi alle procedure espropriative in essere al 1° gennaio 1994, in conformità con la disciplina transitoria dettata dall'art. 161 comma 6. In tal senso, Cass. 15 aprile 1997, n. 3228, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1998, p. 1 con nota di TARDIVO.

¹¹³COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure esecutive e nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 566.

¹¹⁴SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 17. Nel senso che l'art. 20 costituiva una grave deroga alla disciplina ordinaria anche BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 451.

¹¹⁵COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure esecutive e nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 566.

troppo e del vano”¹¹⁶.

Le nuove norme, non più giustificate dal tipo di operazioni collegate alla concessione di finanziamenti né dalla natura degli enti creditizi abilitati¹¹⁷, ma esclusivamente ancorate alla qualificazione oggettiva del finanziamento (a medio e lungo termine, garantito da ipoteca di primo grado su immobili), rappresentano oggi delle semplici eccezioni al processo di esecuzione ordinario, le cui regole troveranno applicazione in via sussidiaria¹¹⁸; per quanto non espressamente previsto dalla disciplina speciale dettata con la nuova legge bancaria, si avrà perciò applicazione della normativa del terzo Libro del codice di rito¹¹⁹.

Non pare allora più corretto parlare di un'esecuzione forzata speciale¹²⁰, ma risulta più opportuno individuare nella nuova disciplina racchiusa nell'art. 41 un'esecuzione di diritto comune che trova applicazione in tutte le ipotesi che si è avuto modo di individuare nel paragrafo precedente, con deroghe, di portata nemmeno troppo rilevante, alla disciplina ordinaria dell'espropriazione immobiliare prevista dal codice di procedura civile¹²¹.

Tali varianti concernono segnatamente: a) la fase iniziale del processo esecutivo; b) il diritto al soddisfacimento anticipato della banca; c) il regime di subentro dell'acquirente dei beni pignorati nel finanziamento erogato dalla banca; d) i rapporti tra azione esecutiva e fallimento¹²².

¹¹⁶Ci si riferisce a ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 842.

¹¹⁷Come si è avuto modo di constatare, non vige più corrispondenza tra le operazioni di raccolta e quelle di impiego, e le operazioni di credito fondiario non sono più riservate ai soli istituti di credito fondiario, ma rientrano nella normale attività di credito svolta dalle banche.

¹¹⁸CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 350.

¹¹⁹BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 104.

¹²⁰BOZZA, *ult. op. cit.*, p. 104 ed *ivi* il rilievo che “il creditore fondiario non dispone più di un processo esecutivo speciale”.

¹²¹ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 842 e SEPE, sub. art. 41, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 319.

¹²²Suddivisione proposta da SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 18.

6. La specialità dell'esecuzione fondiaria rispetto all'espropriazione immobiliare di cui al c.p.c. La fase degli atti prodromici all'esecuzione forzata

Nel rinviare oltre per l'analisi dei rapporti tra esecuzione fondiaria ed esecuzione fallimentare, si vogliono ora analizzare i principali profili derogatori alla disciplina comune dell'espropriazione immobiliare previsti dalla nuova normativa.

Quanto alla fase iniziale del processo esecutivo, l'art. 41, comma 1¹²³, confermando il disposto dell'art. 43, 1° comma T.U. 1905, esonera la banca dall'obbligo di notifica del titolo contrattuale esecutivo¹²⁴ in deroga all'art. 479, 1° comma c.p.c.

Lo specifico riferimento operato dalla norma alla natura "contrattuale" del titolo importa la necessità della notificazione del titolo esecutivo qualora questo abbia invece natura giudiziale, come per esempio un decreto ingiuntivo o una sentenza di condanna; è opinione comunemente condivisa che per il resto la procedura espropriativa rimane in quest'ultimo caso identica a quella dettata dall'art. 41 per l'esecuzione iniziata su un titolo contrattuale¹²⁵.

Recente dottrina, seppur minoritaria, è stata invece indotta a ritenere che ove la banca agisca in forza di un titolo esecutivo giudiziale, non solo non trova applicazione l'agevolazione di cui si discute, ma l'intera procedura esecutiva sarebbe retta dalla normativa ordinaria, senza possibilità di applicare quella dell'art. 41 che presupporrebbe, appunto, un procedimento fondato su un titolo esecutivo contrattuale¹²⁶; questa interpretazione lascia notevolmente perplessi in quanto, da

¹²³Che così dispone: "Nel procedimento di espropriazione relativo a crediti fondiari è escluso l'obbligo della notificazione del titolo contrattuale esecutivo".

¹²⁴Titolo esecutivo contrattuale costituito dal contratto recante l'operazione di finanziamento rateale a medio e lungo termine. (CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 354).

¹²⁵Cfr. CROCI, *op. ult. loc. cit.*; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 106; nello stesso senso SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 18.

¹²⁶PIGA, *La risoluzione per inadempimento e il ritardo nell'adempimento delle operazioni di credito fondiario*, in *Giust. Civ.*, 1996, p. 54.

una norma che esonera il compimento di una certa attività al fine di agevolare la banca (evitando i costi e le lungaggini connesse al rilascio della copia esecutiva da parte del notaio rogante), si vorrebbe far derivare una limitazione, evidentemente pregiudizievole, alla facoltà di questa di avvalersi delle norme speciali poste nel suo interesse ad un pronto recupero del credito¹²⁷.

Opportunamente ammesso, dunque, che ci si possa valere delle disposizioni dell'art. 41 - escluso il 1° comma, riservato come si è visto esclusivamente al titolo contrattuale - quando si agisca in forza di qualsivoglia tipo di titolo esecutivo (contrattuale, ma altresì giudiziale), si discute se l'esenzione suddetta concerna la notificazione del titolo *tout court* (peraltro già in possesso dell'esecutato se coincidente con il debitore¹²⁸), o se al contrario, la banca debba notificare il titolo contrattuale ma non in forma esecutiva¹²⁹.

Parte della dottrina risulta orientata in quest'ultimo senso, ritenendo che la norma non escluda la notifica del titolo contrattuale insieme al precetto, ma consenta alla banca solo di evitare di notificare il contratto in forma esecutiva, poiché ciò che non sarebbe richiesto dalla *littera legis* sarebbe solamente la veste esecutiva del titolo contrattuale¹³⁰. Aderendo a tale interpretazione, l'agevolazione per la banca sarebbe dunque rappresentata esclusivamente dall'evitare i costi e le lungaggini connesse al rilascio di copia esecutiva da parte del notaio rogante¹³¹.

¹²⁷In questo senso: SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 18; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, p. 107.

¹²⁸POMPONIO, in *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, (a cura di) Cendon, Milano, 2006, II, p. 1190.

¹²⁹SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 18.

¹³⁰Per quanto riguarda la giurisprudenza nel senso che ciò che è escluso non è l'obbligo di notificare il contratto insieme al precetto, si legga la singolare Cass. 25 agosto 2006, n. 18513 secondo cui le disposizioni sul credito fondiario escluderebbero un obbligo di notifica del precetto; e si veda pure Cass. 17 marzo 2009, n. 6426, secondo cui anche nel caso di esecuzione per credito fondiario il precetto deve comunque contenere indicazione del titolo esecutivo da cui il credito è assistito (FALCONE, sub. art. 41 in *Testo Unico bancario. Commentario*, (a cura di) Porzio, Belli, Losappio, Rispoli, Farina, Santoro, cit., p. 413).

¹³¹SEPE, sub. art. 41, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 319; conforme BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 105 che, riprendendo ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 846, ritiene tale

Altra parte della dottrina ritiene invece preferibile la prima soluzione prospettata (per cui l'esenzione sarebbe riferibile al titolo contrattuale); si ritiene che la norma sia molto chiara nell'escludere la notificazione del "titolo contrattuale esecutivo" e non soltanto del titolo in forma esecutiva; si invoca a sostegno di detta tesi anche una giustificazione di ordine storico, dal momento che tale soluzione veniva pacificamente accolta nel vigore delle precedenti legislazioni. L'obiezione proposta da un autorevole esponente del primo filone, secondo cui "non si spiegherebbe perché il legislatore abbia aggiunto il termine esecutivo nella formulazione della norma quando sarebbe bastato dire che è escluso l'obbligo della notificazione del contratto¹³²", viene superata in quanto tale affermazione non terrebbe conto del fatto che di regola la notificazione del titolo esecutivo deve precedere all'espropriazione e dunque la precisazione legislativa costituirebbe un preciso riferimento al regime di tale processo¹³³.

Anche il primo indirizzo ritiene comunque opportuno sotto il profilo operativo che la banca notifichi il titolo contrattuale e che, qualora non sia del tutto pacifico che il credito abbia natura fondiaria, lo notifichi in forma esecutiva onde evitare opposizione al precetto¹³⁴.

Nel nuovo art. 41 nulla è previsto circa la notificazione del precetto: non è stato riprodotto il disposto dei successivi commi dell'art. 43 T.U. 1905 laddove, in deroga alla disciplina ordinaria, si stabiliva che il precetto fosse notificato al domicilio eletto nel contratto di mutuo. La notifica dell'atto di precetto, non esclusa dalla attuale formulazione dell'art. 41 e dunque tuttora necessaria, dovrà pertanto avvenire

interpretazione preferibile a quella che ritiene l'esenzione estesa anche alla notifica del contratto per il fatto che il debitore finanziato ha già una copia dello stesso.

¹³²Si fa riferimento a BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 105.

¹³³SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 19.

¹³⁴BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 106 si richiama in tal senso ad ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 847 che afferma: "riesce infatti evidente che ove la banca ritenga erroneamente trattarsi di credito fondiario e provveda direttamente alla intimazione del precetto, avverso il precetto è proponibile un'opposizione in cui si lamenti l'omessa notificazione del titolo esecutivo stesso".

secondo la regola generale dell'art. 480 ultimo comma c.p.c.: alla parte, personalmente¹³⁵.

Nonostante la mancata reiterazione dell'art. 43, 2° comma T.U. 1905 si ritiene comunque tutt'oggi possibile la notificazione del precetto al domicilio contrattualmente eletto in applicazione degli artt. 47 c.c.¹³⁶ e 141 c.p.c. (quest'ultimo richiamato indirettamente dall'art. 480 ultimo comma c.p.c. che per le forme di notifica al debitore rimanda agli artt. 137 e ss. c.p.c.¹³⁷)¹³⁸: a tale scopo, però, la clausola contrattuale dovrà integrare presupposti maggiormente rigorosi rispetto a quelli originariamente previsti (dall'art. 43, 2° comma T.U. 1905) e in particolare essa non potrà esaurirsi nella sola individuazione del luogo del domicilio, ma dovrà contenere anche l'indicazione del domiciliatario, inteso quale persona fisica titolare di quel luogo, o di un determinato ufficio¹³⁹. Inoltre, stante l'espresso divieto contenuto al 4° comma, l'elezione non sarebbe consentita presso la sede o una filiale della banca mutuante nei casi di identità tra domiciliatario e il soggetto richiedente la notifica¹⁴⁰.

Ancora si osservi che, mentre in precedenza la giurisprudenza era ferma nel ritenere che l'art. 43 T.U. 1905 fosse norma inderogabile e di diritto pubblico¹⁴¹, oggi anche laddove vi sia elezione convenzionale di domicilio, questa non comporta che la notificazione del precetto debba avvenire necessariamente al domicilio eletto, in quanto l'art. 141 co. 2 c.p.c.¹⁴² rende obbligatoria la notificazione in tale luogo solo

¹³⁵ Cfr. CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 354; SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 991.

¹³⁶ Art. 47 c.c.: "Si può eleggere domicilio speciale per determinati affari".

¹³⁷ Cfr. ad es. Cass. 16 novembre 1989, n. 4882 e Cass. 10 gennaio 1975, n. 101 (SALETTI, *ult. op. loc. cit.*).

¹³⁸ ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 848; SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 991-992; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 112.

¹³⁹ SALETTI, *ult. op. loc. cit.*, e ID., *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 19.

¹⁴⁰ CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 354.

¹⁴¹ Cfr. Cass. 28 luglio 1991, n. 7982 in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1992, p. 505 con osservazioni di TARDIVO (ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 848, nota 38).

¹⁴² Art. 141, 2° co. c.p.c.: "Quando l'elezione di domicilio è stata inserita in un contratto, la notificazione

quando espressamente ed esclusivamente prevista¹⁴³.

Infine, a seguito dell'abrogazione dell'art. 49 T.U. 1905 ("Le opposizioni a precetto, in qualunque tempo proposte, non sospendono il corso del giudizio, salvo che l'autorità giudiziaria ne ordini la sospensione") oggi, avverso il precetto del creditore fondiario, può essere proposta opposizione a norma dell'art. 615 c.p.c. con possibilità di piena applicazione degli artt. 623 e 624 c.p.c. in ordine alla sospensione dell'esecuzione anche al credito fondiario¹⁴⁴.

7. (segue). Il soddisfacimento anticipato a favore dell'istituto fondiario

Oltre alla previsione sull'esenzione dalla notifica del titolo contrattuale esecutivo analizzata nel paragrafo precedente, l'art. 41 d.lgs. 385/1993 deroga alla disciplina generale dell'espropriazione immobiliare con riguardo ad altri due profili: si agevola, da un lato, il soddisfacimento anticipato della banca rispetto agli ordinari modi e tempi del riparto; si favorisce, dall'altro, il mantenimento del contratto di finanziamento stipulato dal debitore esecutato¹⁴⁵.

Quanto al primo profilo, sono il 3° e il 4° comma dell'art. 41 a venire in considerazione: il primo prevede che "Il custode dei beni pignorati, l'amministratore giudiziario ed il curatore (in caso di fallimento del debitore¹⁴⁶), versino alla banca le rendite degli immobili ipotecati, dedotte le spese di amministrazione (comprese quelle dirette ad assicurare e mantenere la capacità produttiva e redditizia dei beni

presso il domiciliatario è obbligatoria, se così è stato espressamente dichiarato".

¹⁴³SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 20.

¹⁴⁴POMPONIO, in *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, cit., p. 1190; ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 849–850.

¹⁴⁵SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 992.

¹⁴⁶Sui problemi relativi alla custodia, rinviamo all'analisi che sarà svolta nel capitolo successivo.

amministrati¹⁴⁷) ed i tributi, sino a soddisfacimento del credito vantato”¹⁴⁸. La disposizione costituisce un aggiornamento, con alcune modifiche, degli artt. 42, co. 1 e 48 co. 2, T.U. 1905: si conferma la deroga rispetto alla disciplina codicistica, secondo la quale il custode e l'amministratore giudiziario amministrano le rendite, sotto la sorveglianza del giudice dell'esecuzione, e provvedono al deposito delle stesse in cancelleria insieme ai rendiconti di gestione periodici; è dunque solo il giudice, e nella sola ipotesi di amministrazione giudiziaria, che ai sensi dell'art. 594 c.p.c. può disporre la distribuzione anticipata delle rendite a tutti i creditori¹⁴⁹.

Il versamento diretto delle rendite alla banca sembra per taluno possibile solo a seguito della presentazione del conto parziale e della sua approvazione da parte del giudice, in conformità al disposto degli artt. 560, comma 1 e 593 c.p.c.¹⁵⁰; al contrario, per molti altri, tale pagamento costituisce un obbligo immediatamente ed automaticamente operante, in quanto derivante direttamente dalla legge: esso prescinderebbe da una specifica istanza di pagamento da parte della banca, nonché dal previo deposito ed approvazione del rendiconto. Perciò, il custode e l'amministratore sarebbero tenuti sin dalla maturazione dei primi proventi al relativo versamento (salva la ritenzione di quanto occorre per i costi di amministrazione ed i tributi)¹⁵¹.

Pur in assenza di una chiara normativa che sancisca la natura di tale attribuzione, è attualmente opinione unanime che i versamenti delle rendite in favore del credito

¹⁴⁷Cfr. Cass. 19 maggio 1941 n. 1504 ripresa da ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 853; in tal senso anche SALETTI, *Questioni attinenti alla custodia dell'immobile pignorato*, in *Giur. it.*, 1989, c. 140.

¹⁴⁸SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, p. 995.

¹⁴⁹Cfr. CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 355 e BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 113.

¹⁵⁰Si fa riferimento al SEPE, sub. art. 41, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 321.

¹⁵¹Si vedano in particolare: SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, p. 995, nota 49 e ID., *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 20. Conforme anche BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 113 e 116 e ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 853.

fondario¹⁵² non assumano carattere definitivo¹⁵³. Al contrario, essi dovrebbero considerarsi suscettibili di un'imputazione meramente provvisoria, che dovrà essere confermata in sede di riparto finale (in cui viene verificata la correttezza delle attribuzioni e delle ritenute), ed eventualmente restituita in tutto o in parte, se superiore alle somme di cui la banca risulterà titolare in quella sede¹⁵⁴. A sostegno di tale posizione, si è prospettata una giustificazione che fa leva sul tenore letterale della legge: laddove quest'ultima discorre di crediti "vantati" dalla banca, alluderebbe a crediti la cui esistenza è solo affermata unilateralmente dalla banca, senza essere ancora stata verificata in sede esecutiva¹⁵⁵. Non sarebbe dunque in alcun modo prospettabile un'attribuzione definitiva rispetto ad un credito che non si sa ancora se, e in quale misura, esista¹⁵⁶.

Da ciò discende che in caso di estinzione della procedura espropriativa prima del riparto, il debitore avrà diritto di chiedere alla banca la restituzione delle rendite percepite, anche se solo nella misura in cui esse superino il suo debito (operando per

¹⁵²Nonché quelli effettuati dagli aggiudicatari, che si vedranno in seguito.

¹⁵³Il tema aveva dato adito a qualche dubbio nel vigore della precedente normativa in quanto gli artt. 42 e 48 T.U. 1905, rispettivamente dedicati al curatore e al sequestratario, avevano un tenore difforme tra loro, prevedendo espressamente per il primo l'obbligo di restituzione, ove del caso, mentre per il secondo pur confermando l'onere di versare le rendite, non si disponeva nulla sulla restituzione; a tal proposito la giurisprudenza aveva ritenuto esistere una diversità di regime tra le due situazioni affermando che il pagamento effettuato dal sequestratario ai sensi dell'art. 48 avrebbe natura definitiva ed effetto liberatorio, mentre sulla scorta del diverso tenore letterale dell'art. 42 il pagamento effettuato dal curatore configurerebbe una mera anticipazione delle somme spettanti all'esito del giudizio di graduazione, senza effetto liberatorio (cfr. Cass. 9 aprile 1998 n. 2801 richiamata da SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 21 e BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 114).

¹⁵⁴in tal senso POMPONIO, in *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, p. 1192, CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 356 che riprende SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 995; SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 20; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 113 e ss.

¹⁵⁵Cfr. SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 997.

¹⁵⁶Si fa riferimento a SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 20-21, e in senso conforme anche a BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 115 nonché ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 879.

il resto il meccanismo dell'automatica imputazione al pagamento del dovuto)¹⁵⁷.

Si afferma essere in presenza di un “sistema estremamente duttile e funzionale¹⁵⁸” in base al quale la banca avrà diritto ad ottenere dal custode il pagamento delle somme; il custode sarà tenuto a provvedere direttamente, senza necessità di un previo rendiconto, e la sua eventuale omissione ne potrà giustificare la sostituzione a norma degli artt. 559 comma 2 , 66 e 592 comma 2 c.p.c.¹⁵⁹; le attribuzioni così operate nell'ambito dell'esecuzione fondiaria avranno carattere meramente provvisorio, sì da non pregiudicare né il debitore, né gli altri creditori concorrenti, ove eventualmente fossero percepite somme non dovute¹⁶⁰.

Volendo procedere nella disamina dei profili derogatori che favoriscono il soddisfacimento anticipato della banca, il 4° comma dell'art. 41 riproduce invece l'art. 55 T.U. 1905 stabilendo che il giudice dell'esecuzione, con il provvedimento che dispone la vendita stabilisce, indicando il termine, che l'aggiudicatario o l'assegnatario che non intendano valersi delle facoltà di subentro nel contratto di finanziamento previste nel comma 5, versino direttamente alla banca la parte del prezzo corrispondente al complessivo credito della stessa, con applicazione dell'art. 587 c.p.c. per il caso di inadempienza (ovvero quando manchi il pagamento entro il termine previsto).

La disposizione, formulata in termini tassativi, impone al giudice l'obbligo di indicare espressamente nel provvedimento¹⁶¹ l'ordine di pagamento diretto alla banca per la

¹⁵⁷V. CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 356 e SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 997, nota 52.

¹⁵⁸Cfr. SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 21.

¹⁵⁹Nella medesima prospettiva BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p.116 e ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 853.

¹⁶⁰V. ancora una volta SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 21.

¹⁶¹Ovvero: nell'ordinanza autorizzativa di vendita con incanto di cui all'art. 576 c.p.c., nel decreto di vendita di cui all'art. 574 c.p.c. nel caso di procedura senza incanto e nel provvedimento di cui all'art. 590, comma 2° c.p.c. per l'ipotesi di assegnazione-vendita (cfr. CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 356).

parte di prezzo di sua competenza, anche a prescindere da un'esplicita di istanza da parte dell'istituto in tal senso¹⁶²; il g.e., ogni qualvolta riscontri trattarsi di credito fondiario, è quindi tenuto d'ufficio ad applicare l'art. 41 co. 4¹⁶³.

Passando ad analizzare il contenuto del provvedimento, la norma impone la fissazione di un termine entro cui deve essere eseguito il suddetto pagamento, ma il legislatore non si è preoccupato in questa sede di stabilirne espressamente la durata minima e massima¹⁶⁴.

Cercando di ricostruire le svariate posizioni assunte al riguardo, si potrebbe innanzitutto affermare che il *dies a quo* del termine per il pagamento deve decorrere dal momento in cui l'aggiudicazione sia divenuta definitiva, con lo spirare dei dieci giorni per la proposizione delle offerte in aumento del sesto¹⁶⁵.

Inoltre, poiché il versamento diretto è alternativo alla scelta di subentro nel contratto di finanziamento già stipulato dal debitore prevista dal successivo comma 5°, il termine minimo andrebbe coordinato con quello di 15 giorni concesso all'aggiudicatario o all'assegnatario per esercitare l'opzione appena menzionata; il termine minimo non potrebbe essere dunque inferiore a 15 giorni dall'aggiudicazione definitiva¹⁶⁶.

Quanto alla durata massima, si è suggerita l'opportunità per il giudice di fissare due termini: uno per il pagamento all'istituto nei limiti dell'importo del suo credito, e un altro successivo per il saldo alla procedura dell'eventuale differenza, pari all'eventuale maggior valore dell'aggiudicazione. Autorevole dottrina ha invece sostenuto che per il

¹⁶²La questione si rivela più teorica che pratica, perché verosimilmente l'istanza di fatto sarà sempre formulata (cfr. ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 854).

¹⁶³In questo senso, BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 117; SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 22; ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 854.

¹⁶⁴CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 357.

¹⁶⁵Sulla base di una semplice constatazione di ragionevolezza che eviterebbe di imporre pagamenti che potrebbero in seguito rivelarsi ingiustificati con conseguenti obblighi restitutori a carico della banca (cfr. BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 119-120; ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 855 e 862).

¹⁶⁶E dunque venticinque in realtà, considerando i dieci giorni necessari per la definitività del provvedimento sommati ai quindici giorni concessi per il subentro.

versamento della suddetta differenza varrebbe lo stesso termine: non risulterebbe opportuno dividere in due fasi il pagamento del prezzo, atteso anche che la legge non accenna a simile possibilità¹⁶⁷.

Quanto, infine, al termine finale massimo, esso può essere sicuramente quello previsto dal n. 7, art. 576 c.p.c. (non superiore a sessanta giorni dall'aggiudicazione definitiva) ed esso, sebbene non dichiarato tale dalla norma, è sicuramente perentorio, come si evince, attraverso lo specifico richiamo operato dal 4° comma, art. 41 all'art. 587 c.p.c., dalla sanzione della decadenza¹⁶⁸ dall'aggiudicazione o dall'assegnazione comminata nel caso in cui venga a mancare il tempestivo versamento diretto alla banca¹⁶⁹.

I destinatari del provvedimento devono inoltre essere posti in condizione di conoscere il complessivo credito della banca, comprensivo di capitale, interessi e spese, che andrà pagato direttamente ai sensi dell'art. 41 co. 4. Opportunamente, dunque, il giudice dovrebbe fissare altresì un breve termine entro il quale la banca deve depositare nella cancelleria del tribunale un prospetto contabile, che sarà inserito nel fascicolo dell'esecuzione, contenente la riepilogazione del suo credito e che indichi, in detrazione, gli eventuali versamenti delle rendite fatti dal custode^{170 171}. La determinazione del credito sarebbe così rimessa all'istituto senza alcun controllo giudiziale¹⁷²; partendo dalla medesima premessa, per la quale l'importo del credito verrebbe in questa fase unilateralmente (ma provvisoriamente) stabilito dalla banca, parte dalla dottrina ha, poco condivisibilmente, aggiunto che il termine per il

¹⁶⁷BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 120.

¹⁶⁸Si noti che, mentre il mancato versamento del prezzo alla banca nel termine comporta decadenza, il mancato versamento alla banca entro 15 giorni dall'aggiudicazione delle rate scadute, accessori e spese, non è sanzionato con decadenza. (cfr., ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 863).

¹⁶⁹CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 357.

¹⁷⁰Sulle attribuzioni anticipate, si veda par. 7, p. 37 ss.

¹⁷¹CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 358 che richiama ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 854 e 856.

¹⁷²Differito alla fase di distribuzione.

pagamento andrebbe fatto decorrere dalla comunicazione di detto prospetto contabile da parte dell'istituto, in modo da non gravare l'aggiudicatario del rischio di ritardi nella quantificazione delle somme oggetto di versamento diretto¹⁷³. Secondo una diversa interpretazione, invece, il giudice dovrebbe provvedere egli stesso alla determinazione del credito della banca, stabilendo fino a concorrenza di quale somma il prezzo vada versato direttamente a questa¹⁷⁴. Simile interpretazione non convince: non solo manca ogni sostegno normativo per l'esercizio di simile potere da parte del giudice, ma esso non pare compreso tra i poteri lui assegnati in sede di fissazione della vendita o di assegnazione, rimanendo la determinazione del credito riservata alla fase della distribuzione¹⁷⁵.

La nuova norma dell'art. 41 co. 4 non reitera la previsione dell'art. 55, 2° comma T.U. 1905, secondo la quale il pagamento effettuato alla banca ha carattere provvisorio, in funzione della successiva ripartizione: ciò prospetta il dubbio se si tratti di attribuzione definitiva ovvero provvisoria¹⁷⁶. Rimandando al prosieguo dell'indagine la questione della definitività o meno del versamento del prezzo all'istituto fondiario, nel caso di normale esecuzione individuale e nell'ipotesi in cui il debitore sia fallito (chiarendo allora la necessità di un coordinamento con il riparto concorsuale), si ritiene che la predeterminazione legislativa del contenuto dei provvedimenti di vendita e assegnazione imposta dall'art. 41, comma 4°, comporti una duplice conseguenza¹⁷⁷. In primo luogo, dal momento che i provvedimenti sopra visti fissano gli obblighi dell'acquirente (l'aggiudicatario o l'assegnatario), costui sarebbe tenuto all'adempimento soltanto di quanto in essi previsto; non potrebbe pertanto effettuare il pagamento diretto alla banca, né essere obbligato a tale adempimento, in difetto di

¹⁷³SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 1000.

¹⁷⁴BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 121-122.

¹⁷⁵Cfr. SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 22; CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 358, nota 40.

¹⁷⁶SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 998.

¹⁷⁷Così, quasi letteralmente BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 117.

specifica previsione in tal senso¹⁷⁸. In secondo luogo, ove il provvedimento del giudice nulla preveda, la banca potrebbe proporre opposizione agli atti esecutivi da esercitarsi entro venti giorni dalla pronuncia o dalla comunicazione ai sensi dell'art. 617 c.p.c.. In alternativa, poiché ex art. 487 c.p.c., i provvedimenti del g.e. che risultino illegittimi o inopportuni sono revocabili e modificabili, sia d'ufficio che su istanza di parte, fino a quando non abbiano avuto esecuzione, il giudice di iniziativa propria o su istanza del creditore fondiario sarebbe legittimato ad agire in tal senso adeguando l'ordinanza alle disposizioni di cui all'art. 41¹⁷⁹. In questo ultimo caso rimane ferma la necessità che la nuova ordinanza sia tempestivamente comunicata¹⁸⁰.

Sembra utile ricordare che, per converso, anche i creditori intervenuti e il debitore sono legittimati a proporre opposizione agli atti esecutivi avverso l'ordinanza che applichi il detto art. 41, allorquando sostengano che non ne ricorrono le condizioni¹⁸¹. In definitiva, il contenuto aggiuntivo di un provvedimento di vendita nell'esecuzione fondiaria rispetto a un'ordinaria espropriazione potrebbe essere costruito con la previsione dei seguenti elementi: la previsione dell'alternativa per l'aggiudicatario di subentrare nel contratto di finanziamento, ovvero di versare direttamente alla banca il prezzo; la fissazione di un termine entro cui l'aggiudicatario deve effettuare la scelta, con la conseguenza che, in mancanza di comunicazione, deve intendersi operata la scelta per il pagamento del prezzo; la fissazione di un ulteriore termine entro il quale l'aggiudicatario che non abbia optato per il subentro deve provvedere a soddisfare la banca, ovvero di quello entro cui effettuare il deposito della differenza con l'eventuale maggior prezzo di aggiudicazione, in ogni caso non inferiore a quello previsto per il pagamento di cui al co. 5 art. 41 (15 gg dall'aggiudicazione definitiva o 25 gg da quella

¹⁷⁸Nella stessa prospettiva anche SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 998.

¹⁷⁹Cfr. CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 357 in richiamo di SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 998, ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 858, e BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 118.

¹⁸⁰ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 858.

¹⁸¹ORIANI, *ult. op. cit.*, p. 856-857.

provvisoria) e non superiore a 60 giorni ¹⁸².

8. (segue). Il regime del subentro nel contratto di finanziamento

Come anticipato nel paragrafo precedente, al fine di favorire il mantenimento del contratto di finanziamento stipulato dal debitore esecutato, il legislatore al comma 5° dell'art. 41 ha sancito che “L’aggiudicatario o l’assegnatario possono subentrare, senza autorizzazione del giudice dell’esecuzione, nel contratto di finanziamento stipulato dal debitore espropriato, assumendosi gli obblighi relativi, purché entro quindici giorni dal decreto previsto dall’art. 574 c.p.c., ovvero dalla data dell’aggiudicazione o assegnazione, paghino alla banca le rate scadute, gli accessori e le spese. Nel caso di vendita a più lotti, ciascun aggiudicatario o assegnatario è tenuto a versare proporzionalmente alla banca le rate scadute, gli accessori e le spese”.

Una volta emesso uno dei provvedimenti menzionati in precedenza dunque, all’aggiudicatario si apre la possibilità di pagare il prezzo direttamente alla banca secondo le modalità indicate al 4° comma art. 41, ovvero di subentrare nel contratto di finanziamento già stipulato dal debitore e dunque di accollarsi il finanziamento, ai sensi del suddetto comma 5°, senza la necessità di costituire una nuova ipoteca e prescindere dal consenso del creditore fondiario o da alcuna autorizzazione in tal senso da parte del giudice, purché entro quindici giorni¹⁸³ la banca riceva quanto ad essa dovuto per le rate scadute, gli accessori e le spese¹⁸⁴.

La disposizione riprende il disposto dell’art. 61 dell’abrogato T.U. del 1905 ed integra

¹⁸²Cfr. BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 122.

¹⁸³ da quando il provvedimento sia divenuto definitivo.

¹⁸⁴Cfr. CROCI, *L’espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 361; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 123.

una duplice deroga alla disciplina civilistica di cui all'art. 508 c.p.c.¹⁸⁵ (che consente il subingresso nella posizione debitoria solo previa autorizzazione del giudice dell'esecuzione, e salvo accordo con il creditore¹⁸⁶): a differenza di quanto in quest'ultimo previsto, si prescinde dall'autorizzazione giudiziale e non si richiede alcun accordo con la banca.

Come autorevolmente sostenuto, verrebbe in tal modo a configurarsi un vero e proprio "diritto potestativo" dell'acquirente al subentro, con accollo del debito residuo, previo pagamento tempestivo¹⁸⁷ delle rate scadute e degli accessori¹⁸⁸. Del pari, riuscirebbe configurabile una responsabilità della banca qualora questa non metta l'aggiudicatario in condizione di subentrare nel contratto di finanziamento¹⁸⁹.

La norma odierna si discosta dalle previsioni della precedente solo per l'eliminazione di taluni vincoli¹⁹⁰: il diritto al subentro non risulta più circoscritto ai soli mutui e non si richiede l'esistenza di un determinato rapporto tra prezzo dell'aggiudicazione e capitale residuo del finanziamento, all'evidente fine di favorire l'esercizio della facoltà di subentro, e di rendere la nuova disciplina utilizzabile riguardo ad ogni forma di

¹⁸⁵ Che così recita: "Nel caso di vendita o assegnazione di un bene gravato da pegno o da ipoteca, l'aggiudicatario o assegnatario, con l'autorizzazione del giudice dell'esecuzione, può concordare con il creditore pignoratizio e ipotecario l'assunzione del debito con le garanzie ad esso inerenti liberando il debitore".

¹⁸⁶ SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 993.

¹⁸⁷ Entro quindici giorni, pena la perdita della facoltà di subentro, ma fermo restando chiaramente invece l'obbligo di pagare alla banca a pena di decadenza il complessivo del credito (cfr. ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 863).

¹⁸⁸ Cfr. BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 124; CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 362; ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 863.

¹⁸⁹ ORIANI, *ult. op. loc. cit.*

¹⁹⁰ Il testo dell'art. 61 T.U. 1905 disponeva che: "1. Nel caso di vendita per espropriazione forzata degli stabili ipotecati a garanzia di un mutuo fondiario, il deliberatario potrà profittare del mutuo concesso al debitore espropriato, purché nei 15 giorni da quello in cui sarà definitiva l'aggiudicazione, paghi le semestralità scadute, gli accessori e le spese, e purché il prezzo a cui fu deliberato il fondo sia superiore di due quinti al residuo credito dell'istituto mutuante o paghi la somma necessaria per ridurre il debito garantito sul fondo ai tre quinti del relativo prezzo. 2. Il deliberatario assume gli obblighi del primitivo concessionario. 3. Ove l'acquisitore eserciti questa facoltà dovrà uniformarsi al disposto dell'art. 55, e saranno a lui applicabili le sanzioni di cui in detto articolo".

finanziamento¹⁹¹.

Inoltre, reiterando la previsione dell'art. 62 T.U. 1905, la norma dispone nella sua ultima parte che anche nel caso di vendita in più lotti ciascun aggiudicatario o assegnatario è tenuto, nello stesso termine di quindici giorni, a versare proporzionalmente alla banca le rate scadute, gli accessori e le spese, subentrando *pro quota* nel finanziamento e nell'ipoteca già iscritta¹⁹². A differenza dell'attuale previsione, quella previgente era chiara nel disporre che il subentro era possibile anche se solo uno dei singoli aggiudicatari voleva profittarne. Nonostante il legislatore non sia stato altrettanto limpido, non pare dubbio che anche la nostra disposizione debba essere interpretata nel medesimo senso, proprio alla luce del *favor* che esso mostra verso queste forme di subentro, e che si evidenzia anche nel fatto che oggi, a differenza di prima, si esclude ogni potere discrezionale del finanziatore di incidere sul subentro¹⁹³. Si ritiene, quindi, che il subingresso *pro quota* potrà ancora avvenire anche per alcuni soltanto degli acquirenti dei lotti posti in vendita, non essendo necessario che tutti gli aggiudicatari si avvalgano di tale facoltà¹⁹⁴.

La norma infine esclude, come si diceva, l'autorizzazione del giudice quanto al subentro nel finanziamento; in realtà si è affermato che un controllo del giudice dell'esecuzione, seppur indiretto, continuerebbe a sussistere¹⁹⁵. Infatti, il comma 6° dell'art. 41 prevede che il trasferimento del bene espropriato, al pari del subentro nel contratto di finanziamento, restano subordinati all'emanazione del decreto di trasferimento di cui all'art. 586 c.p.c.; l'emanazione di tale decreto viene, dunque, a porsi come condizione sospensiva e la successione nel contratto di mutuo potrebbe restare impedita, ad esempio, dal fatto che il giudice si avvalga del potere,

¹⁹¹SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 993.

¹⁹²Cfr. CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 367.

¹⁹³In questo senso: SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 994.

¹⁹⁴Cfr. CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 367.

¹⁹⁵SALETTI, *ult. op. loc. cit.*

espressamente previsto dal primo inciso della norma richiamata¹⁹⁶, di sospendere la vendita in quanto ritenga che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto¹⁹⁷. Dunque, fino all'emissione del decreto di trasferimento, il credito della banca non può ritenersi estinto per effetto del pagamento ricevuto e l'eventuale acollo non può dirsi ancora definitivo¹⁹⁸.

Una volta poi che il decreto di trasferimento sia stato emesso - a seguito della constatazione dell'avvenuto pagamento, nel termine di cui al 5° comma dell'art. 41 delle rate scadute e degli accessori - il rapporto dell'acquirente con l'esecuzione può dirsi esaurito; prosegue solo il rapporto con l'istituto mutuante, sicché un'eventuale inadempimento per le rate successive non ha alcuna rilevanza nell'ambito dell'esecuzione, rimanendo solo la banca legittimata a chiedere l'adempimento¹⁹⁹.

¹⁹⁶Che appunto prevede che: "avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell'esecuzione può sospendere la vendita quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, ovvero pronunciare decreto con cui trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato [...]".

¹⁹⁷Nello stesso senso anche CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 368.

¹⁹⁸BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 128.

¹⁹⁹Cfr. BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 125.

CAPITOLO II

INTERFERENZE E RAPPORTI TRA ESECUZIONE PER CREDITO FONDIARIO E PROCEDURE CONCORSUALI. SULLA COESISTENZA DELLE DUE ESECUZIONI NELLA FASE LIQUIDATIVA

SOMMARIO. 1. *Sull'esistenza del privilegio esecutivo a favore del creditore fondiario. Cenni storici e quadro attuale alla luce del difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare* - 2. *I limiti della coesistenza dei due processi esecutivi: problemi derivanti dal rapporto tra legge sul credito fondiario e legge fallimentare* - 3. *Applicazione dell'istituto della litispendenza in caso di coesistenza dell'azione esecutiva per la realizzazione del credito fondiario con l'azione di fallimento; l'inammissibilità della concorrenza delle due procedure* - 4. *La sentenza della Cassazione 30 gennaio 1985, n.582* - 5. *(segue). Perplexità ed osservazioni critiche: il criterio della priorità temporale e del provvedimento che dispone l'anteriorità della vendita* - 6. *(segue). Ulteriori obiezioni di ordine letterale e sostanziale* - 7. *Quadro riassuntivo sulla questione della coesistenza fra le due procedure esecutive ed osservazioni conclusive* - 8. *Il problema delle procedure giunte ad una fase avanzata della liquidazione* - 9. *Rapporti tra esecuzione per credito fondiario e procedure concorsuali minori* - 10. *Profili processuali minori. La custodia del bene ipotecato a garanzia del credito fondiario: nomina e obblighi del custode* - 11. *(segue). La legittimazione passiva nell'ambito del processo esecutivo per credito fondiario in costanza di fallimento*

1. *Sull'esistenza del privilegio esecutivo a favore del creditore fondiario. Cenni storici e quadro attuale alla luce del difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*

L'analisi sin qui svolta ha consentito di individuare e definire i tratti peculiari dell'esecuzione riservata alle banche finanziatrici di mutuo fondiario anche alla luce del nuovo quadro normativo risultante dal d.lgs. 385/1993. Ci si appresta ora ad approfondire il profilo di specialità che caratterizza tale esecuzione rispetto al regime ordinario previsto dalla legge fallimentare per il caso in cui il mutuatario insolvente

rivesta contemporaneamente la posizione di imprenditore decotto nei confronti del quale intervenga sentenza dichiarativa di fallimento; la possibile contemporaneità del fallimento con l'esecuzione singolare sull'immobile oggetto della garanzia fondiaria pone, infatti, una serie di problemi di coordinamento tra le due procedure esecutive, individuale e concorsuale, che già si erano presentati sotto la vecchia disciplina, e che solo in parte hanno trovato una chiara soluzione nella nuova¹.

In questo contesto assume carattere centrale la tematica dei rapporti tra esecuzione individuale per credito fondiario ed esecuzione concorsuale che verrà in questa sede esaminata, in un primo tempo, sotto il difficile e preliminare profilo della coesistenza di due procedure su un medesimo bene nella fase liquidativa.

Tra le disposizioni del nuovo Testo Unico che più da vicino attengono al fallimento vi è quella di cui al secondo comma dell'art. 41 ai sensi del quale: "L'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia dei 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". La prima parte del menzionato articolo ammette in maniera inequivoca la soluzione già riconosciuta dalla dottrina e della giurisprudenza prevalenti nel vigore della precedente disciplina sulla base dell'assai più generale (e generico) disposto di cui all'art. 42 co. 2 R.D. 16 luglio 1905 n. 646 ai sensi del quale "Le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario sono sempre applicabili anche in caso di fallimento del debitore per i beni ipotecati dagli istituti di credito fondiario".

Il privilegio degli istituti di credito fondiario di iniziare o proseguire l'azione esecutiva individuale a carico del debitore moroso, e dunque, di procedere sui beni gravati da ipoteca con la peculiare esecuzione ad essi riservata anche in pendenza di fallimento fu riconosciuto in origine dall'art. 42 co. 2° T.U. 1905, e poi dalla legge fallimentare nel 1942, con la previsione di cui all'art. 51 l. fall., che nel porre il divieto di azioni

¹CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 369.

esecutive individuali sui beni compresi nel fallimento, fa “salve le diverse disposizioni di legge”².

Sia la dottrina maggioritaria, sia la giurisprudenza di legittimità, a partire dalla sentenza 24 febbraio 1958, n. 617³, riconducevano alla riserva “salvo diverse disposizioni di legge” ex art. 51 l. fall., l'ipotesi del creditore fondiario.

La Cassazione infatti non intendeva la “diversa disposizione di legge” in senso rigorosamente formale e, dunque, non riteneva indispensabile una enunciazione esplicita della espropriabilità ad opera del creditore fondiario anche in costanza di fallimento; al contrario, essa ammetteva che la sostanza di una siffatta norma eccezionale fosse rinvenibile anche solo sulla base di una chiara volontà della legge, risultante oltre che dalla *ratio* della norma stessa, anche dall'essenza del sistema e dal complesso delle disposizioni di legge⁴.

Come emerge da una prima lettura degli argomenti a sostegno dell'esistenza del privilegio esecutivo a favore del credito fondiario in costanza di fallimento del debitore, il problema muove fundamentalmente dall'individuazione della sostanza dell'espressione “diverse disposizioni di legge” che l'art. 51 recita facendo salva la possibilità di norme derogatorie al principio in esso stesso affermato.

È chiaro, infatti, come la norma di cui all'art. 42 comma 2° T.U. 1905, più che un'espressa deroga al divieto di esecuzioni individuali, conteneva un rinvio alle

²TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, in *Riv. Es. Forz.*, 2002, p. 554 nota 1; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 142.

³in *Foro it.*, 1958, I, c. 715 e ss.; confermata da Cass. 19 luglio 1959, n. 2231, in *Foro it.*, 1959, I, c. 1853 e ss. Più di recente si vedano Cass. 11 marzo 1987, n. 2532, in *Giur. Comm.*, 1987, p. 543 e ss., richiamata da TARZIA, *Azioni esecutive speciali e fallimento*, in *Riv. Dir. Proc.* 1989 e ID., *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, Padova, 1994, p. 510; Cass. 20 novembre 1982, n. 6254, in *Foro it.*, 1983, I, c. 350; Cass. 10 novembre 1981, n. 5944 in *Rep. Foro it.*, 1982, voce “Fallimento”, p. 241 e ss. richiamate da PADOVINI quali voci di un indirizzo sostanzialmente consolidato, in *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1985, p. 578, nota 7. Si aggiunge Cass. 18 settembre 1992, n. 10965, in *Dir. Fall.*, 1993, p. 337 e ss. in cui si afferma che “Ai sensi dell'art. 42 R.D. 16 luglio 1905, n. 646 il credito fondiario può esercitare la procedura esecutiva contro il debitore fallito”.

⁴SATTA, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, p. 174; nello stesso senso anche BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 430 e 433.

disposizioni sul credito fondiario⁵.

Ciò aveva indotto parte della dottrina a negare agli istituti in questione l'azione esecutiva in pendenza della procedura fallimentare, giusta la mancanza, nella disciplina sul credito fondiario, di una disposizione che prevedesse espressamente detta esecuzione in deroga al principio di cui all'art 51 l. fall.⁶

In particolare, la perseguibilità o l'ammissibilità di un'azione esecutiva fondiaria in costanza di fallimento era stata vivacemente respinta dal Biondi⁷ il quale negava la facoltà, peraltro comunemente riconosciuta agli istituti fondiari, di procedere con l'esecuzione individuale nei confronti del debitore fallito al di fuori della procedura concorsuale. Egli escludeva l'esistenza di una disposizione che "autorizzi il credito fondiario ad avvalersi della esecuzione individuale in costanza di fallimento del debitore". Al tempo stesso rifiutava l'idea che il legislatore avesse inteso derogare al principio della esecuzione concorsuale con la norma di cui all'art 42 del T.U.^{8,9}

Del medesimo avviso risulta una risalente decisione, rimasta isolata in giurisprudenza, del Tribunale di Milano che, con sentenza 20 giugno 1955¹⁰, si pronunciava negando agli istituti di credito fondiario la prerogativa in oggetto¹¹.

Si ritiene, però, che le posizioni che misconoscono il discusso *favor* a vantaggio del creditore fondiario partano da un presupposto inesatto: esse, infatti, vorrebbero

⁵BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico bancario*, cit., p. 142.

⁶BOZZA, *ult. op. loc. cit.*

⁷In *Esecuzione immobiliare e credito fondiario in caso di fallimento del debitore*, in *Dir. Fall.*, 1957, I, p. 5.

⁸BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 439 e ss.

⁹La tesi del Biondi è stata ripresa da SCHETTINI, *Sulla non applicabilità della legge sul credito fondiario, per l'esecuzione immobiliare, in costanza del fallimento del mutuatario*, in *Dir. Fall.*, 1966, p. 231, secondo il quale "per derogare al divieto imposto dall'art. 51 occorrerebbe trovare nella legge fondiaria una disposizione contraria, *ad hoc*, cioè una norma paragonabile a quella dell'art. 40 (che, limitatamente alla esecuzione mobiliare, consentiva agli istituti di credito fondiario di avvalersi della stessa procedura di cui si giova lo Stato per la riscossione delle imposte dirette)"; l'Autore perviene alle medesime conclusioni del suo predecessore, ovvero alla inapplicabilità della legge sul credito fondiario alla espropriazione immobiliare nel caso di fallimento del mutuatario, e appartiene pertanto alla ristretta schiera di autori fedeli a un orientamento che non pare condivisibile. V. BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 443.

¹⁰In *Foro it.*, 1955, I, p. 1579.

¹¹Tra le altre sporadiche voci contrarie: Cass. 2 febbraio 1978, n. 458 in *Foro it.*, 1978; Cass 10 aprile 1974, n. 1012 in *Dir. Fall.*, 1974, II, p. 454 e ss. con nota di BONSIGNORI.

ricercare “le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario” di cui al secondo comma dell'art. 42 T.U. “applicabili anche in caso di fallimento del debitore”, in una disposizione *esplicita*, che autorizzi *espressamente* il creditore fondiario ad agire esecutivamente, nonostante la pendenza dell'esecuzione concorsuale¹².

Questa impostazione trae origine dalla inaccettabile interpretazione che tale orientamento ha ritenuto di accordare agli articoli successivi all'art. 42: si riteneva, infatti, che tali norme riguardassero le “speciali facilitazioni riconosciute al creditore fondiario” che procedesse in via esecutiva, indipendentemente dall'intervenuto fallimento, e non invece che esse facessero riferimento alla speciale procedura esecutiva a cui ricorrono gli istituti di credito fondiario per l'espropriazione immobiliare dei beni gravati da ipoteca, proprio per il caso in cui il debitore mutuatario sia dichiarato fallito¹³.

Come si è già avuto modo di affermare, la maggioranza della dottrina e la giurisprudenza sostanzialmente unanime non mettono in dubbio che la soluzione accolta dalla Cassazione ricordata sia esatta, e riconoscono la compatibilità dell'esecuzione individuale dettata per il credito fondiario con quella concorsuale, e dunque la legittimazione dell'istituto a promuovere e proseguire la speciale esecuzione sugli immobili ipotecati nonostante il fallimento del debitore. Tale legittimazione è ricavata, più che dalla lettera della legge, da argomenti di ordine storico (come la derivazione del secondo comma 2 dell'art. 42 del T.U. 1905 dall'art. 25 della legge 4 giugno 1896, n. 183¹⁴, esplicitamente diretta a rendere possibile l'espropriazione singolare nonostante il fallimento¹⁵) e da argomenti di carattere sistematico (come la collocazione della norma proprio nel Titolo VII del T.U. del 1905

¹²Si legge infatti nella sentenza del Tribunale di Milano “di queste disposizioni non se ne rinviene alcuna la quale estenda alla esecuzione immobiliare la facoltà esplicitamente attribuita dall'art. 40 dello stesso Testo Unico di procedere contro i debitori morosi con la stessa procedura di cui si giova lo stato per la riscossione delle imposte dirette quanto alla esecuzione mobiliare.”. Cfr. BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 442 e ss.

¹³BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 442 .

¹⁴Di cui ripete il contenuto.

¹⁵Cfr. SATTA, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, cit., p. 175. e BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 433.

dedicato al “procedimento esecutivo contro i mutuatari morosi”¹⁶, e proprio prima delle disposizioni di cui agli artt. 43 e ss., dirette a disciplinare lo speciale processo di esecuzione individuale riservato agli istituti di credito fondiario¹⁷; sulla base delle modalità di raccoglimento della provvista con l'emissione delle cartelle, della responsabilità degli istituti del non riscosso per riscosso, etc., che evidenziavano la peculiarità del credito fondiario¹⁸). Al di là degli argomenti formali, sarebbe proprio dalla stessa struttura del credito fondiario e dalla sua essenziale funzione che deriverebbe la particolare tutela giurisdizionale ed esecutiva¹⁹.

Ove le precedenti considerazioni non fossero ancora sufficienti, ogni residuo dubbio sarebbe fugato da un'interpretazione dell'art. 42 T.U. 1905 basata sull' “esegesi coordinata della norma richiamante e delle norme richiamate”²⁰: in base alla norma di rinvio di cui all'art. 42 co. 2, infatti, la disciplina del credito fondiario finisce col prevalere sulla disciplina del fallimento: l'effetto del rinvio stesso consiste nel rendere applicabili alla vendita dei beni immobili ipotecati a garanzia di mutuo fondiario, anche se acquisiti all'attivo del fallimento, le disposizioni dei Titoli VII e VIII del T.U. in deroga alla previsione fallimentare che vuole che alla vendita siano applicate le disposizioni processualcivilistiche, in quanto compatibili²¹; la norma in questione deve, invero, considerarsi speciale rispetto alla quella di cui alla formulazione *ante* riforma dell'art. 105 l. fall. (oggi riproposta al comma 2° art. 107 l. fall.)²², ed essendo

¹⁶Cfr. SATTÀ, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, p. 175.

¹⁷BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, p. 436.

¹⁸BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico bancario*, cit., p. 142; TARZIA, *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, cit., p. 433.

¹⁹Cfr. SATTÀ, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, cit., p. 174 che osserva che “non bisogna dimenticare che gli istituti processuali non nascono a caso, ma sono dettati e imposti dalla sostanza delle cose”.

²⁰Cfr. TARZIA, *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, cit., p. 455 e ss.

²¹Cfr. art. 105 l. fall. che fino al 15 luglio 2006 (data dell'entrata in vigore del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) prevedeva proprio che: “Alle vendite dei beni mobili e immobili del fallimento si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili con le disposizioni delle sezioni seguenti”.

²²TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 1957 e ID., *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, cit., p. 421 e ss. si è posto il problema del rapporto tra T.U. 1905 e codice di procedura civile, chiedendosi se le norme dei Titoli VII e VIII del T.U. 1905 disciplinino una materia diversa rispetto a quella del codice, descrivendo un processo

speciale (in quanto tale deve considerarsi la disciplina sul credito fondiario poiché nei Titoli VII e VIII, “Del procedimento esecutivo contro i mutuatari morosi” e “Aggiudicazione degli immobili ipotecati al credito fondiario”, disciplina una materia ben diversa da quella generale di cui al codice di procedura civile), anche se anteriore²³, prevale su quella comune di rinvio alle disposizioni del codice di procedura civile²⁴.

Come si aveva già avuto modo di affermare in precedenza²⁵, il privilegio esecutivo, così ammesso, è rimasto immutato anche dopo le modifiche apportate con il D.P.R. 7/1976 e con la l. 175/1991. Anche il legislatore dell'ultima riforma, facendo proprie le conclusioni cui erano pervenute la giurisprudenza e la dottrina nell'interpretazione dell'originaria disposizione, ha inteso confermare la previsione precedente scegliendo di perpetuare l'interferenza dell'esecuzione individuale del creditore fondiario nell'esecuzione collettiva fallimentare. Non solo: in quest'ottica va particolarmente apprezzata la formula utilizzata all'art. 41 co. 2° con cui, nel prevedere espressamente la possibilità per le banche finanziatrici di credito fondiario di iniziare o proseguire l'azione esecutiva sui beni del debitore fallito ipotecati a garanzia dei finanziamenti fondiari, si è contestualmente chiarito in modo inequivocabile che tale possibilità costituisce una delle eccezioni al divieto di azioni esecutive individuali in pendenza di fallimento normativamente previste dall'art. 51 l. fall., eliminando ogni residuo dubbio

esecutivo speciale rispetto a quello configurato in quest'ultimo. Egli ha concluso attribuendo valore autonomo al Testo Unico in quanto legge processuale speciale sulla base dei peculiari fattori soggettivi per cui la legittimazione attiva e passiva non si identifica con la generica posizione di debitore e di creditore, bensì con quella di istituto mutuante da un lato, e di debitore, o comunque responsabile nei confronti di quest'ultimo, dall'altro; nonché sulla base di un fattore oggettivo individuabile nella situazione giuridica del bene colpito dal vincolo esecutivo, ovvero del bene ipotecato a garanzia di un finanziamento fondiario. L'Autore osserva, inoltre, che nel vigente codice di procedura civile non si è verificata una recezione della materia regolata dalla legge sul credito fondiario, ma esclude la relativa soppressione, sulla base dell'antico brocardo “*lex posterior generalis non derogat priori speciali*” in quanto nelle nuove norme non sarebbe rinvenibile alcun indizio relativo ad una volontà abrogativa dei privilegi di esecuzione del credito fondiario.

²³Secondo il brocardo *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

²⁴TARZIA, *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, cit., p. 451 e ss.; BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 435.

²⁵Si rimanda all'iter normativo relativo al credito fondiario analizzato nel capitolo precedente.

in proposito²⁶.

Null'altro è però possibile desumere dalla nuova disposizione; il silenzio del legislatore, unito all'abrogazione espressa dell'intera disciplina anteriore, nonché alla mancata riproduzione dell'art. 42 co. 2 Testo Unico 1905, costituisce precisa indicazione nel senso di una interpretazione restrittiva del privilegio del credito fondiario nel fallimento.

In particolare, a seguito del venir meno dell'ampia formula di cui all'art. richiamato, perde la sua ragion d'essere il dibattito sulla portata del rinvio in essa operato e non pare più utile discutere di una eventuale derogabilità della disciplina fallimentare ad opera delle disposizioni sul credito fondiario²⁷. Nel vigore della richiamata norma, infatti, si poneva il problema di stabilire se essa venisse a consentire un'applicazione incondizionata di tutte le successive disposizioni speciali dettate per la procedura esecutiva intrapresa dal creditore fondiario sovvertendo le disposizioni previste per l'esecuzione collettiva²⁸, ovvero se la riserva attribuisse al creditore fondiario una deroga solo limitatamente alla possibilità di intraprendere l'esecuzione nonostante la pendenza della procedura concorsuale, rimanendo quest'ultima per il resto assoggettata alla legge fallimentare²⁹. Le posizioni prevalenti hanno ritenuto di interpretare restrittivamente la formula di rinvio, optando per la prevalenza della legge fallimentare in quanto legge speciale rispetto alla legge processuale comune, derogabile unicamente sulla base di una previsione espressa³⁰.

²⁶BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico bancario*, cit., p. 143; TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, cit., p. 554.

²⁷TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, cit., p. 556; COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure esecutive e nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 568.

²⁸Per riprendere una efficace espressione, ci si chiedeva se la disposizione andasse considerata come una sorta di "salvacondotto" di tutte le disposizioni del credito fondiario nei confronti della normativa fallimentare (...); cfr. BOZZA, *La perpetuazione dei privilegi degli istituti di credito fondiario*, cit., p. 788 che si richiama alle parole del BONFANTE, *Domanda di ammissione al passivo e normative sul credito fondiario*, in *Giur. Comm.*, 1978, II, p. 896.

²⁹BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico bancario*, cit., p. 143; ID., *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 1985, II, p. 371.

³⁰BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico bancario*, cit., p. 143; TOTA, *Sui rapporti tra azione*

Una di tali deroghe è prevista proprio nella formulazione dell'art. 51 l. fall. (che nel porre il divieto di azioni esecutive individuali dal giorno della dichiarazione di fallimento, fa salve le diverse disposizioni di legge), ma, dall'espressa previsione della sola facoltà concessa al creditore fondiario di iniziare o proseguire l'azione esecutiva individuale sui beni ipotecati anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore, prevista dal secondo comma art. 41, che viene in tal modo ad integrare espressamente una delle eccezioni fatte salve dall'art. della legge fallimentare suddetta, non può in alcun modo dedursi l'applicazione nel concorso fallimentare di tutte le disposizioni sostanziali e processuali del credito fondiario³¹. Si ritiene pertanto, che i principi propri della procedura fallimentare (in particolare il principio del concorso sostanziale e il relativo corollario della *par condicio creditorum*) siano pienamente operanti e non possano essere disattesi³²; senza entrare nel merito della questione relativa alla natura del privilegio così ammesso, che ci si appresterà ad affrontare nel prosieguo dell'indagine, ci si limita ad osservare che, anche alla luce delle recenti modifiche normative³³, il legislatore non ha inteso sottrarre il creditore fondiario al concorso sostanziale dovendosi ricondurre la *ratio* del privilegio alla volontà di consentire alla banca un più celere realizzo del proprio credito³⁴, ma non a quella di esonerare la stessa dalla procedura di accertamento, conformemente al principio di esclusività della verifica fallimentare. Riprendendo una posizione che si ritiene di condividere pare, dunque, di potersi affermare che la banca non è esonerata

esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica, cit., p. 556.

³¹BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico bancario*, cit., p. 144 e ss.; COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure esecutive e nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 568.

³²TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, cit., p. 556.

³³Con riferimento ai creditori fondiari, il decreto correttivo 169 del 12.09.2007, inserendo un apposito comma 3 nell'art. 52, ha consacrato sul piano normativo il principio secondo cui essi, godendo solo di un privilegio processuale, devono sottoporsi alla procedura di accertamento disciplinata dal Capo V (principio di esclusività della verifica fallimentare) e cioè devono essere ammessi al passivo - concorso formale - e poi essere collocati nei riparti - concorso sostanziale - per poter trattenere in via definitiva quanto è stato ricavato dall'espropriazione singolare da loro compiuta. Cfr. PENTA, *I rapporti tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale. Il credito fondiario*, cit., p. 293.

³⁴PENTA, *ult. op. loc. cit.*

dal concorso sostanziale con la massa dei creditori, ma gode soltanto di un privilegio processuale che non altera il principio dell'universalità della procedura fallimentare³⁵. Per concludere, si ritiene di apportare un'ultima precisazione all'analisi della prima parte dell'art. 41 T.U.B: la formulazione dell'art. fa espressamente salva la possibilità per la banca non solo di iniziare la speciale procedura espropriativa ad esso riservata, ma anche quella di proseguire la procedura già pendente al momento della dichiarazione di fallimento. A tale proposito, si è posto il dubbio se tale inciso comprenda anche l'ipotesi in cui la banca sia intervenuta nell'espropriazione promossa da un terzo.

Coloro i quali rifiutano suddetta eventualità sostengono, invero, che qualora la sentenza dichiarativa di fallimento sopravvenga ad espropriazione già pendente, la banca erogatrice di credito fondiario, anche quando avesse esercitato in quest'ultima intervento, non avrebbe il potere di continuare quella esecuzione “non essendo pignorante”³⁶.

Si ritiene invece di ammettere la perseguibilità nel caso di surroga della banca nell'espropriazione in corso in quanto, da un lato, la *littera legis* considera espressamente tale ipotesi parlando, appunto, di espropriazione “proseguita” dalla banca, senza peraltro escludere il caso di surrogazione della banca intervenuta al creditore precedente; dall'altro, nessuna disposizione prevede che possa aversi detta prosecuzione solo in caso di banca pignorante. Inoltre, giusta il fatto che la banca non risulta pregiudicata nella sua facoltà di procedere esecutivamente, non solo qualora il fallimento intervenga ad esecuzione già pendente, bensì anche nel caso in cui il fallimento sia precedente, si ritiene che, a maggior ragione, essa non potrebbe essere pregiudicata dal pignoramento eseguito da un altro creditore³⁷. Avrebbe del resto poco senso ritenere improcedibile una espropriazione promossa da altri, in cui la banca sia intervenuta e voglia surrogarsi, dato che la banca stessa ben potrebbe, se

³⁵Cfr. SEPE, sub. art. 41, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 320.

³⁶BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico bancario*, cit., p. 118, nota 35.

³⁷ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 860.

volesse, instaurare *ex novo* l'espropriazione sui beni ipotecati a suo favore³⁸.

2. I limiti della coesistenza dei due processi esecutivi: problemi derivanti dal rapporto tra legge sul credito fondiario e legge fallimentare

Prendendo le mosse dalla questione preliminare relativa alla sussistenza del privilegio del creditore fondiario di iniziare e proseguire l'azione esecutiva individuale in costanza di fallimento in deroga al divieto di cui all'art. 51 l. fall., risolta in senso affermativo sulla base dell'art. 42 co. 2° T.U. del 1905, e confermata dalla previsione del nuovo art. 41 co. 2° T.U.B, ci si appresta ora ad affrontare il problema derivante dalle interferenze tra la procedura esecutiva individuale e quella concorsuale.

Si cercherà in particolare di dare risposta al quesito se, in base ai principi generali del processo, può ritenersi ammissibile che due procedure esecutive, una individuale e l'altra concorsuale, siano legittimate a svolgersi autonomamente e parallelamente su un medesimo bene pignorato, e se possa così ritenersi ammissibile una vendita fallimentare in pendenza di un'esecuzione individuale promossa da un istituto di credito fondiario sullo stesso bene³⁹, giungendo ad affermare se suddetto rapporto vada risolto in termini di concorrenza (e dunque si configuri una duplice autonoma esecuzione⁴⁰), ovvero di esclusività delle stesse.

Si osserva preliminarmente come, ai fini che a noi più interessano, risulta indifferente il fatto che l'esecuzione fondiaria venga iniziata dopo l'apertura del fallimento, o che essa sia invece proseguita nonostante l'apertura del concorso⁴¹; l'ordine cronologico,

³⁸SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, cit., p. 651.

³⁹PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 578.

⁴⁰Espressione mutuata da TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 262.

⁴¹TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 460.

anche alla luce delle posizioni prevalenti sopra esposte è da ritenersi, infatti, del tutto irrilevante⁴².

Richiamandosi all'impostazione prospettata da autorevole dottrina⁴³, la problematica va ricondotta ai principi generali della litispendenza e del conflitto di giudicati⁴⁴.

Si tratta, invero, di stabilire se anche rispetto al processo di espropriazione si delinea il fenomeno della litispendenza intesa non nella sua accezione fisiologica relativa alla pendenza della lite, bensì nella sua accezione patologica rappresentativa dell'effetto che l'introduzione di una lite o di un processo spiega su tutti i processi successivi nei quali la medesima lite sia dedotta, o la medesima azione sia esercitata. In particolare si rende necessario appurare se, così come per il processo di cognizione, anche per l'espropriazione forzata abbia vigore il divieto di contemporaneo svolgimento di più processi sul medesimo oggetto⁴⁵, nonché quali siano gli istituti volti ad assicurarne l'osservanza⁴⁶. Sulla base di ciò, si cercherà poi di stabilire se lo stesso valga anche per il caso di contemporanea pendenza di una procedura esecutiva singolare con una procedura concorsuale.

La disciplina generale del processo è costantemente informata dalla necessità di evitare una inutile duplicazione dell'attività pubblica al fine di scongiurare il conflitto di giudicati ed a quello di ottenere il risultato della buona amministrazione della giustizia, sia dal lato dell'economia, che da quello della certezza del diritto⁴⁷; a tale scopo la normativa del processo di cognizione, distinguendo a seconda che i processi pendano davanti alla stessa, ovvero avanti ad autorità giudiziarie diverse, prevede che

⁴²CARNACINI, *Sulla vendita fallimentare del bene ipotecato dal credito fondiario*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1985, p. 247.

⁴³V. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, p. 520 e ss.; TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 262 e ss; PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 581.

⁴⁴TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 262 e ID., *Litispendenza e interesse nel processo esecutivo*, in *Riv. Amm.*, 1986, p. 822.

⁴⁵Divieto che costituisce pacificamente la base dell'istituto della litispendenza. cfr. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 520, nota 275.

⁴⁶TARZIA, *ult. op. cit.*, p. 520.

⁴⁷TARZIA, *ult. op. cit.*, p. 520, nota 277 si richiama ai principi di teoria generale esposti dal CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1925, p. 615 e dal CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1939, p. 909.

sia disposta anche d'ufficio la riunione dei procedimenti, ovvero che sia dichiarata la litispendenza⁴⁸.

Considerando la disciplina dell'espropriazione emerge, tuttavia, come essa sancisca il principio opposto, ammettendo la coesistenza di più processi in virtù della medesima azione, vuoi che questi possano essere riuniti, vuoi che restino necessariamente separati per ragioni di competenza. Resta da verificare se, nonostante ciò, le esigenze di economia e non contraddizione tra provvedimenti definitivi che si avvertono nel processo di cognizione, si rinvergono anche nell'espropriazione, e dunque se anche in esso si ponga una regola analoga⁴⁹.

Premettendo di rivolgere l'attenzione al bene oggetto del processo, si ritiene che proprio per la sua intrinseca *ratio*, il principio di unicità abbia carattere generale.

Ricercando l'elemento che nell'ambito del processo di esecuzione condiziona e al contempo richiede l'unità⁵⁰, bisogna, infatti, muovere dal dato fondamentale per cui la differenza tra processo di cognizione e processo di esecuzione sta unicamente nell'elemento che determina l'identità delle cause, e dunque nell'oggetto del processo⁵¹.

Nel processo di cognizione esso è dato dalla coincidenza delle parti, dell'oggetto della domanda e del titolo della stessa⁵²; nel processo di esecuzione si identifica invece con il bene pignorato⁵³.

Anche senza richiamare tutta la dottrina che ha affrontato l'argomento dell'oggetto del giudizio e in particolare del cosa significa identità di domanda, e volendo partire

⁴⁸In tal senso TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 520; TARDIVO, *Litispendenza e interesse nel processo esecutivo*, cit., p. 822 e ss.; VERDE, voce "Il pignoramento in generale", in *Enc. Diritto*, XXXIII, Milano, 1983, p. 789 e ss.; PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 581 e ss.

⁴⁹TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 521.

⁵⁰TARZIA, *ult. op. cit.*, p. 531.

⁵¹PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 581 nota 14, che richiama TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 540; e TARDIVO, *Litispendenza e interesse nel processo esecutivo*, cit., p. 822.

⁵²TARDIVO, *ult. op. cit.*, p. 822.

⁵³Si afferma infatti che è proprio l'identità del bene pignorato che rappresenta la materia del processo di espropriazione, così come la lite, o l'azione, o ancora, la causa, è la materia del processo di esecuzione. Cfr. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 535.

dal concetto più concreto segnalato da stimata dottrina⁵⁴, per cui identità di domanda è identità di interesse, si è naturalmente condotti alla conclusione che, anche quando i soggetti sono diversi, ma agiscono per il medesimo risultato sullo stesso bene, si è in presenza di un caso di identità di giudizio, incorrendo diversamente in una situazione di duplicazione dell'attività giudiziaria con la relativa problematica probabilità di un conflitto di giudicati⁵⁵.

E' dunque diffusa e comune a tutti i sistemi giuridici, benché si realizzi in forme diverse, l'idea che sullo stesso bene non possano contemporaneamente svolgersi più processi di espropriazione per gli stessi motivi per cui esiste la litispendenza in base ai principi generali del processo di cognizione: per la necessità di evitare inutili aggravii di spese relative all'attività esecutiva e di sfuggire alle complicazioni derivanti dall'intrecciarsi dei procedimenti, in particolare dal possibile conflitto tra provvedimenti espropriativi che potrebbe discendere dalla conclusione di due procedure parallele⁵⁶.

Alla luce di ciò, sembra pertanto difficilmente contestabile che il principio di unicità debba applicarsi anche al caso, che ci vede più direttamente coinvolti, di contemporanea pendenza di una procedura esecutiva individuale e della liquidazione fallimentare; la *ratio* di tale scelta si ravvisa nel rispetto delle esigenze di ordine logico, oltre che di natura pratica, già indicate a sostegno dell'unicità della procedura esecutiva: emerge infatti anche in questa specifica ipotesi, la necessità dettata dal principio di economia processuale che impone di evitare un inutile spreco di attività con la redazione di una pluralità di stime, anche diverse, dei medesimi beni, con incremento dei costi, e di escludere la fissazione di più aste, magari nello stesso giorno e a prezzi di partenza diversi, con il rischio quasi paradossale di vedere

⁵⁴SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1969, p. 47 e ss., in buona sostanza ribadito da MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di petitum e causa petendi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1984, p. 463 e ss.

⁵⁵In tal senso TARDIVO, *Litispendenza e interesse nel processo esecutivo*, cit., p. 822 e ss. e ID., *Il finanziamento fondiario nella nuova legge bancaria: aspetti processuali nell'art. 41*, in *Studi in onore di L. Montesano*, Padova, 1997, p. 798.

⁵⁶VERDE, voce "Il pignoramento in generale", cit., p. 789.

aggiudicato un unico bene a più soggetti⁵⁷.

Il principio per cui su uno stesso bene non possono svolgersi contemporaneamente una pluralità di processi di espropriazione (più propriamente detto, appunto, principio di unicità dell'espropriazione) è stato realizzato in vari modi: dal rigido divieto del *pignoratio super pignorationem non admittur*, ovvero dal divieto di altro pignoramento sul medesimo bene proprio del diritto comune, si è giunti per progressive attenuazioni all'instaurazione della regola paradossalmente contraria per cui i pignoramenti successivi sono ammessi, ma essi o sono riuniti al primo, o non possono dare autonomo fondamento all'espropriazione finché sia in vita il procedimento promosso in base al pignoramento precedente⁵⁸. L'idea di base è che uno svolgimento separato ma concomitante delle espropriazioni risulta lesivo delle esigenze sopra viste, e dunque non sono tanto i plurimi pignoramenti, quanto le molteplici liquidazioni, a rappresentare una minaccia per la realizzazione dei principi generali del processo⁵⁹. Con l'evoluzione, che risponde ad una logica che mira ad adeguare gli istituti giudici alle esigenze che essi vogliono soddisfare⁶⁰, si è dunque passati dall'impedire ai creditori di sottoporre a vincolo esecutivo il bene già sottoposto a pignoramento, all'imporre solamente che la liquidazione di quest'ultimo sia unica. I mezzi che sono tradizionalmente stati adottati nel processo di esecuzione per tradurre tale regola sono quelli della improcedibilità e della riunione.

Il meccanismo della riunione domina nella disciplina del codice di procedura civile, anche se non mancano ipotesi risolte sulla base del meccanismo della improcedibilità come ad esempio nel caso, noto all'indagine, delle esecuzioni individuali per sopravvenuto fallimento ai sensi dell'art. 51 l. fall.; infatti, in relazione a questa, e ad altre simili ipotesi, non risulterebbe possibile disporre la riunione per la diversità degli

⁵⁷PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 581; MARTINETTO, *Rapporti tra fallimento ed espropriazione forzata*, in *Dir. Fall.*, 1969, I, p. 196.

⁵⁸TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 524; VERDE, voce "Il pignoramento in generale", cit., p. 789.

⁵⁹TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 524.

⁶⁰VERDE, voce "Il pignoramento in generale", cit., p. 789.

atti che li compongono. Il sistema della improcedibilità si estrinseca sostanzialmente in una valutazione legislativa che finisce con l'attribuire prevalenza ad una delle due procedure pendenti, con il conseguente arresto di quella *suvalente*, la quale entra in uno stato di quiescenza⁶¹.

Come accennato, però, il codice di procedura civile tradizionalmente accoglie il principio della riunione necessaria dei processi esecutivi sul medesimo oggetto. Ne è espressione l'art. 493 c.p.c.⁶², che sancisce altresì l'autonomia di effetti di ciascuno dei pignoramenti; la specificazione, relativamente ai singoli tipi di esecuzione, è fornita dai successivi articoli 524, 550 e 561 c.p.c.⁶³.

I principi fondamentali sono dunque i seguenti: il primo, anche se di scarso rilievo e di difficile applicazione, prevede che più creditori possono, con un unico pignoramento, colpire il medesimo bene; il secondo ammette pignoramenti successivi sullo stesso bene, ma afferma la necessità che questi siano riuniti al primo in un unico processo; il terzo vuole, infine, che ciascun pignoramento successivo abbia effetto indipendente, anche quando sia riunito agli altri nell'unico processo⁶⁴. L'indipendenza dei pignoramenti successivi si manifesta ogni qualvolta in cui, a prescindere dalla ragione, venga meno il primo pignoramento: in tale ipotesi, infatti, in forza del principio sopra detto il processo instaurato in base al primo pignoramento non si arresta, ma al contrario esso sopravvive e prosegue, sorretto dal pignoramento successivo che gli era stato riunito⁶⁵.

Costituiscono espressione del divieto che lo stesso bene possa formare oggetto contemporaneamente di più processi di espropriazione gli artt. 524, 550, e 561

⁶¹Si riprende il ragionamento compiuto da TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 527; ID., *Processi pendenti e fallimento*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990 e ID., *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, cit., p. 624.

⁶²L'art. 493 recita come segue: "Più creditori possono con un unico pignoramento colpire il medesimo bene. Il bene su cui è stato compiuto un pignoramento può essere pignorato successivamente su istanza di uno o più creditori. Ogni pignoramento ha effetto indipendente, anche se è unito ad altri in un unico processo".

⁶³TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 530.

⁶⁴VERDE, voce "*Il pignoramento in generale*", cit., p. 789.

⁶⁵Cfr. VERDE, *ult. op. cit.*, p. 791.

c.p.c.⁶⁶. Queste norme, come accennato, sono volte ad evitare che alla pluralità di pignoramenti corrisponda una pluralità di processi⁶⁷; esse disciplinano come la riunione dei pignoramenti debba essere attuata, quali effetti essa produca e cosa succeda quando il pignoramento successivo riguardi anche beni non precedentemente pignorati⁶⁸.

Nello specifico, l'art. 524 c.p.c. concerne la disciplina del pignoramento successivo per il caso di esecuzione mobiliare diretta⁶⁹; esso demanda la riunione delle due procedure all'ufficiale giudiziario che è tenuto a depositare il verbale, da cui risulta che gli indicati beni immobili risultano già sottoposti a pignoramento, ovvero che non ne risultano altri da pignorare, nella cancelleria del giudice investito dell'esecuzione in base al primo pignoramento; il verbale così compilato sarà inserito nel fascicolo della prima esecuzione a cura del cancelliere; se il pignoramento è compiuto prima dell'udienza di cui all'art. 525, il cancelliere ne dà notizia al creditore primo pignorante, con l'effetto di un intervento tempestivo, e l'esecuzione si svolge in un unico processo; se esso ha, invece, luogo in un momento successivo, avrà gli effetti di un intervento tardivo rispetto ai beni colpiti dal primo pignoramento. Nell'ipotesi in cui il pignoramento successivo colpisca altri beni, ulteriori e diversi rispetto a quelli colpiti con il primo, per questi ha luogo separato processo⁷⁰.

⁶⁶MARTINETTO, *Rapporti tra fallimento ed espropriazione forzata*, cit., p. 196.

⁶⁷CONSOLO, sub. art. 524, in *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007, p. 3816.

⁶⁸VERDE, voce "*Il pignoramento in generale*", cit., p. 789.

⁶⁹L'art. 524, rubricato, "*Pignoramento successivo*" prevede: "1. L'ufficiale giudiziario, che trova un pignoramento già compiuto, ne dà atto nel processo verbale, descrivendo i mobili precedentemente pignorati, e quindi procede al pignoramento degli altri beni o fa constatare nel processo verbale che non ve ne sono. 2. Il processo verbale è depositato in cancelleria e inserito nel fascicolo formato in base al primo pignoramento, se quello successivo è compiuto anteriormente all'udienza prevista nell'art. 525 primo comma, ovvero alla presentazione del ricorso per l'assegnazione o la vendita dei beni pignorati nella ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 525. In tal caso il cancelliere ne dà notizia al creditore primo pignorante e l'esecuzione si svolge in un unico processo. 3. Il pignoramento successivo, se compiuto dopo l'udienza di cui sopra ovvero dopo la presentazione del ricorso predetto, ha gli effetti di un intervento tardivo rispetto ai beni colpiti dal primo pignoramento. Se colpisce altri beni, per questi ha luogo separato processo".

⁷⁰VERDE, voce "*Il pignoramento in generale*", cit., p. 790; CONSOLO, sub. art. 524, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., p. 3816 e ss.

L'art. 550 c.p.c.⁷¹ che rinvia in tema di riunione alle previsioni dell'art. 524 c.p.c. comma 2° e 3°, è, invece, dedicato al caso della pluralità dei pignoramenti nell'espropriazione presso terzi: esso si limita a specificare che il terzo ha l'onere di indicare i pignoramenti eseguiti presso di lui e che, qualora abbia già fatto la sua dichiarazione, può limitarsi a richiamare la dichiarazione precedente e i pignoramenti ai quali si riferiva⁷²; si nota in dottrina che la norma riveste una notevole importanza sistematica poiché consente di desumere *a contrario* che il terzo deve dichiarare i pignoramenti eseguiti presso di lui, anche se ancora non è venuto il giorno dell'udienza per la dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c.⁷³ e, quindi, consente di determinare la pendenza del processo espropriativo, ancora prima dell'udienza stessa⁷⁴.

La disposizione che più attiene all'indagine che qui si svolge, è però quella rinvenibile all'art. 561 c.p.c.⁷⁵, che si occupa dei pignoramenti successivi nell'ambito dell'espropriazione immobiliare; la norma è omologa al disposto dell'art. 524 c.p.c., ma, a differenza di quest'ultimo, il collegamento tra i plurimi pignoramenti non è assicurato dall'adempimento dell'ufficiale giudiziario, bensì viene ad integrare un effetto direttamente disposto dalla legge, che si attua mediante l'intervento del conservatore immobiliare⁷⁶, e l'inserimento del pignoramento successivo nel fascicolo

⁷¹Esso prevede: "1. Il terzo deve indicare i pignoramenti che sono stati eseguiti presso di lui. 2. Se altri pignoramenti sono stati eseguiti dopo che il terzo abbia fatto la sua dichiarazione, egli può limitarsi a richiamare la dichiarazione precedente e i pignoramenti ai quali si riferiva. 3. Si applicano le disposizioni dell'art. 524, secondo e terzo comma."

⁷²VERDE, voce "Il pignoramento in generale", cit., p. 790; CONSOLO, sub. art. 550, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., p. 3914 e ss.

⁷³Destinata alla comparizione del terzo per rendere la prescritta dichiarazione sui rapporti nei confronti del debitore esecutato.

⁷⁴In questo senso VERDE, voce "Il pignoramento in generale", cit., p. 790; TARDIVO, *Litispendenza e interesse nel processo esecutivo*, cit., p. 822.

⁷⁵Art. 561 c.p.c.: "1. Il conservatore dei registri immobiliari, se nel trascrivere un atto di pignoramento trova che sugli stessi beni è stato eseguito un altro pignoramento, ne fa menzione nella nota di trascrizione che restituisce. 2. L'atto di pignoramento con gli altri documenti indicati nell'articolo 577 è depositato in cancelleria e inserito nel fascicolo formato in base al primo pignoramento, se quello successivo è compiuto anteriormente all'udienza prevista nell'articolo 564. In tale caso l'esecuzione si svolge in un unico processo. 3. Se il pignoramento successivo è compiuto dopo l'udienza di cui sopra, si applica l'art. 524 ultimo comma".

⁷⁶Con l'annotazione del primo pignoramento nella nota di trascrizione relativa al secondo.

formato sulla base di quello anteriore ad opera del cancelliere. Inoltre, sulla base del medesimo meccanismo di riunione previsto per l'espropriazione mobiliare diretta, la norma dispone che, ove il secondo pignoramento sia anteriore all'udienza di autorizzazione alla vendita di cui all'art. 564 c.p.c., esso sia depositato con gli altri documenti indicati all'art. 557 c.p.c. nella cancelleria del giudice competente, ovvero del giudice adito in base al pignoramento anteriore; qualora, invece, l'ulteriore pignoramento sia successivo all'udienza suddetta, in forza del rinvio disposto al 3° comma, trova applicazione proprio l'art. 524 c.p.c. e dunque il pignoramento successivo ha l'effetto di un intervento tardivo relativamente ai beni colpiti dal primo pignoramento⁷⁷, mentre per i beni colpiti dai pignoramenti successivi si procede a separata espropriazione⁷⁸.

Alla luce di quanto previsto dagli articoli sopra esposti, diviene necessario individuare l'esatto significato di pignoramento anteriore, o primo pignoramento, per poi comprendere la nozione di pignoramento successivo. Per parte della dottrina il pignoramento anteriore si identifica con il pignoramento trascritto per primo, in quanto la trascrizione costituirebbe l'atto conclusivo di una fattispecie a formazione progressiva che parte dall'ingiunzione e si conclude con la trascrizione; invero, sarebbe proprio a partire dalla trascrizione che si produrrebbero gli effetti sostanziali e processuali del pignoramento⁷⁹. Vi è poi chi, sulla base delle questioni che si verrebbero a porre qualora il fascicolo dell'esecuzione sia stato formato sulla base di un pignoramento trascritto per secondo⁸⁰, ritiene più opportuno identificare il primo

⁷⁷L'equiparazione dei creditori successivi agli interventori tardivi fa sì che il pignorante successivo avrà diritto di concorrere alla distribuzione della somma ricavata che eventualmente residui dopo che siano stati soddisfatte le pretese del creditore primo pignorante, degli eventuali creditori tempestivamente intervenuti e di quelli iscritti e privilegiati che siano intervenuti prima dell'udienza indicata dall'art. 596 c.p.c. Cfr. CONSOLO, sub. art. 561, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., p. 3986.

⁷⁸Per l'analisi dell'art. 561 c.p.c. si riprende CONSOLO, sub. art. 561, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., p. 3983 e ss.

⁷⁹CONSOLO, sub. art. 555, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., p. 3947.

⁸⁰Il problema si concreta nell'individuazione del giudice dell'esecuzione, che viene nominato in seguito al deposito dei fascicoli, e non, invece, alla trascrizione.

pignoramento con quello notificato per primo⁸¹. Non si può mancare, infine, di riportare l'opinione di autorevole dottrina che, affermando che il momento che determina la pendenza dell'esecuzione a tutti gli effetti processuali non può non essere il medesimo che ne determina gli effetti sostanziali, sostiene che il *punctum temporis* rilevante sia quello in cui il pignoramento è eseguito⁸².

E' a questo punto necessario affrontare l'ipotesi in cui non avendo funzionato la riunione dei pignoramenti, ci si ritrovi in presenza di una pluralità di procedimenti esecutivi paralleli.

Riprendendo la prospettiva di confronto tra il processo di esecuzione e il processo di cognizione incentrata sulle analogie e sulle differenze derivanti dall'oggetto del giudizio⁸³, nel caso di contemporanea pendenza di più processi sul medesimo oggetto, la normativa sul processo di cognizione distingue a seconda che i processi pendano davanti alla stessa ovvero a diverse autorità giudiziarie, prevedendo che solo in questo secondo caso sia dichiarata la litispendenza (art. 39 c.p.c.), e disponendo, invece, nel primo la riunione dei processi anche d'ufficio (art. 273 c.p.c.)⁸⁴.

Si ritiene di riprendere la critica mossa da Tarzia all'interessante impostazione prospettata da autorevole dottrina⁸⁵ che ha ritenuto di ricondurre il fenomeno al più generale meccanismo della riunione necessaria delle cause connesse; è dubbio, infatti, che essa colga l'effettivo fondamento della disciplina normativa in quanto lo strumento della riunione necessaria delle cause connesse porterebbe ad includere troppe e troppo diverse situazioni; il suo impiego quindi non varrebbe a cancellare le anche notevoli differenze che corrono tra caso e caso⁸⁶.

⁸¹In questo senso VERDE, voce "Il pignoramento in generale", cit., p. 790.

⁸²Cfr. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 543.

⁸³Il bene pignorato si profila come l'oggetto del processo, non solo in senso generico, in quanto costituisca la materia dell'attività espropriativa, ma anche l'elemento base della struttura del processo che assicura l'unità delle varie fasi e ne puntualizza l'identità rispetto a processi diversi. Cfr. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 563.

⁸⁴TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 520.

⁸⁵GUALANDI, *Creditori iscritti e creditore sequestrante nell'espropriazione forzata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1959, p. 214 e ss.

⁸⁶Cfr. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 532 e ss.

Per il caso che ci si appresta ad analizzare, dunque, così come accade per il processo di cognizione, è necessario operare una distinzione preliminare, a seconda che i diversi processi esecutivi siano pendenti avanti alla stessa autorità giudiziaria, ovvero se essi siano instaurati dinanzi a uffici giudiziari diversi.

Nella prima ipotesi, si ritiene comunemente di richiamarsi al meccanismo della riunione necessaria dei procedimenti relativi alla stessa causa, risultante dal disposto dell'art. 273 c.p.c.; quindi, in tal caso, il giudice provvederà anche d'ufficio ove i procedimenti pendano davanti a sé, ovvero riferirà al capo dell'ufficio giudiziario affinché questo, sentite le parti dell'uno e dell'altro procedimento, disponga con decreto la riunione nell'eventualità in cui essi pendano davanti a diversi membri del medesimo ufficio giudiziario⁸⁷. Tale riunione dovrebbe compiersi, conformemente a quanto disposto dagli artt. 524 e 561 c.p.c. unendo i pignoramenti successivi al primo, e dunque mantenendo ferma la designazione del giudice dell'esecuzione per quest'ultimo nominato⁸⁸.

Nella seconda e più complessa ipotesi, che nell'ambito del processo dichiarativo dà luogo a litispendenza ex art. 39 c.p.c., in cui i plurimi processi sul medesimo bene pendano innanzi ad uffici giudiziari diversi, in assenza di espressa previsione legislativa ci si chiede se il processo successivamente iniziato possa proseguire, se esso debba arrestarsi, ovvero se debba essere riunito al primo. Sebbene sul punto la dottrina sia divisa tra un'opinione maggioritaria che esclude che rispetto all'azione esecutiva possa configurarsi litispendenza⁸⁹, e un'impostazione che invece ritiene che l'ipotesi rientri nell'area regolata in via generale dall'art. 39 c.p.c. e che si abbia, quindi, una particolare forma di litispendenza in cui ha rilievo solo l'oggetto del processo

⁸⁷In tal senso: TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 538; VERDE, voce "*Il pignoramento in generale*", cit., p. 792.

⁸⁸Cfr. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 539.

⁸⁹È opinione comune che rispetto all'azione esecutiva non abbia luogo litispendenza ed essa trova fondamento incontestabile sia nella natura cogente delle citate norme di competenza, sia soprattutto nell'art. 493 c.p.c. dove la molteplicità di processi esecutivi in base allo stesso titolo è chiaramente prevista. Cfr. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 521, nota 280; VERDE, voce "*Il pignoramento in generale*", cit., p. 790, nota 167.

esecutivo⁹⁰, la soluzione non potrebbe ricavarsi se non dal disposto dell'art. 39 c.p.c. Infatti, anche ove si neghi la litispendenza tra azioni esecutive, sulla base del principio di unicità (questo sì espressamente previsto anche in relazione alle procedure esecutive⁹¹), l'applicazione analogica della norma formulata *ad hoc* per il processo di cognizione si pone come naturale sviluppo del sistema, in linea con esso⁹². Dunque, si possa o no parlare di litispendenza con riferimento alla contemporanea pendenza di più processi esecutivi sul medesimo bene, l'art. 39 c.p.c. si presta ad irrinunciabile fondamento normativo ed assurge a dettame di portata veramente generale (non a caso collocato, a questo punto, tra le disposizioni generali⁹³). Se dunque, l'espropriazione sul medesimo bene è iniziata davanti a uffici giudiziari diversi, il giudice adito in base al pignoramento successivo deve dichiarare, anche d'ufficio e in qualunque stato del processo, la pendenza di un altro, identico, procedimento quale impedimento alla prosecuzione di quello promosso avanti a lui⁹⁴.

3. Applicazione dell'istituto della litispendenza in caso di coesistenza dell'azione esecutiva per la realizzazione del credito fondiario con l'azione di fallimento; l'inammissibilità della concorrenza delle due procedure

Il concorso tra l'azione esecutiva individuale promossa dalle banche per la realizzazione dei crediti fondiari ed il fallimento, reso possibile oggi dall'espressa previsione del secondo comma art. 41 T.U.B, implica che uno o più beni del fallito

⁹⁰In tal senso TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 530 e ss.; LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, p. 209 e ss.; TARDIVO, *Litispendenza e interesse nel processo esecutivo*, cit., p. 822.

⁹¹Cfr. art. 493 c.p.c.

⁹²TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., p. 542.

⁹³TARZIA, *op. ult. cit.*, p. 541.

⁹⁴TARZIA, *op. ult. cit.*, p. 544.

siano sottoposti ad una pluralità di espropriazioni. Ora, mentre come abbiamo avuto modo di constatare, il principio di unicità non impedisce che i beni siano assoggettati a più di un vincolo esecutivo (prevedendo espressamente l'art. 493 c.p.c. la possibilità di pignoramenti successivi), esso però impone che la liquidazione sia unica⁹⁵. Dunque, è necessario individuare come questa concorrenza possa essere regolata, non essendo ammissibile pensare, “nemmeno per un momento”⁹⁶, alla luce del ragionamento condotto nel paragrafo precedente, che le due procedure possano essere proseguite contemporaneamente e indipendentemente su uno stesso bene.

L'unità della liquidazione forzata, imposta dalle disposizioni del codice di procedura civile sopra viste (artt. 493, 524, 561 c.p.c.) per l'ipotesi in cui i medesimi beni del debitore formino oggetto di una pluralità di procedimenti espropriativi non può, infatti, non valere anche per il caso in cui i medesimi beni siano contemporaneamente oggetto di espropriazione per credito fondiario e della procedura fallimentare per le perniciose conseguenze sopra evidenziate⁹⁷, cui una diversa soluzione inevitabilmente condurrebbe⁹⁸.

Come rileva autorevole dottrina, sebbene nessuna norma lo preveda espressamente⁹⁹, i beni ipotecati dagli istituti di credito fondiario, rispetto ai quali non sia in corso, alla data della sentenza dichiarativa o anche successivamente, un processo esecutivo promosso o proseguito dalla banca, sono appresi dal curatore ed entrano a far parte della massa attiva, destinata a soddisfare, salve le cause legittime di prelazione, il passivo fallimentare¹⁰⁰; qualora non sia iniziata la procedura singolare, essi sono dunque liquidati nell'ambito della procedura concorsuale.

⁹⁵MARTINETTO, *Rapporti tra fallimento ed espropriazione forzata*, cit., p. 206.

⁹⁶Espressione mutuata dal SATTA, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, cit., p. 173.

⁹⁷Dalla fissazione di una pluralità di stime, fino al caso estremo della pluralità di assegnazioni del medesimo bene a soggetti diversi.

⁹⁸In questo senso MARTINETTO, *Rapporti tra fallimento ed espropriazione forzata*, cit., p. 206; PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 581.

⁹⁹Cfr. PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 579.

¹⁰⁰Si rimanda al principio di universalità oggettiva affrontato nel capitolo precedente.

L'eventuale pignoramento notificato su istanza del creditore fondiario ne provoca, invece, l'*avulsione* della massa¹⁰¹: la separazione dell'immobile dalla massa attiva, quale effetto processuale del pignoramento, comporta in primo luogo che non possa più compiersene la vendita in sede fallimentare. Il bene ipotecato a favore degli istituti di credito fondiario non può, perciò, essere compreso tra quelli assoggettati ai poteri dispositivi degli organi fallimentari ed esso verrebbe così a costituire "una specie di *corpus separatum*" rispetto al restante patrimonio del debitore, sia pure non in senso assoluto, ma di certo in senso relativo, rispetto al credito garantito e agli altri terzi creditori¹⁰².

In linea di principio, l'esecuzione individuale comporta così un vincolo di indisponibilità sul bene che ne costituisce l'oggetto e, conseguentemente, la concorrenza delle due esecuzioni non è ammissibile. La possibilità di tale concorrenza è stata addotta come un argomento contro l'ammissibilità di un'azione autonoma degli istituti¹⁰³: tuttavia, coloro che hanno adottato tale prospettiva non avrebbero però riflettuto a sufficienza sul fatto che alla banca è data la possibilità anche di surrogarsi all'azione esecutiva eventualmente intrapresa da altri, riconosciuta espressamente nel vigore della precedente normativa *ex art. 51 T.U. del 1905*¹⁰⁴, e mantenuta in vigore, nonostante la mancata reiterazione della previsione ad opera del nuovo testo unico, dalle posizioni prevalenti¹⁰⁵. Del resto, come già detto, è logico che la *contaminatio* tra le due procedure debba escludersi per le inevitabili e dannose conseguenze che si verificherebbero in caso di ingerenza reciproca tra i due processi¹⁰⁶.

Si deve, quindi, più propriamente concludere per la esclusività del credito fondiario:

¹⁰¹Cfr. TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 467.

¹⁰²In tal senso TARZIA, *ult. op. cit.*, p. 472 e ss.; SATTA, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, cit., p. 176.

¹⁰³Cfr. CIOTOLA, *L'esecuzione degli istituti di credito fondiario nel fallimento del debitore*, in *Dir. Fall.*, 1956, p. 22. V. BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 460, nota 88.

¹⁰⁴SATTA, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, cit., p. 177.

¹⁰⁵Si veda al proposito quanto detto in precedenza in questo capitolo.

¹⁰⁶Cfr. BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 462.

occorre peraltro precisare che si tratta di una esclusività di carattere relativo in quanto ove la banca non si avvalga della facoltà di esercizio dell'azione esecutiva sui beni ipotecati a suo favore, agli altri creditori e in particolare al curatore, non è precluso di procedere all'espropriazione¹⁰⁷.

Il sistema dovrebbe, quindi, essere ricostruito come segue: partendo dal presupposto più volte affrontato, per cui l'azione esecutiva sui beni ipotecati spetta agli istituti di credito sia anteriormente alla dichiarazione di fallimento, che a procedura concorsuale già pendente, in via esclusiva, la liquidazione può essere promossa solo in sede di esecuzione individuale¹⁰⁸; tale esclusività non deve essere intesa nel senso estremo che risulti interdetta ogni altra iniziativa da parte di altri creditori o del curatore; ove l'azione sia iniziata da questi ultimi, la banca ha però diritto di surrogarsi e dunque di condurre l'espropriazione¹⁰⁹.

Vale la pena di sottolineare che la surroga è un diritto, che gli istituti di credito fondiario possono ben decidere anche di non esercitare; ma in questo, e nell'analogo caso che si andrà ad esaminare, in cui l'istituto che si trovi dinanzi al fallimento già pendente scelga di non esercitare l'azione singolare e si limiti ad accettare che la liquidazione avvenga in sede concorsuale, si pone il problema di stabilire se esso possa comunque arrogarsi le prerogative riconosciutegli per il caso di esercizio dell'azione esecutiva (es. diritto all'immediato versamento del prezzo, etc.), ovvero se essa debba sottostare integralmente alle regole della procedura fallimentare.

Qualora il fenomeno della concorrenza si dovesse verificare, essa rappresenterebbe, invero, un fenomeno patologico: pare inconcepibile, infatti, che un terzo creditore o, in particolare, il curatore fallimentare inizi l'esecuzione quando questa sia già stata promossa dall'istituto di credito fondiario¹¹⁰.

Bisogna tuttavia chiedersi cosa accada qualora il pignoramento fondiario, sia esso

¹⁰⁷In tal senso BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 461.

¹⁰⁸MARTINETTO, *Rapporti tra fallimento ed espropriazione forzata*, cit., p. 206.

¹⁰⁹SATTA, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, p. 178.

¹¹⁰TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 472; SATTA, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, cit., p. 178.

antecedente alla dichiarazione di fallimento o successivo, sia seguito da una autorizzazione alla vendita da parte degli organi fallimentari. Come accennato, la situazione non è legittima in quanto, ai sensi dell'art. 107 l. fall.¹¹¹ al curatore è riconosciuta in generale la facoltà di subentrare nelle esecuzioni pendenti in parziale deroga al disposto dell'art. 51 l. fall. (che prevede il blocco delle azioni esecutive pendenti alla data di dichiarazione di fallimento)¹¹², ma in nessun caso è ad esso concesso di iniziare la medesima esecuzione *ex novo*¹¹³: è sua facoltà non subentrare, ma in tal caso deve rinunciare agli atti estinguendo la procedura singolare prima di dar corso alla liquidazione del fallimento¹¹⁴. Al curatore, inoltre, non è data la possibilità di subentro nel caso di espropriazione iniziata dall'istituto di credito fondiario in quanto la norma sopra richiamata non è suscettibile di applicazione in questa ipotesi, sorretta dalla previsione di carattere speciale (e dunque prevalente) di cui all'art. 41 comma 2° che espressamente prevede la prosecuzione ad opera dell'istituto¹¹⁵. Coerentemente con l'impostazione sin qui prospettata, esso deve quindi considerarsi privo del potere di promuovere la liquidazione dei beni che l'istituto di credito abbia sottoposto a vincolo esecutivo¹¹⁶. Secondo taluno l'unico mezzo di cui, giunti a questo punto, possa avvalersi la curatela al fine di tutelare gli interessi della massa, è quello di prendere parte al procedimento esecutivo promosso dall'istituto di credito fondiario al fine non solo di controllare l'azione dell'istituto di credito fondiario, ma principalmente per partecipare alla distribuzione del ricavato nell'interesse di tutti i creditori¹¹⁷.

¹¹¹Art. 107 co. 6°: "Se alla data di dichiarazione di fallimento sono pendenti procedure esecutive, il curatore può subentrarvi".

¹¹²BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 445.

¹¹³SATTA, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, cit., p. 179.

¹¹⁴Cfr. PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 583.

¹¹⁵In questo senso: BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 446 e 463.

¹¹⁶MARTINETTO, *Rapporti tra fallimento ed espropriazione forzata*, cit., p. 206.

¹¹⁷Si riferisce la posizione sostenuta da BONGIORNO, *ult. op. cit.*, p. 463. L'A. si inserisce nella prospettiva, che si analizzerà nel prosieguo dell'indagine, per cui il riparto in cui deve essere operata la liquidazione del ricavato della vendita forzata è quello dell'esecuzione e non, invece, quello concorsuale.

4. La sentenza della Cassazione 30 gennaio 1985, n. 582

Si intende prendere ora in considerazione una pronuncia dei giudici di legittimità inerente all'applicazione del principio di unicità delle procedure esecutive al caso di contemporanea pendenza di una procedura esecutiva individuale e della procedura fallimentare.

La S.C. chiamata a pronunciarsi in punto di ammissibilità e di limiti dell'azione esecutiva individuale per credito fondiario, e in particolare sul conflitto tra organi della procedura ed istituto di credito fondiario derivante dall'ammissione della vendita fallimentare in pendenza di esecuzione individuale, ha assunto una posizione opinabile secondo cui il "privilegio processuale" proprio del creditore fondiario non è tale da attribuirgli un diritto di "esclusiva" nella effettuazione della vendita, e fa salvo il potere dell'organo fallimentare di precederlo nella fase liquidativa¹¹⁸. La decisione, pur rappresentando una soluzione di compromesso sul piano pratico¹¹⁹, mal si conforma alla prospettiva assunta nell'indagine.

Nel caso di specie la Cassazione era stata investita del ricorso avverso l'ordinanza 9 luglio 1982 del Tribunale di Roma con cui lo stesso, rigettando il reclamo avverso un'ordinanza del giudice delegato, si era soffermato sulla specifica questione relativa alla possibilità per il fallimento di vendere gli immobili facenti parte della sua massa attiva, anche quando su essi sia iniziata la procedura esecutiva ad opera di un istituto di credito fondiario¹²⁰.

¹¹⁸Cfr. Cass., I Sez. Civ., 30 gennaio 1985, n. 582, in *Dir. Fall.*, 1985, con nota di BOZZA p. 383 e in *Foro it.*, 1985, I, p. 1722 e ss. con nota di COSTANTINO.

¹¹⁹In tal senso TARDIVO, *Il finanziamento fondiario nella nuova legge bancaria: aspetti processuali nell'art. 41*, cit., p. 798.

¹²⁰Trib. Roma, 9 luglio 1982, in *Dir. Fall.*, 1982, II, p. 1957 e ss.

Il giudice delegato, aveva disposto la vendita all'asta davanti a sé del medesimo bene oggetto dell'azione individuale promossa e coltivata dall'istituto di credito fondiario ancor prima della sentenza dichiarativa di fallimento, senza che fosse intervenuto alcun provvedimento, nemmeno di sospensione, ad opera del giudice dell'esecuzione. Cfr. PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 576.

Il Tribunale aveva affermato che il curatore può procedere alla vendita dei beni immobili appresi dal fallimento anche in pendenza della predetta procedura. La motivazione dell'ordinanza era impostata sull'indirizzo consolidato che consentiva agli istituti di credito fondiario l'inizio o la prosecuzione dell'esecuzione individuale dopo la dichiarazione di fallimento. Tuttavia, il provvedimento muoveva dall'assunto che tale, comunemente condiviso, presupposto non necessariamente implicasse che il fallimento non potesse procedere autonomamente alla liquidazione della massa attiva, ed in particolare dello stesso bene ipotecato. Affermava, infatti, il Tribunale che “la coesistenza e la concorrenza di tali procedure liquidatorie non trova neppure ostacolo nel principio generale sancito dagli artt. 524 e 561 c.p.c. secondo cui sullo stesso bene non possono coesistere contemporaneamente due diverse procedure esecutive, in quanto, a ben vedere, tale stesso principio non pare applicabile al caso di specie in cui coesistono una esecuzione individuale e una procedura concorsuale, tenuto anche conto della mancanza di omogeneità dei due sistemi esecutivi”¹²¹.

Il Tribunale sottolineava poi, in tale prospettiva, le gravi incongruenze sulla durata e sul completamento della procedura, cui darebbe luogo l'impossibilità per il fallimento di procedere alla liquidazione, in aperto contrasto con i fondamentali interessi alla eliminazione dal mercato delle imprese decotte e alla soddisfazione della massa creditoria che sono posti alla base della procedura stessa.

La Corte di Cassazione investita del ricorso avverso l'ordinanza suddetta¹²², si è pronunciata sul motivo di censura in cui il ricorrente sosteneva di possedere, sulla base del sistema di legge, un diritto esclusivo di procedere alla vendita dei beni su cui è stata esercitata l'azione esecutiva individuale. La S.C. adeguandosi all'impostazione dei giudici di merito, nella nota sentenza declamava che “l'assunto è privo di fondamento giuridico”¹²³ e confermava dunque il provvedimento del tribunale emesso in sede di reclamo ex art 26 l. fall. Rilevava infatti la Corte, riprendendo la

¹²¹Cfr. Trib. Roma, 9 luglio 1982, cit., p. 1958.

¹²²Cass. 30 gennaio 1985, n. 582, cit.

¹²³Cass. 30 gennaio 1985, n. 582, in *Dir. Fall.*, cit., p. 374.

decisione impugnata, che né le disposizioni delle leggi sul credito fondiario del 1905, né tanto meno gli articoli del c.p.c. che prevedono che sullo stesso bene non possono coesistere contemporaneamente due procedure esecutive¹²⁴, dispongano espressamente che agli organi fallimentari sia precluso di procedere con iniziative volte alla liquidazione dell'attivo nonostante l'avvenuto esercizio dell'azione individuale privilegiata. Detto altrimenti, queste norme riguarderebbero esclusivamente i procedimenti esecutivi, e non anche l'ipotesi di concorrenza di una procedura individuale con quella concorsuale. Partendo dall'esigenza di celerità che permea dalla base entrambi i sistemi¹²⁵, la Corte osservava, invero, che l'eventuale preclusione all'organo fallimentare della possibilità di liquidare i beni ancora prima dell'istituto, non sarebbe valsa a salvaguardare nessun interesse di quest'ultimo e riteneva, dunque, di attribuire ad entrambi i soggetti, giudice delegato e giudice dell'esecuzione, il diritto di procedere alla vendita, privilegiando quella che presenti maggiore speditezza in termini di liquidazione del bene.

Infine, i giudici di legittimità osservavano che l'esistenza di un privilegio sul credito dell'istituto fondiario che consente a quest'ultimo di vedere interamente soddisfatto il proprio diritto sul ricavato della vendita, verrebbe pienamente rispettata anche ove la vendita sia eseguita dal curatore: quest'ultimo avrebbe infatti l'obbligo di attribuire immediatamente all'istituto le somme che gli spettano anche prima, e al di fuori, della graduazione dei crediti e della formazione piano di riparto¹²⁶. Di conseguenza, dal fatto che la vendita sia eseguita dall'organo fallimentare, all'istituto di credito fondiario non potrebbe derivare alcun pregiudizio.

La conclusione della Corte è che quindi, l'esecuzione individuale non comporta un vincolo di indisponibilità che resiste al vincolo fallimentare per quanto riguarda i beni

¹²⁴ Artt. 524 e 561 c.p.c.

¹²⁵ Al tempo della pronuncia l'art. 104 comma 2° l. fall. disponeva che la liquidazione dell'attivo potesse essere eseguita anche prima della nomina del comitato dei creditori e prima della dichiarazione di esecutività dello stato passivo, e l'art. 52 T.U. 1905 a sua volta prevedeva la riduzione dei termini della metà.

¹²⁶ Il diritto sarebbe tutelato con i mezzi del reclamo ex art. 26 l. fall. e del ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost.; cfr. Cass., 30 gennaio 1985, n. 582 in *Dir. Fall.*, cit., p. 382.

che ne sono oggetto¹²⁷; pertanto, le due procedure ben potrebbero considerarsi “parallele”. La prevalenza dell'una sull'altra sarebbe data solo dalla “priorità temporale dell'intervento attuativo nella fase liquidatoria”¹²⁸.

Riservando al paragrafo successivo le osservazioni in merito alla sentenza che si annota, di fatto si deve ammettere che essa misconosce, totalmente il principio fondamentale della litispendenza per il caso di concorso tra azione esecutiva individuale per credito fondiario e fallimento, ammettendo, invece, apertamente la possibilità di una duplice autonoma esecuzione, in contrasto con quanto si è affermato in precedenza.

È questa una conclusione condivisa anche da autorevole dottrina¹²⁹, la quale sostiene che nella disciplina sul credito fondiario non è rinvenibile alcuna norma che deroghi al principio di universalità oggettiva, in base al quale dalla data di dichiarazione di fallimento il fallito è interamente sprossato dei suoi beni che vengono inventariati e presi in consegna dal curatore ai sensi dell'art. 88 l. fall., e così, acquisiti al fallimento. Tale orientamento afferma che l'espressa previsione di cui all'art. 42 comma 1° T.U. del 1905 (che impone al curatore di pagare le rendite dell'immobile ipotecato), oggi art. 41 comma 3° T.U.B, nonché quella di cui all'art. 55 (che impone all'acquirente di pagare all'istituto ogni credito per capitale, interessi e spese), sebbene non riprodotta nel nuovo dettato normativo, portano, invece, al contrario a confermare che anche i beni ipotecati oggetto di esecuzione individuale rientrano nella massa attiva che rimane nella disponibilità del fallimento, e che non si abbia, dunque, alcuna avulsione del bene dalla massa, né tanto meno alcuna formazione di massa separata¹³⁰. A

¹²⁷BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 1985, II, p. 373.

¹²⁸Cfr. Cass., 30 gennaio 1985, n. 582 in *Dir. Fall.*, cit., p. 382.

¹²⁹Si veda BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, cit., p. 374 e ss.; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 158 e ss.; TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, cit., p. 556. Nello stesso senso anche CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 372.

¹³⁰Cfr. quanto detto nel paragrafo precedente, p. 72.

sostegno di ciò è addotta, in riferimento al nuovo tessuto normativo, l'abrogazione delle disposizioni da cui, nel vigore della vecchia normativa, avrebbe potuto desumersi una prevalenza dell'esecuzione fondiaria¹³¹.

Il ragionamento a parziale sostegno della posizione assunta dai giudici di legittimità è poi condotto alle sue estreme conclusioni, laddove si afferma che, non perdendo il curatore la disponibilità degli immobili ipotecati a favore del credito fondiario già oggetto di procedimento esecutivo individuale, non rimane alcun motivo per precludere alla curatela la liquidazione¹³². Quest'ultima risulterà tanto più opportuna qualora si presenti più celere di quella singolare¹³³, posto che gli artt. 524 e 561 c.p.c. riguarderebbero solo i procedimenti esecutivi individuali ma non la possibilità di concorrenza di una procedura individuale con quella concorsuale. Diversamente (si ritiene), resterebbe senza spiegazione la deroga fatta salva dall'art. 51 l. fall.¹³⁴.

Anche chi ha ragionato in questo modo non ha tuttavia mancato di criticare la S.C. laddove questa ha cercato di giustificare la concorrenza con l'esigenza di celerità della liquidazione. Pur riconoscendo che questa vige nell'ambito dell'esecuzione fondiaria, lo stesso non può dirsi per la liquidazione concorsuale che incontrava un limite nella previsione del primo comma art. 104 l. fall., vigente allorquando veniva mossa la censura, che differiva la liquidazione, salvo casi eccezionali autorizzati con decreto motivato del giudice delegato, all'emanazione del decreto di esecutività dello stato passivo ex artt. 96 e. 97 l. fall.¹³⁵.

Vi è da notare che l'art. 104 l. fall. veniva a porre in tal modo una precisa *consecutio temporis* tra la fase di accertamento del passivo e la liquidazione dell'attivo. A seguito

¹³¹Come per esempio gli artt. 41, 45, 49, 51 e 52 del vecchio T.U.; cfr. TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, cit., p. 556, nota 9.

¹³²Cfr. BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, cit., p. 374; ID., *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 160.

¹³³TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, cit., p. 556.

¹³⁴Cfr. BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 158, nota 14.

¹³⁵BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, cit., p. 376.

della novella intervenuta con il più volte richiamato d.lgs. 5/2006 e dell'abrogazione del testo dell'art. previgente, la relazione di successione temporale tra queste due fasi è venuta meno: infatti, la formulazione dell'art. 104 *ter* subordina oggi l'inizio della liquidazione alla sola approvazione ad opera del giudice delegato del programma di liquidazione predisposto dal curatore entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, in modo del tutto svincolato e a prescindere dall'emanazione del provvedimento di accertamento dello stato passivo e dalla sua esecutività¹³⁶. Al curatore può essere concesso di procedere con la liquidazione anche prima dell'approvazione del programma, previa autorizzazione del giudice delegato, ma solo ove dal ritardo possa derivare un pregiudizio all'interesse dei creditori¹³⁷.

Anche un altro Autore guarda con favore alla soluzione frutto della sentenza in commento che lascerebbe impregiudicato il potere degli organi fallimentari di ordinare la vendita dell'immobile ipotecato pur in pendenza di azione esecutiva, seppur contenendolo entro limiti che consentano al creditore fondiario di mantenere, e di non vedere travalicata, la posizione di vantaggio ad esso riconosciuta che gli consente di attivare la liquidazione evitando di soggiacere ai ritardi che la procedura fallimentare è destinata ad accumulare¹³⁸.

Singolare e intermedia soluzione è assunta da chi, avvallando la soluzione della S.C., ha cercato di articolare maggiormente l'argomentazione che ne è alla base, riconoscendo - come pure aveva fatto la Corte - il fondamentale principio di unicità delle procedure esecutive. Tuttavia, a differenza degli strumenti richiamati dalla dottrina per disporre la riunione delle procedure esecutive eventualmente iniziate sul medesimo bene¹³⁹, esso ritiene che l'anzidetto principio vada considerato in

¹³⁶BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*, Trento, 2008, p. 297 e ss. ed *ivi* opportuni richiami.

¹³⁷V. art. 104 *ter*, co. 6°.

¹³⁸Cfr. ABETE, *Il credito fondiario tra concorso sostanziale e concorso formale*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1996, p. 561.

¹³⁹Si allude al meccanismo della riunione *ex art.* 273 c.p.c. per il caso di procedure che pendano davanti al medesimo ufficio giudiziario ed a quello della litispendenza *ex art.* 39 c.p.c. per l'ipotesi in cui esse pendano dinanzi a uffici giudiziari diversi, come già illustrato in precedenza, p. 60 ss.

riferimento a quanto stabilito nell'art. 493 ultimo comma c.p.c. che prevede l'autonomia di ciascun pignoramento¹⁴⁰. Ai sensi del combinato disposto dell'art. menzionato e dei successivi artt. 524 e 561 c.p.c., infatti, ciò comporterebbe che i creditori che hanno eseguito i pignoramenti successivi potrebbero chiedere la vendita finché non l'abbia chiesta il creditore primo pignorante, e dunque che la prevalenza debba essere risolta nel senso di privilegiare quella che presenti maggiore speditezza in termini di liquidazione del bene¹⁴¹. La Corte, inserendosi in questa prospettiva, dunque, molto pragmaticamente affermerebbe che medesimo principio varrebbe a regolare anche il caso in cui la seconda espropriazione si svolga autonomamente, poiché l'interesse dei creditori, compreso quello primo pignorante, che in questo caso corrisponderebbe all'istituto di credito fondiario, è quello ad una rapida realizzazione del credito¹⁴².

La Corte di Cassazione, chiamata nuovamente a pronunciarsi in punto di legittimità del provvedimento del giudice delegato che disponga la vendita in costanza di procedura esecutiva per credito fondiario, con sentenza 28 gennaio 1993, n. 1025¹⁴³, conformemente alla posizione assunta in precedenza, ha affermato ancora una volta che il giudice delegato ben può disporre la vendita dell'immobile sottoposto ad esecuzione da un istituto di credito fondiario, non essendo le due procedure, singolare e collettiva, incompatibili in quanto le norme del codice di rito civile che escludono la coesistenza di due o più procedure esecutive relative allo stesso bene concernono solamente i rapporti tra procedure esecutive individuali e dovendosi, quindi, il concorso tra i due procedimenti espropriativi, individuale e concorsuale, risolversi in base all'antiorità del provvedimento che dispone la vendita. Del

¹⁴⁰Art. 493 ult. cpv.: "Ogni pignoramento ha effetto indipendente, anche se è unito agli altri in un unico processo".

¹⁴¹In tal senso INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori : art. 51-63 sub. art. 51*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, cit., p. 45.

¹⁴²COSTANTINO, *Sui rapporti tra fallimento, espropriazione per credito fondiario ed esecuzione esattoriale*, in *Foro It.*, 1985, p. 1728. *Amplius* in COSTANTINO, *Le espropriazioni forzate speciali*, Milano, 1984, p. 145 e ss., in particolare p. 150.

¹⁴³Cass. 28 gennaio 1993, n. 1025, in *Dir. Fall.*, 1993, II, p. 802 e ss e in *Il Fall.*, 1993, p. 720.

medesimo avviso si segnala anche da ultimo la recente ordinanza del Tribunale di Roma 26 luglio 2005¹⁴⁴.

5. (segue). Perplessità ed osservazioni critiche: il criterio della priorità temporale e del provvedimento che dispone l'antiorità della vendita

Della teoria della cd. duplice autonoma esecuzione, affermata nelle sentenze richiamate dalla Suprema Corte, è permesso dubitare. Ci si prefigge, quindi, l'obiettivo di valutarla nelle pagine che seguono sulla base della motivazioni addotte dai giudici di legittimità per giustificare l'esistenza di due giudizi che vertono sul medesimo bene e che perseguono il medesimo interesse¹⁴⁵ e che così, alla luce delle considerazioni svolte in precedenza, possono definirsi uguali, in contrasto con il principio di unicità delle procedure che, nell'ambito del processo esecutivo, esclude che sullo stesso bene possano svolgersi contemporaneamente e parallelamente due procedure espropriative aventi il medesimo oggetto, e che, sempre alla luce del ragionamento condotto anteriormente, si ritiene pienamente operante anche nel caso che ci occupa.

Ammettendo la coesistenza della procedura esecutiva individuale e della procedura concorsuale, la Corte risolve la concorrenza attribuendo la prevalenza di una procedura sull'altra sulla base del criterio della priorità temporale¹⁴⁶. Non è, peraltro, immediatamente comprensibile quale sia l'esatto significato da attribuire a tale espressione, e risultano, pertanto, da stabilire i limiti temporali concreti entro cui la

¹⁴⁴In *Giur. Merito*, 2006, p. 642.

¹⁴⁵Inconveniente sottolineato a chiare lettere da TARDIVO, *Litispendenza e interesse nel processo esecutivo*, cit., p. 823.

¹⁴⁶Della "priorità nell'intervento attuativo della fase liquidatoria", cfr. Cass., 30 gennaio 1985, n. 582 in *Dir. Fall.*, cit., p. 382.

curatela e gli istituti di credito possono procedere alla liquidazione¹⁴⁷.

Sembra di doversi escludere che con essa si voglia riferimento alla priorità della presentazione dell'istanza di vendita, in quanto nelle procedure individuali tale atto deve essere depositato entro novanta giorni dal pignoramento ai sensi dell'art. 497 c.p.c.¹⁴⁸. Ne deriverebbe, quindi, che quasi mai la procedura concorsuale riuscirebbe, per ragioni di tempo, a dar corso alla liquidazione¹⁴⁹. Una conferma in tal senso viene dalla stessa Cassazione che ha affermato che “dovrà attribuirsi prevalenza non tanto alla procedura in cui sia stata prioritariamente proposta l'istanza di vendita, ma a quella in cui per prima sia stata disposta la vendita dell'immobile”¹⁵⁰.

La locuzione si presta, però, anche ad ulteriori interpretazioni; essa può venire riferita all'ordinanza di fissazione delle modalità di vendita: a questa fa espressamente riferimento il Tribunale di Prato¹⁵¹, il quale afferma che “[...] una volta che è stata fissata la vendita in una delle due procedure, l'altra non può assoggettare il bene esecutato contemporaneamente alla vendita perché, in questo caso, potrebbero sorgere insanabili conflitti di interessi fra diversi aggiudicatari”; si ritiene di specificare che il termine ultimo che andrebbe privilegiato dovrebbe, più esattamente, essere individuato nel momento di pubblicazione, ovvero del deposito, dell'ordinanza di vendita che permette a ciascuno dei due enti precedenti di venire a conoscenza di quanto avviene nell'altra procedura¹⁵².

Si potrebbe riportare l'espressione al provvedimento di aggiudicazione. C'è poi chi,

¹⁴⁷BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, cit., p. 376.

¹⁴⁸Art. 497 c.p.c.: “Il pignoramento perde efficacia quando dal suo compimento sono trascorsi novanta giorni senza che sia stata richiesta l'assegnazione o la vendita”.

¹⁴⁹Così PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 576.

¹⁵⁰Cfr. Cass. 28 gennaio 1993, n. 1025, in *Dir. Fall.*, 1993, II, p. 804.

¹⁵¹Tribunale di Prato, 27 febbraio 1984, decreto, in *Dir. Fall.*, 1984, II, p. 1075 richiamato da BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, cit., p. 376.

¹⁵²In tal senso ampia parte della dottrina: BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, cit., p. 376 e ID. *La perpetuazione dei privilegi degli istituti di credito fondiario*, cit., p. 789; CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 371; D'ORAZIO, *Il credito fondiario e le preclusioni nel fallimento*, in *Giur. Merito*, 2008, p. 763 e ss; PENTA, *I rapporti tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale. Il credito fondiario*, cit., p. 295.

ancora, ritiene che il momento cui fare riferimento andrebbe individuato nell'emanazione del decreto di trasferimento: si sostiene infatti che, sotto un profilo logico, non meno che pratico, volendo portare alle estreme conseguenze le affermazioni della Cassazione sulla prevalenza in base alla "priorità dell'intervento attuativo nella fase liquidativa", sarebbe opportuno attribuire la prevalenza a chi per primo riesca ad ottenere il decreto di trasferimento in quanto, solo con quest'ultimo atto si ha la conferma definitiva di quale sia stata l'esecuzione maggiormente celere; né il provvedimento che dispone la vendita, e neppure quello di aggiudicazione definitiva possono dare questa garanzia: infatti, potrebbe sempre accadere che il bene che risulti venduto in una sede, sia poi nella realtà liquidato più velocemente l'altra per i motivi più vari (ad es. perché l'asta è stata fissata in tempi più ristretti; o per la mancanza di acquirenti, che impone la fissazione di nuovi incanti, etc.), così come può verificarsi che il bene aggiudicato prima in una sede non dia comunque luogo al trasferimento, ad es. per il mancato pagamento del prezzo¹⁵³.

Parte della giurisprudenza di merito¹⁵⁴, nell'ammettere la concorrenza delle due procedure, ha ritenuto che l'antiorità della vendita dovesse essere intesa nel senso che qualora nel fallimento pendente sia già stata disposta la vendita dei cespiti gravati da ipoteca a favore dell'istituto di credito fondiario, la successiva istanza di vendita proposta al giudice dell'esecuzione individuale dovesse essere disattesa¹⁵⁵.

A ben vedere però, l'ordinanza 10 gennaio 1997 del Tribunale di Roma introduce un discorso diverso, che riguarda piuttosto la regolarità formale della garanzia nelle sue fasi di svolgimento¹⁵⁶. Se è vero, infatti, che l'aver intrapreso o proseguito l'azione esecutiva da parte dell'istituto di credito fondiario non comporta, per la procedura fallimentare, una sorta di indisponibilità del bene sottoposto a siffatta esecuzione¹⁵⁷,

¹⁵³Cfr. SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 811.

¹⁵⁴Tribunale di Roma, 10 gennaio 1997, in *Dir. Fall.*, 1997, II, p. 398 e ss. con nota di DI GRAVIO.

¹⁵⁵Affermazione richiamata da PENTA, *I rapporti tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale. Il credito fondiario*, cit., p. 295.

¹⁵⁶Cfr. DI GRAVIO, *Lo slalom gigante dell'espropriazione fra credito fondiario e fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1997, II, p. 399.

¹⁵⁷Secondo la ricostruzione della posizione prospettata dai giudici di legittimità di cui al paragrafo

deve essere altresì ammesso che, una volta che è stata fissata la vendita in una delle due procedure, l'altra non può assoggettare il bene contemporaneamente ad altra vendita poiché in questo caso potrebbero sorgere conflitti di interessi tra i vari aggiudicatari. Il giudice delegato, pendendo l'esecuzione promossa dal credito fondiario, alla domanda del curatore di procedere alla vendita del bene e di non inserirsi nella esecuzione già in atto, ha così il potere di accogliere la domanda e di fissare la vendita, a condizione, però, che nel procedimento individuale la stessa non sia ancora stata fissata¹⁵⁸.

Secondo un'altra impostazione il criterio del cd. *prior in tempore* (criterio dell'anteriorità temporale) potrebbe essere ricondotto all'inizio dell'attività esecutiva, come sinonimo di notifica del titolo esecutivo ovvero del precetto (per la peculiarità della fase degli atti prodromici all'esecuzione riservata dal T.U.B al creditore fondiario): si dovrebbe, quindi, riconoscere che chi prima inizia il giudizio può continuare a procedere. Per assurdo, tale ragionamento condurrebbe, in pratica, al riconoscimento concreto che è l'elemento che determina la pendenza del giudizio, e cioè la litispendenza, a rappresentare il momento cardine sotto questo aspetto. Perciò, mentre il criterio della priorità del giudizio inteso come anteriorità dell'atto introduttivo risulterebbe coerente con la ricostruzione che applica il principio di unicità anche al caso di contemporanea pendenza di una procedura esecutiva individuale e di una concorsuale secondo i principi generali del diritto, e potrebbe, dunque, essere in astratto accettato, non può essere in alcun caso legittimo ammettere due procedure in concorrenza tra loro sulla base del principio del chi primo vende, vende bene: a tanto varrebbe, a questo punto, ammettere la possibilità per un creditore di instaurare più cause per lo stesso titolo e per la realizzazione del medesimo interesse, per vedere quale giudice procede più rapidamente¹⁵⁹.

precedente.

¹⁵⁸Per il riferimento al momento della ordinanza di fissazione della vendita, Tribunale di Prato, 27 febbraio 1984, cit., p. 1075. Per le osservazioni si veda DI GRAVIO, *Lo slalom gigante dell'espropriazione fra credito fondiario e fallimento*, cit., p. 399.

¹⁵⁹Tesi prospettata da TARDIVO, *Litispendenza e interesse nel processo esecutivo*, cit., p. 823 e ss ;ID., *Il*

Vi è chi ritiene che la S.C. nella decisione abbia preferito non precisare il punto, contando sul concreto buon senso degli operatori, anche al fine di consentire una sorta di altalena tra tentativi di vendita fallimentare ed esperimenti di aste nell'esecuzione individuale¹⁶⁰, ma non pare si possa in alcun modo prestare assenso ad una siffatta giustificazione in quanto si verrebbe a creare un'incolmabile lacuna sotto il profilo della certezza del diritto.

Ad ogni modo, qualunque sia l'orientamento che si ritiene maggiormente corretto, non sembra possa prestarsi adesione al criterio della priorità temporale di per sé inteso che appare criticabile nello stesso assunto di fondo poiché determinerebbe, qualunque sia il provvedimento, una insensata corsa a prevalere sul piano temporale con duplicazione dell'attività giurisdizionale e sostenimento di costi inutili¹⁶¹.

6. (segue). Ulteriori obiezioni di ordine letterale e sostanziale

La S.C. nel pronunciarsi sul motivo di ricorso illustrato in precedenza, riconosce in capo al creditore fondiario il permanere del privilegio processuale di dar corso ad esecuzione individuale nonostante la pendenza di fallimento in conformità all'indirizzo consolidato nella giurisprudenza e nella dottrina¹⁶². Tuttavia, nell'ammettere l'esistenza dell'azione concorsuale in parallelo a quella singolare (e così nel consentire agli organi fallimentari la vendita degli immobili ipotecati a garanzia del creditore fondiario, già oggetto di espropriazione da parte di quest'ultimo), la Corte propone un

finanziamento fondiario nella nuova legge bancaria: aspetti processuali nell'art. 41, cit., p. 799; ID., Il credito fondiario nella nuova legge bancaria, cit., p. 263.

¹⁶⁰In questo senso PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 577.

¹⁶¹PADOVINI, *op. ult. loc. cit.*; PENTA, *I rapporti tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale. Il credito fondiario*, cit., p. 295.

¹⁶²Si rimanda ancora una volta a quanto detto precedentemente in questo capitolo.

sistema poco convincente sotto molteplici profili. Ed infatti la Cassazione muove da presupposti e giunge a conseguenze fortemente criticabili suggerendo un'interpretazione del privilegio che, come si avrà modo di constatare, sostanzialmente svuota il contenuto precettivo dello stesso e la clausola di riserva di cui all'art. 51 l. fall.¹⁶³. Essa afferma che se è ben vero che la disciplina normativa attribuisce al creditore fondiario la facoltà di iniziare o proseguire l'azione esecutiva, è altrettanto innegabile che nessuna norma vieta agli organi fallimentari di liquidare anche i beni che siano già assoggettati a simili esecuzioni.

Tuttavia, se non ci si inganna, l'assenza di un espresso divieto da parte del legislatore è tutt'altra cosa rispetto ad un riconoscimento positivo che attribuisca in capo agli organi fallimentari il potere di procedere alla liquidazione dei beni immobili suddetti¹⁶⁴. A questo proposito si è anzi evidenziato che la formulazione letterale dell'art. 42 T.U. 1905 con l'avverbio “sempre¹⁶⁵” induce a ritenere che il legislatore, nel riconoscere il privilegio, abbia voluto garantire al creditore fondiario l'azione esecutiva individuale nella sua interezza, e così tutte le tutele che sono proprie delle azioni esecutive individuali, anche quelle derivanti dal principio di unicità e dalla disciplina dei pignoramenti successivi¹⁶⁶.

I giudici di legittimità aggiungono poi che, alla luce dell'esigenza di celerità che permea entrambi i sistemi esecutivi, quello individuale e quello concorsuale, nessun pregiudizio potrebbe derivare all'istituto, ove il suo credito risulti realizzato anteriormente in sede fallimentare, posto che questi potrebbe percepire immediatamente dal curatore il ricavato della vendita conclusasi in sede concorsuale.

¹⁶³In tal senso PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 579, TARZIA, *Azioni esecutive speciali e fallimento*, in *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, cit., p. 514; SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 811.

¹⁶⁴Cfr. PADOVINI, *op. ult. loc. cit.*

¹⁶⁵L'art. 42 co. 2° T.U. 1905 prevedeva che “Le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario sono *sempre* applicabili anche in caso di fallimento del debitore per i beni ipotecati agli istituti di credito fondiario”.

¹⁶⁶Si veda ancora una volta PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 579.

Anche questa argomentazione non sembra però *tranchant*. In primo luogo non appare sufficiente invocare il principio di celerità della procedura fallimentare. È vero che, a maggior ragione alla luce della riforma del 2006, tutta la disciplina del fallimento è ispirata alla realizzazione di un'esigenza di speditezza¹⁶⁷. Peraltro, ci sembra si tratti di un obiettivo comune a tutte le procedure¹⁶⁸.

Oltretutto non si deve dimenticare che questa sia pur fondamentale esigenza deve essere conciliata con gli altri principi fondamentali del processo¹⁶⁹.

Il primo e fondamentale principio che viene infirmato dalla sentenza in commento è, dunque, proprio il principio di unicità delle procedure esecutive. La Corte, nel richiamare il principio che impone la riunione delle procedure esecutive iniziate su un medesimo bene (artt. 524 e 561 c.p.c.), riconosce che esso trova applicazione nel caso di concorso di due procedure esecutive individuali, ma nega che sia riferibile anche all'ipotesi di coesistenza di una procedura esecutiva singolare con la procedura concorsuale¹⁷⁰. Come già affermato, pare, invece, indiscutibile che questo principio debba applicarsi anche al caso escluso dalla S.C.: qui non vengono meno le esigenze di fondo dell'ordinamento giuridico che ne sono alla base, quali in primo luogo l'esigenza di economia processuale, nonché l'esigenza di tutela dei terzi che sarebbero minate

¹⁶⁷ Ci si riferisce al dettato dell'art. 104 *ter* l. fall. che oggi slega l'inizio della liquidazione concorsuale dal deposito del provvedimento di accertamento dello stato passivo. La norma poco sopra richiamata, infatti, legittima il curatore alla liquidazione dell'attivo concorsuale dopo l'approvazione del programma di liquidazione. È questo un atto che il curatore deve predisporre entro sessanta giorni dal deposito dell'inventario. Come si vede, nessun riferimento viene previsto al provvedimento conclusivo della fase di accertamento del passivo; pertanto, con ogni probabilità, (attesa anche la lungaggine propria di questa fase in base al numero consistente di domande da esaminare) può oggi affermarsi che la liquidazione dell'attivo possa avvenire in tempi molto più rapidi del passato. Sul punto ESPOSITO, *Il programma di liquidazione: profili applicativi*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, (diretto da) Jorio (coordinato da) Fabiani, II, Bologna, 2007, p. 1670 e ss.

¹⁶⁸ Cfr. quanto detto a p. 79, riprendendo l'osservazione di BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, cit., p. 376.

¹⁶⁹ La durata ragionevole del processo è sancita espressamente sia a livello costituzionale, dall'art. 111 co. 2° Cost., nonché a livello comunitario dall'art. 6 Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali (Cedu). Cfr. PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 580, nota 10.

¹⁷⁰ “[...] gli artt. 524 e 561 c.p.c. (secondo cui sullo stesso bene non possono coesistere contemporaneamente due procedure esecutive), [...] quel divieto riguarda solo i procedimenti esecutivi individuali, e non, invece, la possibilità di concorrenza di una procedura individuale con quella concorsuale”. Cfr. Cass. 582/1985 in *Dir. Fall.*, cit., p. 375.

dal proseguimento parallelo delle due procedure¹⁷¹.

Taluno ha ritenuto di portare a sostegno di tale assunto la previsione di cui all'art. 105 l. fall. (nel testo previgente la novella intercorsa con d.lgs. 5/2006). Questa norma disponeva che alle vendite dei beni mobili o immobili del fallimento si applicassero le disposizioni del c.p.c. relative al processo di esecuzione in quanto compatibili. Da essa poteva ricavarsi, seppur in modo non evidente, un rinvio ai già citati artt. 524 e 561 c.p.c. in quanto il richiamo alle norme sulla vendita avrebbe incluso anche le disposizioni sul pignoramento successivo, che in qualche modo attengono alla fase del processo esecutivo relativo alla vendita stessa¹⁷². Le modalità della vendita sono oggi disciplinate all'art. 107 l. fall, ove, dopo le ulteriori modifiche apportate con d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169¹⁷³, si prevede che “Le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione sono effettuati dal curatore tramite procedure competitive [...] assicurando con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati”¹⁷⁴.

Si potrebbe allora sostenere che sia venuto meno un argomento, quello di ordine letterale, per il quale anche le vendite fallimentari sono sottoposte alle norme del codice di proc. civile. Tuttavia, sarebbe questa una conclusione affrettata.

Il legislatore della riforma ha in parte ripreso la disposizione previgente, stabilendo che il curatore possa prevedere nel programma di liquidazione che le vendite dei beni mobili, immobili e mobili registrati siano effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili; alla luce di tale eventualità si ritiene che l'osservazione riportata sia atualizzabile e sostenibile anche sulla base del nuovo impianto normativo.

¹⁷¹In tal senso anche TARZIA, *Azioni esecutive speciali e fallimento*, cit., p. 513, PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 581.

¹⁷²Cfr. PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 582.

¹⁷³Pubblicato in G.U. 16/10/2007, n. 241.

¹⁷⁴Sul tema della liquidazione dell'attivo, tra i molti, QUATRARO ed ESPOSITO, sub. *art. 104 ter*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, (diretto da) Jorio (coordinato da) Fabiani, cit., p. 1660 e ss.; BONSIGNORI, *Liquidazione dell'attivo*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, cit., p. 41 ss.

Ma non solo. L'esigenza di celerità, in uno con tutte le altre esigenze di tutela del ceto creditorio, ben potrebbero essere soddisfatte nel rispetto del principio di unicità delle procedure, ammettendo la partecipazione degli organi fallimentari all'esecuzione individuale. Così, si potrebbe riconoscere che il curatore possa procedere, nell'eventuale inerzia dell'istituto di credito, intervenendo nell'esecuzione: egli, per esempio, potrebbe sollecitare la liquidazione, richiedendo la determinazione delle modalità della vendita, e magari la fissazione dell'asta a tutela degli interessi della massa, dal momento che l'esecuzione promossa dall'istituto di credito fondiario si risolve in una agevolazione di carattere strettamente processuale, senza violare la *par condicio creditorum*¹⁷⁵. Altri, invece, sostengono che l'intervento del curatore nella procedura debba limitarsi a un intervento "passivo", essenzialmente privo di poteri di iniziativa, volto principalmente ad una generica azione di controllo dell'azione dell'istituto di credito fondiario, e a partecipare alla distribuzione del ricavato nell'interesse dei creditori ammessi¹⁷⁶.

Vi è poi un altro aspetto per il quale la pronuncia suscita perplessità. Si è già osservato che la Cassazione, nell'ammettere il concorso tra espropriazione individuale e procedura concorsuale, ritiene che nessun pregiudizio potrebbe derivare all'istituto di credito a fronte di una liquidazione avvenuta in sede fallimentare, giusta il suo diritto a percepire comunque immediatamente la somma ricavata¹⁷⁷. Ponendosi in netto contrasto con la soluzione tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza maggioritaria¹⁷⁸, la Corte afferma, dunque, pur senza alcun espresso riferimento

¹⁷⁵Si inseriscono in questa prospettiva TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 473, PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 585.

¹⁷⁶Cfr. BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 464, che si inserisce però in una prospettiva che esclude l'onere di insinuazione al passivo da parte del creditore fondiario e che ritiene che la distribuzione del ricavato debba essere operata in sede esecutiva, e non invece concorsuale, sulla base del piano di riparto predisposto dal giudice dell'esecuzione.

¹⁷⁷Cass. 582/1985, cit., p. 383.

¹⁷⁸Cfr. Cass. 10 ottobre 1981 n. 5944, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1982, p. 17; Cass, 2 febbraio 1978, n. 458, in *Giust. Civ. Mass.*, 1978, p. 184; App. Bologna, 24 giugno 1986, in *Dir. Fall.* 1987, II, p. 103; Trib. Roma, 13 luglio 1985, in *Il Fallimento*, 1986, p. 216.

testuale, che l'art. 55 T.U. del 1905, la cui previsione ammette che qualora la vendita avvenga in sede individuale l'istituto ha diritto di percepire dall'aggiudicatario la parte di prezzo corrispondente alle proprie pretese creditorie, sia applicabile anche al caso di vendita eseguita ad opera degli organi del fallimento¹⁷⁹.

La maggioranza della giurisprudenza e della dottrina però nega tradizionalmente tale diritto qualora la vendita avvenga nell'ambito della procedura concorsuale, come nel caso che ci occupa¹⁸⁰; a ben vedere, infatti, nelle norme del T.U. 1905, una siffatta disposizione, che attribuisca al curatore l'obbligo di versare agli istituti di credito fondiario le somme ricavate dalla liquidazione dei beni eseguiti, non esiste. Di certo non la contiene l'art. 42 comma 1°, che dispone soltanto che in caso di dichiarazione di fallimento il curatore versi all'istituto la rendita dei beni ipotecati, sia pur in via provvisoria e salvo l'obbligo dell'istituto di restituire a chi di ragione in conformità del disposto dell'art. 55¹⁸¹; tanto meno, simile previsione potrebbe dedursi sulla base del richiamo operato dal secondo comma dell'art. 42 T.U. 1905, che ritiene le disposizioni sempre applicabili anche in caso di fallimento.

Del pari, nessun appiglio normativo può ricavarsi dall'art. 55 T.U. 1905 che imponeva all'aggiudicatario di pagare immediatamente all'istituto, senza attendere la definitiva graduazione dei crediti, la parte di prezzo che corrisponde al credito dell'istituto in capitale, accessori e spese: questa norma era rivolta al compratore degli immobili e non al curatore. Pur riconoscendo un ulteriore privilegio all'istituto che aveva promosso l'esecuzione individuale, che in tal modo poteva vedere realizzato il proprio diritto in via anticipata, ancorché provvisoriamente, non creava alcuna eccezione nell'ambito del fallimento in cui il curatore tratteneva il ricavato della liquidazione in

¹⁷⁹Cfr. Cass. 582/1985, cit., p. 381 ove si legge che la pretesa dell'istituto di vedere soddisfatto interamente il proprio credito non resta inattuata se la vendita viene eseguita dal curatore, poiché questi deve immediatamente attribuire all'istituto le somme che gli spettano (...).

¹⁸⁰Si veda SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 812, BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, cit., p. 376.

¹⁸¹Cfr. BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, cit., p. 376.

attesa dell'approvazione del piano di riparto. La norma era dunque destinata a trovare applicazione anche in corso di fallimento, ma nell'ambito dell'esecuzione individuale promossa dall'istituto in deroga all'art. 51 l. fall, e non invece nel caso di vendita promossa dal curatore¹⁸².

Sulla base di questi primi rilievi, è già possibile notare come consentire la vendita ad opera del fallimento dei beni assoggettati ad esecuzione da parte degli istituti di credito fondiario, significa incidere sensibilmente sul loro diritto, legislativamente sancito, ad un soddisfacimento immediato¹⁸³.

A seguito dell'abrogazione del T.U. 1905 operata con il d.lgs. 385/1993, l'impianto normativo è fortemente mutato. Oggi, il comma 4 dell'art. 41 riproduce, seppur con qualche differenza sostanziale, l'art. 55 T.U. 1905 stabilendo che "[...] aggiudicatario e assegnatario che non intendano valersi delle facoltà di subentro nel contratto di finanziamento prevista dal comma 5, versino direttamente alla banca la parte del prezzo corrispondente al complessivo credito della stessa. *Omissis*"¹⁸⁴.

Si discute, ancora, se la disposizione possa essere applicata anche al caso di liquidazione operata in sede fallimentare; in occasione della recente riforma del T.U.B. realizzatasi con d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342¹⁸⁵, il disegno di legge prevedeva l'inserimento nell'art. 41 di un comma 4-*bis* il quale avrebbe dovuto disporre che "Quando la vendita venga disposta dal giudice delegato in sede fallimentare, il provvedimento può prevedere il pagamento provvisorio diretto alla banca da parte dell'aggiudicatario della quota del prezzo corrispondente al complessivo credito della banca stessa insinuata al passivo"; tale modifica però non è stata attuata nel testo

¹⁸²Cfr. BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, cit., p. 376.

¹⁸³SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 812.

¹⁸⁴A tal fine, però, è necessaria un' indicazione specifica in tal senso nel provvedimento che dispone la vendita ad opera del giudice, anche a prescindere da un'istanza di parte; se essa manca, quindi, le parti non sono tenute ad adempiere a tale onere, mentre, giusta la previsione dell'art. 55, tale obbligo sussisteva anche in difetto di espressa menzione nelle condizioni di vendita. Si rimanda al capitolo I, p. 40 ss.

¹⁸⁵in G.U. 04.10.1999, n. 233.

definitivo¹⁸⁶, e dunque ad oggi la lettera della norma, con il suo puntuale richiamo al giudice dell'esecuzione, e non anche al giudice delegato, parrebbe indurre ad una conclusione negativa¹⁸⁷.

Del resto, una diversa soluzione sarebbe fortemente contrastabile, allorché, oggi come allora, viene sostanzialmente meno l'irrilevanza della sede in cui avviene la vendita, giacché solo se la stessa avvenga in sede individuale la banca ha diritto a percepire immediatamente la parte di prezzo corrispondente al suo credito, mentre qualora avvenga in sede concorsuale l'istituto deve attendere la fase di distribuzione¹⁸⁸.

Viene così meno l'elemento cardine ed essenziale del ragionamento fatto dai giudici di legittimità per ammettere il concorso tra vendita individuale e concorsuale¹⁸⁹.

Se si volesse mantenere la soluzione prospettata dalla Corte anche in futuro, sarebbe dunque necessario ritenere l'art. 41 co. 4° applicabile anche al caso di vendite effettuate nella procedura¹⁹⁰. In difetto di una simile interpretazione estensiva, la vendita in sede concorsuale oltre ad arrecare un pregiudizio alla banca¹⁹¹, non comporterebbe alcun apprezzabile vantaggio nemmeno alla procedura fallimentare. Il disagio che potrebbe derivare al fallimento qualora (come nella prospettiva che si è inteso sostenere in questo capitolo) si affermi l'esclusività della liquidazione nell'ambito dell'esecuzione individuale promossa o proseguita dal creditore fondiario in pendenza di fallimento, sarebbe unicamente quello conseguente ad un ritardo nell'effettuazione della vendita. Peraltro, come già osservato, ben si potrebbe ammettere che il curatore possa esercitare i poteri di intervento nell'esecuzione singolare in caso di inerzia dell'istituto di credito; in tal modo anche tale ipotetico

¹⁸⁶SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, cit., p. 658 nota 34.

¹⁸⁷SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 1000, e ID., *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, cit., p. 658.

¹⁸⁸Cfr. SALETTI, *ult. op. cit.*, p. 657.

¹⁸⁹Cfr. SALETTI, *ult. op. cit.*, p. 658.

¹⁹⁰SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 1004.

¹⁹¹Che i vedrebbe leso il proprio diritto, legislativamente riconosciuto, all'immediato pagamento.

pregiudizio finirebbe per venire meno¹⁹².

Alla luce della ricostruzione che si è cercato di proporre, che trova concorde la maggioranza della dottrina, si ritiene di poter giungere così ad un sistema intimamente coerente in cui si mantiene in capo agli istituti di credito fondiario una serie di privilegi di carattere processuale volti a consentire una rapida realizzazione del credito, non solo quando la banca agisca *in executivis* nei confronti del debitore *in bonis*, ma altresì qualora l'azione sia esercitata in pendenza della procedura concorsuale; giusta l'impossibilità per due procedure esecutive di procedere parallelamente sui medesimi beni dato il fondamentale principio di unicità, si riconosce al curatore il potere di intervenire nell'esecuzione individuale, cui viene così attribuito carattere esclusivo, allo scopo di evitare eccessive ed inopportune lentezze, che potrebbero pregiudicare l'interesse dei creditori ammessi, e dunque a tutela della restante massa¹⁹³.

Tale ragionamento conduce, pertanto, a prendere le distanze dalle conclusioni raggiunte dalla S.C. in merito al concorso tra esecuzioni: l'interesse sostanziale alla vendita dell'immobile di cui si fanno portatori gli istituti erogatori di credito fondiario da un lato, e il curatore del fallimento dall'altro, seppur comune, è diverso, in quanto differenti sono le situazioni giuridiche tutelate dalle rispettive normative¹⁹⁴.

Si può concludere allora che, così come nell'ambito della graduazione dei crediti e in

¹⁹²Si intende aderire alla tesi prospettata da SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, cit., p. 658.

¹⁹³In tal senso anche PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 586.

¹⁹⁴Un'ulteriore obiezione di ordine sostanziale può essere mossa alla soluzione propugnata dalla S.C. laddove fa leva solo sul criterio della priorità temporale della vendita forzata dei beni esecutati. La Corte tralascia infatti di considerare che agli istituti era concesso di disporre la vendita dell'immobile all'asta, fissando il prezzo base nella misura convenuta dalle parti con l'atto di mutuo (ex art. 49 co. 2 T.U. 1905 che disponeva: "L'istituto può domandare l'incanto, attribuendo agli immobili come prezzo venale quello che fosse stato ad essi attribuito nel contratto di prestito, ovvero il valore risultante dalla estimazione dei beni, sulla base dell'art. 663 del c.p.c. 1865 [...]"). Dunque il bene poteva essere assegnato anche ad un valore inferiore a quello venale purché sufficiente a soddisfare il credito dell'istituto precedente. Per contro, la vendita ad opera degli organi fallimentari non può avvenire in linea di principio ad un valore inferiore a quello risultante dall'art. 15 c.p.c. cui rinvia espressamente l'art. 568 c.p.c. Così PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 585.

fase di distribuzione del ricavato, là dove le norme sanciscono la priorità di alcuni soggetti, è imposto che essi debbano essere preferiti, parimenti, se il legislatore ha ritenuto di predisporre una particolare procedura esecutiva per la realizzazione del credito fondiario, ritenendola preferibile rispetto a quella ordinaria, non v'è modo di ammettere che la vendita sia realizzata secondo un diverso sistema¹⁹⁵. Sarebbe dunque del tutto insufficiente far leva sul canone della celerità, ovvero favorire quella che può ritenersi la procedura più rapida, quando ha loro consentito l'esercizio dell'azione esecutiva individuale, con tutte le prerogative che la normativa ad esso dedicata prevede¹⁹⁶. La consapevolezza solo *ex post* di chi ha venduto il bene, con il relativo spreco di attività, appesantimento di costi e la creazione di false aspettative nei terzi acquirenti, fanno emergere il carattere paradossale della soluzione descritta. Se si aggiunge la contraddittorietà della decisione alla fondamentale regola del processo che esclude l'ammissibilità di esecuzioni separate sugli stessi beni, possiamo fugare ogni dubbio che ancora residuasse in merito all'inaccettabilità della soluzione offerta dai giudici di legittimità in occasione della pronuncia che ci si è permessi di criticare¹⁹⁷.

Del resto, che debba, quindi, ritenersi che la vendita del bene nell'ambito dell'esecuzione individuale sia alternativa a quella direttamente effettuata dagli organi fallimentari (proprio in ragione dell'eccezionale privilegio processuale che la legge sul credito fondiario ha inteso garantire con la previsione di cui all' art. 41 T.U.B), è stato espressamente ammesso da ultimo, rivedendo la posizione espressa in passato, anche dalla stessa Corte Suprema¹⁹⁸.

¹⁹⁵TARDIVO, *Litispendenza e interesse nel processo esecutivo*, cit., p. 824.

¹⁹⁶PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p. 585.

¹⁹⁷SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 809 e ss.; TARZIA, *Azioni esecutive speciali e fallimento*, cit., p. 513 e ss.; TARDIVO, *ult. op. loc. cit.*

¹⁹⁸Cfr. Cass. 28 maggio 2008, n. 13996, in *Guida al diritto*, 2008, p. 41. La Corte partendo da un'analisi del carattere processuale del privilegio riconosciuto al creditore fondiario "che si sostanzia nella possibilità non solo di iniziare e proseguire la procedura esecutiva individuale, ma anche di conseguire l'assegnazione della somma ricavata dalla vendita forzata nei limiti del proprio credito (...)" ed escludendo, dunque, che le disposizioni eccezionali sul credito fondiario apportino una deroga al

7. Quadro riassuntivo sulla questione della coesistenza fra le due procedure esecutive ed osservazioni conclusive

Giusta la rilevanza accordata nel corso dell'indagine alla questione della liquidazione dei cespiti pignorati, ovvero alla possibilità che questi possano essere contestualmente oggetto di vendita sia in sede esecutiva individuale, sia in ambito concorsuale, pare opportuno ripercorrere per sommi capi gli opposti orientamenti emersi dall'analisi di Cass. 582/1985.

Da un lato, si pongono coloro che, partendo dal presupposto che il bene rimane sempre incluso nella massa attiva del fallimento, non precludono al curatore la liquidazione e risolvono il rapporto tra le due procedure esecutive, singolare e concorsuale, in termini di reciproca concorrenza. Essi sostengono che il privilegio processuale accordato al creditore fondiario non è tale da attribuirgli un diritto di esclusiva nell'effettuazione della vendita e che, pertanto, all'organo fallimentare rimane il potere di precederlo nella fase liquidativa. Dunque, così come l'istituto di credito fondiario può proseguire l'esecuzione sui beni del fallito, così il curatore può provvedere alla liquidazione dell'immobile pignorato, che rientra sempre tra quelli di cui esso conserva la custodia e la disponibilità. Si afferma che, essendo la rapidità della liquidazione uno scopo primario comune ad entrambe le procedure, va privilegiata quella che si presenti maggiormente celere. Del resto, anche ove la vendita sia eseguita dal curatore, l'istituto avrebbe comunque diritto ad ottenere immediatamente le somme che gli spettano e dunque dalla liquidazione operata in sede concorsuale, al creditore fondiario non potrebbe derivare alcun pregiudizio.

principio di esclusività della verifica fallimentare posto dall'art. 52 l. fall., afferma il conseguente onere di insinuazione dell'istituto al fine di trattenere quanto ricavato in via provvisoria dalla liquidazione a soddisfazione del proprio credito nel rispetto della graduazione dei crediti e della *par condicio creditorum*. La vendita in sede di esecuzione individuale, afferma la Corte, deve, dunque, ritenersi alternativa a quella fallimentare in quanto "(...) l'istituto può trattenere il ricavato solo a due condizioni: che abbia chiesto l'ammissione al passivo, e che la somma ricavata possa essere destinata a soddisfare totalmente il suo credito, non essendovi crediti di grado poziore".

In riferimento all'ipotesi che ci occupa, non troverebbero quindi applicazione né il principio di unicità, né le norme sulla riunione delle procedure sui medesimi beni, che sarebbero riservati alle sole espropriazioni individuali e non anche al concorso tra esecuzione individuale ed esecuzione concorsuale.

In definitiva, il concorso dovrebbe essere, risolto sulla base del criterio della priorità temporale della fase liquidatoria, ovvero riconoscendo la prevalenza della procedura che per prima giunga all'autorizzazione di vendita.

In aperto contrasto con siffatta impostazione, si pongono coloro che sostengono che sullo stesso bene non possano mai svolgersi contemporaneamente più processi di espropriazione al fine di evitare inutili aggravii di spese e le complicazioni derivanti dall'intrecciarsi dei provvedimenti. Secondo questa lettura, il principio di unicità delle procedure deve ritenersi applicabile anche al caso di contestuale pendenza di una procedura esecutiva individuale e della liquidazione fallimentare. Così, il rapporto tra i due giudizi potrebbe essere legittimamente configurato solo in termini di esclusività. Consentire la vendita in sede concorsuale violerebbe il fondamentale principio di unicità delle procedure esecutive di cui agli artt. 524 e 561 c.p.c. e risulterebbe lesivo del principio di economia processuale. In aggiunta, ciò sacrificerebbe gli interessi dell'istituto che, giusta l'assenza di esplicita previsione in tal senso, non avrebbe alcun diritto ad ottenere l'immediato versamento del prezzo di aggiudicazione, senza che con ciò sia peraltro individuabile un apprezzabile vantaggio per il fallimento.

Gli organi del fallimento sarebbero perciò privi di azione esecutiva sui beni del creditore fondiario che, in seguito al pignoramento da quest'ultimo promosso, vengono a formare un *corpus separatum* rispetto al restante patrimonio del fallito con la conseguenza che non può più compiersene la vendita in diversa sede. Il sistema della improcedibilità si estrinseca in una valutazione legislativa che finisce per attribuire prevalenza ad una delle due procedure pendenti, con la conseguente paralisi di quella suvalente. Del resto, l'esigenza di celerità potrebbe essere garantita, nel rispetto dei principi portanti dell'ordinamento, con la partecipazione degli organi fallimentari all'esecuzione individuale, ad esempio al fine di sollecitare la liquidazione.

Quest'ultima ricostruzione ci è sembrata la preferibile: ci sembra opportuno evitare che il bene già gravato dal pignoramento fondiario sia sottoposto a liquidazione in sede concorsuale, così da non violare il fondamentale principio di unicità e rispettando le esigenze di economia processuale e di tutela dell'affidamento dei terzi.

8. Il problema delle procedure giunte ad una fase avanzata della liquidazione

Accogliendo l'idea dell'esclusività della liquidazione nell'ambito dell'espropriazione individuale promossa dall'istituto mutuante, e della conseguente inammissibilità di una vendita ad opera degli organi fallimentari sui beni già assoggettati ad esecuzione singolare, ci si presta ora ad affrontare le questioni che si verrebbero a porre nell'ipotesi in cui, pendenti entrambe le procedure, quella concorsuale dovesse giungere al provvedimento di vendita; del resto, non si può infatti escludere il caso, patologico ma ben possibile, che un curatore o giudice "poco ortodossi"¹⁹⁹, benché privi del potere di promuovere la liquidazione, portino a termine l'esecuzione noncuranti della procedura intrapresa dalla banca erogatrice di credito fondiario.

Si tratta, dunque, di stabilire i mezzi di tutela concessi agli istituti di credito e di individuare, tra le molteplici alternative prospettate, quali siano gli strumenti a disposizione dell'istituto per cercare di arrestare la liquidazione, nonché le modalità e i termini del gravame contro il definitivo provvedimento di vendita che l'istituto stesso è legittimato ad esperire.

Si ha da premettere che, poiché il privilegio di iniziare e proseguire l'azione esecutiva individuale costituisce una facoltà, e non un obbligo, l'istituto potrebbe ben scegliere di non coltivare la procedura singolare, ovvero di rinunciarvi, accettando che la

¹⁹⁹Cfr. SATTA, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, cit., p. 179.

vendita abbia luogo in sede fallimentare²⁰⁰. Si ritiene di affrontare qui il caso in cui l'istituto intenda opporsi alla liquidazione concorsuale, ovvero, al provvedimento di aggiudicazione, rinviando nuovamente al prosieguo dell'indagine le questioni relative alle modalità della vendita eseguita in sede collettiva, e in particolare alla possibilità o meno per l'istituto di invocare in questa ipotesi la disciplina privilegiata e di rivendicare, dunque, anche in tale sede, il diritto all'immediata attribuzione del prezzo ricavato dalla vendita.

Secondo autorevole dottrina dovendo, a norma di legge, in ogni caso gli istituti essere notiziati della vendita, essi dovrebbero fare quanto è legittimamente possibile per impedirla, altrimenti si dovrebbe ritenere che essi abbiano rinunciato alla prerogativa ad essi riservata, e la vendita non potrebbe essere inficiata in alcun modo²⁰¹.

Si è sostenuto che, in primo luogo, gli istituti dovrebbero fare quanto è loro permesso per arrestare la fase di liquidazione in corso, senza che sia in tal caso chiaramente necessario esercitare alcuna azione (in quanto non c'è ancora alcun provvedimento da impugnare), facendo presente al curatore e al giudice delegato, intervenendo in sede di gara, o qualsiasi altra che risulti opportuna, la volontà di non riconoscere l'eventuale provvedimento di vendita cui essi intendessero in conclusione giungere, in modo da evitare che anche l'aggiudicatario possa eventualmente opporre la sua buona fede²⁰².

Una volta poi, che la vendita risulti consumata, gli istituti dovranno rivolgere un'impugnativa *strictu sensu* contro il provvedimento di aggiudicazione. Quale sia, quindi, il gravame da proporre, è oggetto di ampie discussioni in campo dottrinale.

Pare indubbio che, in quanto creditori del fallimento, essi potranno ricorrere all'ordinario reclamo di cui all'art. 26 l. fall., e che, in caso di infruttuoso esperimento, potrebbero essere ammessi al secondo grado di impugnativa mediante ricorso per

²⁰⁰In questo senso ABETE, *Il credito fondiario tra concorso sostanziale e concorso formale*, cit., p. 561.

²⁰¹SATTA, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, cit., p. 179. In tal senso si veda in ogni caso il disposto dell'art. 108 l. fall. ove prevede che il giudice delegato, su istanza del fallito, del comitato dei creditori o altri interessati, possa sospendere con decreto motivato le operazioni di vendita ovvero possa impedirne il perfezionamento.

²⁰²SATTA, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, cit., p. 180.

Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.²⁰³.

Ai sensi dell'art. 26 l. fall., invero, il reclamo oltre che dal curatore, dal fallito, e dal comitato dei creditori, può essere altresì proposto da chiunque vi abbia interesse; non vi sarebbe, dunque, modo di escludere il creditore fondiario, anche qualora esso non abbia ancora presentato richiesta di insinuazione al passivo, o intenda insinuarsi tardivamente ritenendo di non dover in tal caso soffrire di alcun pregiudizio, giusta la posizione prelatizia che esso indiscutibilmente vanta. In tale ultimo caso il *dies a quo* del termine perentorio di dieci giorni per la proposizione del reclamo, che decorre dalla comunicazione ovvero dalla notificazione del provvedimento in relazione ai primi soggetti su menzionati, comincia, invece, a decorrere dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie disposte dal giudice delegato; il termine ultimo spira al novantesimo giorno dalla pubblicazione del provvedimento, ovvero dal suo deposito presso la cancelleria del tribunale fallimentare; verosimilmente, dunque, anche qualora l'istituto non abbia proposto domanda di insinuazione al passivo, esso potrebbe venire a conoscenza della liquidazione indirettamente, in quanto, come si è visto, il nuovo art. 107 l. fall. dispone che la vendita avvenga secondo procedure competitive, assicurando adeguate forme di pubblicità allo scopo di garantire la massima informazione e partecipazione.

Sull'ammissibilità del ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. avverso il decreto motivato del tribunale di cui all'art. 26 l. fall, nonostante il silenzio del legislatore, le posizioni possono dirsi sostanzialmente unanimi in senso favorevole in quanto il provvedimento impugnato presenta nel caso di specie i caratteri di decisorietà e di definitività (poiché non soggetto a reclamo), in grado di incidere sul diritto soggettivo di cui il creditore fondiario risulta titolare²⁰⁴.

²⁰³In tal senso SATTÀ, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, cit., p. 180.

²⁰⁴V. da ultimo Cass. 11 giugno 1997, n. 5235, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, p. 963 ss.; Cass. 2 aprile 1985, n. 2252, in *Giust. Civ. Mass.*, 1985, IV e in *Il Fallimento*, 1985, p. 1039 ss; Cass. 13 febbraio 1981, n. 76, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce "Fallimento", n. 239; seppur con riferimento a fattispecie diverse Cass. 20 settembre 1993, n. 9624, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, p. 1419 e Cass. 16 marzo 1993, n. 3127, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, p. 505 e ss. Per pronunce meno recenti, si rimanda a PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit., p.

La stessa S.C., già nella pronuncia analizzata in precedenza²⁰⁵, ha accolto la medesima soluzione, giudicando ammissibile il ricorso a sé medesima, avverso il rigetto del reclamo che era stato esperito innanzi al tribunale fallimentare ai sensi dell'art. 26 l. fall.; si legge, invero, nella sentenza: “[...] è ammissibile il ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. avverso il provvedimento emesso dal tribunale fallimentare in sede di reclamo contro il decreto del giudice delegato, [...] in quanto il decreto in questione ha natura di provvedimento decisorio e definitivo che viene ad incidere sul diritto dell'istituto di soddisfarsi autonomamente su un bene ad esso riservato [...]”, secondo un indirizzo giurisprudenziale che poteva, già allora, dirsi consolidato²⁰⁶.

Non sono poi mancate posizioni favorevoli all'immediata esperibilità del ricorso ex art. 111 Cost., già contro il provvedimento di vendita, facendo leva sulla constatazione che il suddetto decreto avrebbe integrato un “provvedimento decisorio su posizioni di diritto soggettivo adottato dal giudice al di là dei poteri ad esso concessi dalla legge, che in quanto tale non sarebbe suscettibile di reclamo al tribunale fallimentare, ma impugnabile direttamente con ricorso a norma dell'art. 111 Cost.”²⁰⁷.

Si faceva in tale ipotesi salva anche l'azione di accertamento negativo, che costituirebbe la via da privilegiare per far valere le nullità commesse in fase di liquidazione dell'attivo²⁰⁸.

Il richiamo alle disposizioni processualcivilistiche relative al processo di esecuzione operato dalla formulazione dell'art. 105 l. fall., nella versione anteriore alla novella intervenuta con d.lgs. 6/2005, opportunamente ripresa e modificata dal successivo

578, nota 5 con ricco apparato bibliografico.

²⁰⁵Cass. 582/1985, in *Dir. Fall.*, cit., p. 369 e ss.

²⁰⁶Cfr. Cass. 582/1985, in *Dir. Fall.*, cit., p. 371, in cui i giudici di legittimità si richiamano alla pronuncia di Cass. 2 febbraio 1978, n. 458, in *Mass. Giur. it.*, 1978, p. 103, già peraltro sottintesa in occasione di Cass. 10 aprile 1974, n. 1012, in *Dir. Fall.*, 1974, II, p. 454 e ripresa da Cass. 10 novembre 1981, n. 5944, in *Dir. Fall.*, 1982, II, p. 334.

²⁰⁷Anche se su fattispecie diversa, cfr. Cass. 17 giugno 1981, n. 3934, in *Dir. Fall.*, 1981, II, p. 378.; CARNACINI, *Sulla vendita fallimentare del bene ipotecato*, cit., p. 251.

²⁰⁸In tal senso, BONSIGNORI, *Della liquidazione dell'attivo*, sub. art. 105, in *Commentario alla legge fallimentare*, (a cura di) Scialoja-Branca, cit., p. 66.

d.lgs. 169/2007²⁰⁹, ha poi indotto parte della dottrina a desumere che il mezzo di impugnazione volto a far valere l'invalidità del provvedimento di vendita disposto dal giudice delegato sia invece riconducibile agli strumenti predisposti dal codice di rito nell'ambito dell'esecuzione ordinaria, e quindi identificabile nell'opposizione agli atti esecutivi, di cui agli artt. 617 e 618 c.p.c. da proporsi entro venti giorni dalla conoscenza dell'atto²¹⁰.

Il tentativo sembrerebbe meritare adesione nell'intento, ma non è possibile ignorare che si tratta di una forzatura che nonostante l'impegno non riesce ad adattarsi completamente alla fattispecie che ci occupa: in primo luogo, perché il rinvio operato al c.p.c. riguarderebbe esclusivamente le disposizioni relative alla vendita forzata, e non anche quelle sull'opposizione di cui agli artt. 615 e ss.; in secondo luogo, poiché non è, ad esempio, agevole contestualizzare il *dies a quo* a partire dal quale decorre il termine perentorio di venti giorni entro cui proporre opposizione (che nell'ambito della procedura ordinaria corrisponde alla data di notificazione del titolo esecutivo o del precetto)²¹¹.

Si è poi ritenuto, sulla base di un parallelismo tra procedimento di ammissione al passivo e procedimento di liquidazione, ovvero di un rinvio analogico alle fasi di impugnazione per questo previsto, che lo strumento più adatto a costituire reclamo avverso il provvedimento di vendita sia riconducibile all'opposizione davanti al tribunale fallimentare dei creditori non ammessi di cui agli artt. 98 e ss. l. fall., il cui provvedimento è espressamente ricorribile per Cassazione (a differenza del reclamo

²⁰⁹ A seguito della riforma, l'inciso previsto in origine dall'art. 105 l. fall., è stato, come si è già avuto modo di constatare, trasposto nell'art. 107 co. 2° l. fall. in cui si prevede che "Il curatore può prevedere nel programma di liquidazione che le vendite dei beni mobili, immobili, e mobili registrati vengano effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili". Sulla base di tale rilievo si ritiene che alle considerazioni svolte nel vigore della vecchia normativa, possa essere riconosciuto tuttora vigore.

²¹⁰ In tal senso MARTINELLI, *Diritto di difesa e impugnazione dei provvedimenti di liquidazione fallimentare*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1967, p. 474. Il richiamo è effettuato da PADOVINI, *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, cit. p. 577; VERDE, voce "*Il pignoramento in generale*", cit., p. 792.

²¹¹ CARNACINI, *Sulla vendita fallimentare del bene ipotecato*, cit., p. 255.

ex art.26 l. fall.)²¹². Si sosteneva che così, non solo si sarebbe realizzata pienamente la garanzia cognitiva, ma si sarebbe anche potuto trarre vantaggio dal fatto di aver individuato una tutela interna alla legge fallimentare, in grado di superare le obiezioni fondate sulle difficoltà derivanti dall'applicazione analogica all'interno della procedura di frammenti di una procedura diversa²¹³.

Sebbene difficilmente condivisibile, ricordiamo infine la singolare soluzione prospettata da un altro illustre Autore che, facendo leva sulla considerazione per cui la posizione degli istituti di credito fondiario non si esaurirebbe in quella di creditori del fallimento, ma verrebbe bensì ad integrare quella di veri e propri terzi, titolari di un diritto potestativo che sarebbe leso dall'esecuzione concorsuale, sarebbe inoltre possibile ricorrere agli strumenti previsti dalla legge generale, e nello specifico, al provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. da proporre innanzi al giudice dell'esecuzione, al fine di ottenere la sospensione della liquidazione promossa dal curatore²¹⁴.

9. Rapporti tra esecuzione per credito fondiario e procedure concorsuali minori

L'art. 51 l. fall. nel porre il divieto di azioni esecutive sui beni assoggettati a fallimento fa salve le diverse disposizioni di legge; tra le norme esonerate dal divieto si è visto rientrare indubbiamente l'art. 41 comma 2° T.U.B che consente alla banca erogatrice di credito fondiario di instaurare e proseguire l'azione esecutiva individuale in pendenza della procedura fallimentare. Il legislatore non si è però preoccupato di

²¹²In questo senso LANFRANCHI, *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, Milano, 1982, p. 67 e ss.; ANDRIOLI, voce "Fallimento" (dir. Priv. e proc.), in *Enc. dir.*, Milano, 1967, XVI, p. 447; CARNACINI, *Sulla vendita fallimentare del bene ipotecato*, cit., p. 258 e ss.

²¹³LANFRANCHI, *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, cit., p. 69.

²¹⁴SATTA, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, cit., p. 180.

regolamentare l'ammissibilità di una siffatta esecuzione per il caso in cui il debitore sia sottoposto alle altre procedure concorsuali. Si tratta dunque di individuare il campo di operatività della deroga accordata all'ente fondiario, per stabilire se il particolare regime previsto dalla normativa speciale consenta l'esercizio dell'azione esecutiva esclusivamente quando l'esecutato sia sottoposto a fallimento, ovvero anche nei confronti del debitore ammesso a procedure diverse da quella sopra citata.

Già nel vigore della previgente disciplina l'applicabilità del principio dettato per il fallimento era pacificamente ammessa anche in relazione alla liquidazione coatta amministrativa in forza del richiamo operato dall'art. 201 l. fall.²¹⁵ alle norme di cui al Titolo II, Capo III, Sezione II (e dunque anche all'art. 51 della stessa legge); il generico richiamo al divieto di azioni esecutive e cautelari va riferito al complessivo contenuto dello stesso, comprensivo dunque, oltre che della regola di base, anche delle deroghe ad essa espressamente previste²¹⁶. Una limitazione del rinvio al solo divieto e non anche alle sue eccezioni sarebbe invero plausibile sono a fronte di motivi di incompatibilità di queste con la disciplina della liquidazione. Tuttavia, una siffatta incompatibilità non ha motivo di sussistere in quanto la liquidazione coatta tende alla realizzazione delle attività e alla liquidazione delle passività di un'impresa che è destinata a scomparire, e presenta dunque una finalità molto simile a quella del fallimento²¹⁷; essa è stata espressamente esclusa anche dalla Cassazione, posto che la diversità di trattamento cui condurrebbe non sarebbe giustificata da obiettive differenziazioni delle posizioni soggettive coinvolte, rivelandosi allora in contrasto con

²¹⁵La disposizione prevede che: "Dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione si applicano le disposizioni del titolo II, capo III, Sezioni II e IV e le disposizioni dell'art. 66".

²¹⁶Conformemente TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 481 che afferma che "l'esegeta opera qui non sul terreno proibito dell'analogia, ma su quello ben più solido e sicuro di un rinvio interno, nell'ambito del diritto concorsuale". Si vedano anche BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 151 e ss; SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 803 ss.; ID., *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 1001 e ss; ID., *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, cit. p. 651 e ss; COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure esecutive e nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 571, TEDESCHI, *Credito fondiario e procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2002, p. 604.

²¹⁷Così già BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 476.

il principio di uguaglianza posto dall'art. 3 Cost.²¹⁸. Il Collegio ha sottolineato che, come del resto avviene per il fallimento, anche nella liquidazione coatta amministrativa il divieto di azioni esecutive individuali si basa su una valutazione di attitudine dell'espropriazione concorsuale ad assicurare la realizzazione dell'attivo nel rispetto della *par condicio creditorum*; qualora tale giudizio ceda il passo, alla priorità dell'esigenza di garantire una immediata aggressione dell'immobile ipotecato a garanzia di crediti di particolare natura come quello fondiario, non v'è ragione per non soddisfare simile istanza anche in quello della liquidazione amministrativa: peraltro, le diverse connotazioni di quest'ultima rispetto al fallimento non attengono ai rapporti fra debitore e creditori, ovvero ai rapporti interni al ceto creditorio²¹⁹.

Pare singolare la contraria idea propugnata da illustre Autore contestando che il rinvio all'art. 51 l. fall. comporti la ricezione dell'eccezione a favore del creditore fondiario; facendo leva sul carattere generico della disposizione dell'art. 201 l. fall., egli sostiene che il richiamo anche all'art. 51 l. fall. starebbe a significare soltanto che il divieto di azioni esecutive individuali sui beni compresi nella liquidazione coatta può essere derogato. Così ragionando, però, non sarebbe dato individuare quali siano le previsioni eccezionali da cui dovrebbero risultare tali deroghe all'interno dell'art. 51 l. fall.; occorrerebbe, dunque, una specifica norma che ipotizzasse l'esercizio dell'azione dell'ente fondiario per il caso in esame, attribuendo così all'art. 42 T.U. 1905 un significato che dalla norma non emerge affatto: ovvero che le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario sono sempre applicabili anche in caso di liquidazione coatta del debitore per i beni ipotecati a favore dell'istituto di credito fondiario²²⁰.

Un' eccezione al così affermato principio della compatibilità dell'esecuzione per credito fondiario con la procedura di liquidazione coatta è posta all'art. 3 della legge

²¹⁸Cass. 7 giugno 1988, n. 3847, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2915 ss. e in *Il Fallimento*, 1988, p. 1173 e ss.; Cass. 3 febbraio 1995, n. 1335, in *Il Fallimento*, 1995, p. 933 e ss. Richiamate da BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 152, nota 7.

²¹⁹Motivazione, Cass. 7 giugno 1988, n. 3847, cit.

²²⁰BONSIGNORI, sub. *art. 201*, in *Commentario alla legge fallimentare*, (a cura di) Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 151 e 152.

17 luglio 1975, n. 400²²¹ la quale dispone che, in relazione alla liquidazione coatta amministrativa degli enti cooperativi, a far data dal provvedimento di liquidazione nessuna azione esecutiva individuale può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella liquidazione, anche se prevista o ammessa da leggi speciali in deroga all'art. 51 l. fall.

Tale eccezione conferma, peraltro, la tesi prospettata in precedenza per cui nel caso di liquidazione coatta di enti diversi da quelli su menzionati, l'art. 51 l. fall., con tutte le sue deroghe, trova piena applicazione.

Eccezione all'eccezione, con conseguente reminiscenza del criterio generale dell'eseribilità dell'azione individuale di credito fondiario anche in pendenza di liquidazione coatta dell'ente cooperativo, è stata disposta all'art. 4 legge 5 agosto 1978, n. 457²²² per i mutui edilizi agevolati assistiti da garanzie dello Stato. Anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 385/1993, tale deroga continua ad operare non essendo stato abrogato l'articolo che lo prevede, e non integrando esso una disposizione incompatibile ex comma 4° dell'art. 161 T.U.B (nonostante il nuovo quadro normativo non preveda più il credito edilizio²²³, rimane il fatto che si tratta di un mutuo fondiario in cui il *proprium* rappresentato dalla garanzia dello Stato continua a giustificare il permanere della deroga)²²⁴.

Un'ulteriore eccezione è stata introdotta in riferimento alla liquidazione coatta di banche. Nel nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, l'art. 83 comma 3° dispone che per nessun titolo può essere promosso o proseguito alcun atto di esecuzione forzata o cautelare²²⁵. Sebbene il tenore della formulazione non sia

²²¹In G.U. 26 agosto 1975, n. 226.

²²²In G.U. 19 agosto 1978, n. 231.

²²³Che sulla base di quanto detto in precedenza al capitolo I può dirsi oggi assorbito nella più moderna nozione di credito fondiario.

²²⁴Così SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 1003.

²²⁵Letteralmente: "Dal termine previsto nel comma 1 contro la banca in liquidazione non può essere promossa né proseguita alcuna azione, salvo quanto disposto dagli articoli 87, 88, 89 e 92, comma 3, né, per qualsiasi titolo, può essere parimenti promosso né proseguito alcun atto di esecuzione forzata o cautelare. Per le azioni civili di qualsiasi natura derivanti dalla liquidazione è competente esclusivamente il tribunale del luogo dove la banca ha la sede legale".

chiaro quanto quello del citato art. 3 l. 400/1975 (*id est*: manca la precisazione che il divieto opera anche quando l'azione sia ammessa da leggi speciali), resta il fatto che la disposizione è dettata dopo il rinvio operato alle disposizioni del Titolo II, Capo III, Sezioni II e IV l. fall.²²⁶, tra le quali rientra anche l'art. 51; l'aggiunta di un nuovo divieto di azioni esecutive con salvezza delle deroghe previste dalle leggi speciali, sarebbe quindi risultata del tutto superflua. Pertanto, la regola di cui al 3° comma citato assume significato solo se la si interpreta nel senso di escludere le deroghe contenute all'art. 51 l. fall.²²⁷. Chiaramente, l'ipotesi configura propriamente un caso di scuola in relazione al credito fondiario, poiché pare difficile immaginare una banca come soggetto passivo del finanziamento, ed essa avrebbe potuto piuttosto riguardare l'esecuzione esattoriale, fino al momento in cui essa è esistita²²⁸. L'inizio e la prosecuzione dell'esecuzione per credito fondiario in pendenza di liquidazione coatta amministrativa è quindi in linea di principio ammessa, salvi i casi in cui alla procedura siano assoggettate banche o enti cooperativi, ad eccezione di quelli che abbiano ricevuto mutui edilizi agevolati assistiti da garanzie dello Stato²²⁹.

La giurisprudenza ha ammesso l'eseribilità dell'azione individuale del credito fondiario anche nell'ipotesi di concordato fallimentare già nel vigore della disciplina anteriore al T.U.B.²³⁰; la dottrina, invece, non sembra essersi proprio preoccupata di tale questione. Pare del resto piuttosto agevole ammettere, come già aveva affermato la Cassazione²³¹ che rimanendo il creditore fondiario estraneo al concordato in quanto esso, a differenza degli altri creditori concorsuali, con la sentenza dichiarativa di fallimento non perde le proprie azioni individuali contro il debitore fallito (bensì la

²²⁶ Il comma 2° art. 83 T.U.B dispone infatti che: "Dal termine indicato nel comma 1 si producono gli effetti previsti dagli articoli 42, 44, 45 e 66, nonché dalle disposizioni del Titolo II, Capo III, Sezione II e Sezione IV della legge fallimentare"

²²⁷ In tal senso BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 153; SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 1002 nota 69.

²²⁸ Cfr. BOZZA, *ult. op. cit.*, p. 153, nota 9.

²²⁹ BOZZA, *ult. op. cit.*, p. 154.

²³⁰ Cfr. Cassazione civile sez. III, 15 maggio 1967, n. 1017, in *Foro it.*, I, p. 1152 e ss.; nella Massima si legge: "Gli istituti di credito fondiario possono iniziare e proseguire azioni esecutive individuali sui beni ipotecati a loro favore anche dopo l'omologazione del concordato fallimentare del debitore (...)".

²³¹ Cassazione civile sez. III, 15 maggio 1967, n. 1017, cit., p. 1159.

conserva ed è legittimato a proseguire l'esecuzione anche in pendenza della procedura fallimentare), egli è indifferente ad una eventuale chiusura del fallimento; anzi, ove le sue garanzie siano rimaste integre, il diritto di azione dell'istituto fondiario che non è pregiudicato dal fallimento, a maggior ragione non può essere ostacolato dal mutamento dello stato giuridico del fallito, che per effetto del concordato riacquista la titolarità contrattuale e giudiziale dei suoi beni, e che potrebbe addirittura agevolare l'esecuzione individuale dell'istituto procedente²³².

Maggiori questioni si sono, invece, poste per la valutazione di compatibilità dell'esecuzione per credito fondiario con la procedura di concordato preventivo. Tale caso è stato, invero, oggetto di contrastanti pronunce sia da parte dei giudici di merito che da parte della Cassazione che, talvolta (soprattutto in passato)²³³ hanno ammesso l'azione singolare del creditore fondiario in tale ipotesi, e talaltra l'hanno invece decisamente negata²³⁴. Le posizioni favorevoli al credito fondiario argomentavano dal fatto che il divieto di proseguire azioni esecutive previsto dall'art. 168 l. fall. per le imprese ammesse a concordato preventivo non avrebbe operato nei confronti degli istituti di credito fondiario²³⁵; il relativo privilegio, fatto salvo in costanza di fallimento, a maggior ragione avrebbe dovuto essere salvaguardato nel caso di concordato preventivo, in considerazione del fatto che esso è procedura diretta ad evitare il fallimento, mediante soddisfazione parziale dei creditori chirografari, e totale di quelli privilegiati²³⁶; si aggiungeva poi che il tenore letterale dell'art. 42 T.U. 1905 con

²³²Cfr. Cassazione 15 maggio 1967, n. 1017, cit., p. 1159. in tal senso anche SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 803.

²³³In tal senso da ultimo Corte Appello Roma, 17 luglio 1990, in *Giust. Civ.*, 1990, I, p. 2413 e ss; prima già Trib. Siena, 9 gennaio 1987, in *Dir. e Giur. Agr.* 1987, p. 358; Trib. Lucca, 9 dicembre 1986, in *Dir. Fall.*, 1987, II, p. 530 e ss; Cass. Civ. Sez. I, 6 novembre 1986, n. 6487 in *Giust. Civ. Mass.*, 1986, fascicolo 11; Trib. Firenze, 13 dicembre 1984, in *Dir. Fall.*, 1985, II, p. 575 ss.; Trib. Latina, 30 luglio 1984, in *Temì Romana*, 1985, p. 161.

²³⁴Cassazione civ. Sez. III, 19 marzo 1998, n. 2922 in *Il Fallimento*, 1999, p. 363 ss; Cassazione civ. Sez. I, 7 novembre 1991, n. 11879, in *Il Fallimento*, 1992, p. 149 e ss. e in *Dir. Fall.*, 1992, p. 743 con nota di VIANELLO, *Un "revirement" della Cassazione in tema di esecuzione per credito fondiario e concordato preventivo*.

²³⁵Cfr. Trib. Firenze, 13 dicembre 1984, cit., Massima.

²³⁶Così prima della novella intervenuta con d.lgs. 169/2007 con la quale è stato previsto che per il concordato preventivo, al pari del concordato fallimentare, la proposta possa prevedere che i creditori

l'avverbio “sempre” avrebbe inteso considerare anche l'ipotesi che ci occupa²³⁷.

Le opinioni contrarie muovono invece dal dato letterale: in particolare, si esclude che il privilegio esecutivo del creditore fondiario sia esercitabile in costanza della procedura di concordato preventivo, in forza della disposizione dettata all'art. 168 l. fall. che contempla il divieto di inizio o proseguimento di azioni esecutive individuali sul patrimonio del debitore ammesso a tale procedura in modo assoluto e senza prevedere alcuna deroga, a differenza di quanto avviene nell'analogo art. 51 l. fall., (che fa salve le diverse disposizioni di legge)²³⁸. Anche volendo cogliere il carattere soddisfattivo della procedura in oggetto (il cui carattere è propriamente remissorio-dilatorio in quanto diretta ad impedire la disgregazione del patrimonio attraverso atti esecutivi individuali e quindi a salvare l'impresa dal fallimento mediante un pagamento dilazionato dei debiti²³⁹), resta il fatto che alla luce dei canoni ermeneutici fondamentali, l'applicazione analogica è possibile solo a fronte di una lacuna legislativa, mentre nel caso di specie il legislatore ha provveduto a dettare una regola specifica, proprio con l'art. 168 suddetto²⁴⁰. Pertanto, il fatto che la legge fallimentare riporti una disciplina per il fallimento ed una distinta regolamentazione per altri singoli istituti, che solo parzialmente richiamano o recepiscono la prima, deve indurre

privilegiati non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione 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 o diritti su cui esiste la causa di prelazione.

²³⁷ Così Trib. Lucca, 9 dicembre 1986, cit.

²³⁸ In tal senso Cassazione civile sez. III, 19 marzo 1998, n. 2922, cit., la cui Massima insegna: “L'art. 42 T.U. 1905 nella parte in cui consente l'applicazione della disciplina del credito fondiario anche in caso di fallimento del debitore per i beni ipotecati agli istituti di credito fondiario, non opera nei confronti del debitore ammesso a concordato preventivo. Infatti, la disposizione dettata dall'art. 168 l. fall. nel vietare ai creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali sul patrimonio del debitore ammesso al concordato preventivo non contempla deroghe a differenza dell'art. 51 l. fall. che, nel prevedere analogo divieto, fa salve le diverse disposizioni di legge”; conforme. Cassazione civ. Sez. I, 7 novembre 1991, n. 11879, cit.

²³⁹ BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 471.

²⁴⁰ SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 805; inoltre BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 472, affermava che: “Alla stregua del canone interpretativo per cui quando una legge speciale detta una norma particolare che determina una situazione di favore per determinati soggetti e in determinati casi, deve escludersi l'estensione della norma di favore ad altri e diversi casi rispetto a quelli testualmente previsti”.

a ritenere che i profili separatamente considerati siano esaustivamente disciplinati, senza necessità alcuna di ulteriore interpretazione, estensiva ovvero restrittiva . Ciò spiega il motivo per cui nel concordato preventivo non sia legittima l'interpretazione esposta in precedenza quanto alla liquidazione coatta: mentre nella prima il divieto deriva dal rinvio operato dall'art. 201 l. fall. all'art. 51 (comprensivo del divieto e delle deroghe ad esso previste), qui il divieto è riformulato separatamente, ma senza previsione di deroga alcuna²⁴¹.

Anche il nuovo Testo Unico si adegua, seppur implicitamente, all'impostazione prospettata: nel prevedere, al pari della previgente normativa, la facoltà per il creditore fondiario di iniziare o proseguire l'azione esecutiva individuale in costanza di procedura concorsuale²⁴², omette l'equivoca condizione temporale "sempre" (presente nel previgente dettato normativo) e limita il potere di azione dell'ente fondiario alla sola ipotesi di fallimento.

Del resto, a sostegno di questa posizione, muove anche la *ratio* del nuovo tessuto normativo che, ispirato ai principi di despecializzazione operativa e di equiparazione dell'attività bancaria a quella d'impresa²⁴³, mira a garantire alla banca la realizzazione del proprio credito in tempi più rapidi della procedura, ma non anche una soddisfazione preferenziale sul piano sostanziale; in definitiva, essa pare del tutto incompatibile con procedure volte al risanamento e alla conservazione dell'impresa, a carattere non meramente liquidatorio²⁴⁴.

Analoghe considerazioni potevano spendersi anche per la procedura di amministrazione controllata che, abrogata a far data dall'entrata in vigore del d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169, all'art. 188 l. fall., si richiamava all'art. 168 quanto agli effetti prodotti dal decreto di ammissione alla procedura detta.

²⁴¹Così BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 155.

²⁴²Cfr. art. 41 comma 2° T.U.B

²⁴³Per un'analisi dell'evoluzione della disciplina e delle sue ragioni giustificatrici si rimanda a quanto detto nel capitolo I.

²⁴⁴COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure esecutive e nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 571; PETRAGLIA, *Crediti fondiari: esecuzione individuale e procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 52.

Eccezionalmente la S.C. ha inteso discostarsi dall'orientamento prevalente con sentenza 3 giugno 1996, n. 5081²⁴⁵, ammettendo la possibilità di esecuzione in costanza di amministrazione controllata (pur negandola in riferimento al concordato preventivo in conformità alle posizioni prevalenti): il Collegio, piuttosto singolarmente, ha sostenuto che il carattere assoluto del divieto posto in relazione al concordato preventivo non fosse riscontrabile nel caso di amministrazione controllata poiché l'art. 168 l. fall. non sarebbe stato citato dall'art. 188 successivo, che indicava le norme applicabili all'amministrazione controllata²⁴⁶. Si trattava però di rilievi facilmente superabili alla luce di quanto in precedenza affermato.

Un ultimo accenno va fatto alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, introdotta con l. 13 aprile 1979, n. 95 in riferimento alla quale già l'art. 4 comma 2 del d.l. 31 luglio 1981, n. 414²⁴⁷ (convertito in l. 2 ottobre 1981, n. 544²⁴⁸) disponeva che le azioni esecutive individuali, anche in deroga a quanto stabilito da disposizioni di legge speciali, non possono essere iniziate né proseguite dopo l'emanazione del provvedimento che dispone l'apertura della procedura in oggetto. Il divieto è stato poi ribadito dall'art. 48 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270²⁴⁹ sulla nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza²⁵⁰. La disposizione pare peraltro congrua alla finalità di risanamento dell'impresa, che è propria alla procedura dell'amministrazione straordinaria²⁵¹.

L'essenza dei diversi regimi così delineati sembra intimamente coerente: è ammessa la procedibilità dell'azione esecutiva del creditore fondiario ogni qualvolta esso si trovi innanzi ad una procedura liquidativa, mentre la stessa è esclusa nelle procedure in cui la finalità di salvaguardia dell'impresa è prevalente (come nell'amministrazione

²⁴⁵Cassazione civ., Sez. III, 3 giugno 1996, n. 5081, in *Il Fallimento*, 1997, p. 49 e ss.

²⁴⁶Cassazione civ., Sez. III, 3 giugno 1996, n. 5081, cit., p. 51.

²⁴⁷In G.U. 4 agosto 1981, n. 212.

²⁴⁸In G.U. 3 ottobre 1981, n. 272.

²⁴⁹In G.U. 9 agosto 1999, n. 185.

²⁵⁰L'art. prevede: "Sui beni dei soggetti ammessi alla procedura di amministrazione straordinaria non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali, anche speciali".

²⁵¹In tal senso, tra i molti, SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, cit. p. 651 e ss.

straordinaria, o com'era nell'amministrazione controllata) ovvero in cui la liquidazione ha carattere parzialmente remissorio (come nel concordato preventivo)²⁵². L'espropriazione individuale del creditore fondiario è quindi compatibile solo con il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa, con le eccezioni viste, e non pare invece ammissibile nelle altre procedure²⁵³.

10. Profili processuali minori. La custodia del bene ipotecato a garanzia del credito fondiario: nomina e obblighi del custode

Tra le questioni che si pongono quanto all'esecuzione iniziata o proseguita dalla banca in costanza di fallimento, emerge quella concernente la custodia dei beni pignorati. L'immobile assoggettato a pignoramento deve infatti essere sottoposto a custodia, non appena questo viene eseguito.

In particolare, ci si è chiesti se, qualora il fallimento sopravvenga ad espropriazione iniziata, il curatore che ex artt. 31²⁵⁴ e 88²⁵⁵ l. fall., prende in consegna i beni del fallito e provvede alla loro amministrazione sotto la sorveglianza del giudice delegato e del comitato dei creditori, possa sostituirsi al custode nominato in precedenza dal giudice dell'esecuzione. Nell'ipotesi opposta, ovvero quando l'azione esecutiva individuale sia iniziata dall'ente di credito dopo che il fallimento è stato dichiarato, si tratta di capire se il curatore possa essere sostituito da un diverso custode, nominato dal giudice

²⁵²SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, cit., p. 652.

²⁵³Così BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 158.

²⁵⁴Art. 31 l. fall.: "Il curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite. *Omissis.*"

²⁵⁵Art. 88 l. fall.: "Il curatore prende in consegna i beni di mano in mano che ne fa l'inventario insieme con le scritture contabili e i documenti del fallito. *Omissis.*"

dell'esecuzione²⁵⁶.

Il contrasto dottrinale e giurisprudenziale concerne dunque la compatibilità dell'azione esecutiva individuale intrapresa dall'istituto esercente il credito fondiario con la contestuale pendenza di fallimento del mutuatario, sotto il duplice profilo dell'individuazione del giudice competente a nominare il soggetto che deve amministrare i beni sottoposti ad esecuzione individuale, nonché del soggetto che sia suscettibile di assumere tale incarico (curatore, debitore, ovvero terza persona).

Chiamata a pronunciarsi dopo alcune decisioni contrastanti da parte dei giudici di merito, la Corte di Cassazione, con sentenza 20 novembre 1982, n. 6254²⁵⁷, aveva affermato che all'amministrazione e alla custodia dei beni del fallito provvede il curatore anche durante la pendenza della procedura di espropriazione immobiliare intrapresa dall'istituto di credito fondiario e che all'eventuale sostituzione del custode può provvedere soltanto il giudice delegato, e non anche il giudice dell'esecuzione²⁵⁸.

La S.C. era stata investita del ricorso avverso il provvedimento del Tribunale di Roma 30 maggio 1981²⁵⁹ con cui i giudici di merito, partendo dal presupposto della ritenuta prevalenza dell'azione esecutiva individuale eccezionalmente spettante agli istituti di credito fondiario rispetto alla disciplina del fallimento, avevano dedotto che il curatore, una volta intervenuto il pignoramento promosso dalla banca mutuataria, si sarebbe trasformato (sebbene limitatamente ai beni ipotecati in favore del credito fondiario) in custode, e sarebbe divenuto organo ausiliario del giudice dell'esecuzione, il quale avrebbe anche potuto sostituirlo nella custodia secondo le norme del codice di procedura civile²⁶⁰.

La Cassazione osservava come la sentenza gravata avesse mancato di considerare che

²⁵⁶TEDESCHI, *Credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 608

²⁵⁷Cass. 20 novembre 1982, n. 6254, in *Il Fallimento*, 1983, p. 599 e in *Dir. Fall.*, 1983, II, p. 17 e ss.

²⁵⁸Tra le decisioni di merito, nello stesso senso si era espresso Trib. Roma, 9 luglio 1982, in *Il Fallimento*, 1983, p. 600. Cfr. PANZANI, *Esecuzione promossa dal credito fondiario e nomina del custode dell'immobile*, in *Il Fallimento*, 1994, p. 1277, nota 1.

²⁵⁹Trib. Roma, 30 maggio 1981, in *Dir. Fall.*, 1982, p. 488 e ss. con nota di DI GRAVIO, *Fallimento e credito fondiario: una coesistenza non più pacifica*.

²⁶⁰Cfr. Cass.6254/1982 cit., p. 18.

gli immobili pignorati dal creditore fondiario non erano sottratti alla disponibilità degli organi fallimentari, ancorché sottoposti al processo di esecuzione singolare; del resto, sempre a detta della S.C., la disciplina del credito fondiario di cui al R.D. 646 del 1905 non conteneva alcuna eccezione alla regola di cui all'art. 88 l. fall., per la quale il curatore provvede all'amministrazione del patrimonio del fallito. Anzi, dall'art. 42 comma 1° T.U.²⁶¹, che imponeva al curatore di versare all'istituto le rendite dei beni ipotecati in suo favore, si desumeva "a contrario" che la disponibilità dell'immobile doveva restare al curatore, altrimenti impossibilitato ad adempiere all'obbligo in questione. La Cassazione osservava, ancora, che gli organi fallimentari avevano un evidente interesse a conoscere le vicende dei singoli beni compresi nell'attivo fallimentare, anche quando questi fossero fatti oggetto di esecuzione da parte del creditore fondiario, atteso che l'eventuale esubero del ricavato della vendita rispetto all'ammontare del credito dell'istituto procedente, era di competenza del fallimento²⁶².

Si concludeva, allora, che le funzioni di custodia rimanessero in capo al curatore, che dunque non diveniva organo ausiliario del giudice dell'esecuzione, anche dopo l'esercizio dell'azione individuale ad opera della banca, e che poteva essere eventualmente sostituito solo dal giudice delegato nell'ambito della procedura fallimentare²⁶³.

La pronuncia della Cassazione cui abbiamo fatto ora riferimento ha sollevato

²⁶¹L'art. prevedeva infatti che: "In caso di dichiarazione di fallimento o di mutuatari del credito fondiario, il curatore è tenuto a versare all'istituto creditore le rendite dei beni ipotecati a favore del medesimo, dedotte le spese di amministrazione ed i tributi pubblici, salvo l'obbligo all'istituto stesso della restituzione a chi di ragione in conformità del disposto dall'art. 55".

²⁶²Cfr. Cass. 6254/1982 cit., p. 19; in tal senso anche PANZANI, *Esecuzione promossa dal credito fondiario e nomina del custode dell'immobile*, cit., p. 1278.

²⁶³La Massima della pronuncia disponeva infatti che: "L'azione esecutiva eccezionalmente spettante all'istituto di credito fondiario ai sensi dell'art. 42 T.U. 1905 nonostante il fallimento del mutuatario debitore, non determina la sottrazione dei beni pignorati dall'istituto alla custodia ed alla amministrazione del curatore sotto la sorveglianza del giudice delegato, secondo le regole proprie della procedura fallimentare, anche se l'espropriazione del bene deve svolgersi per la realizzazione delle pretese creditorie dell'istituto. Permanendo pertanto, le funzioni di custodia del curatore, questi, poiché conserva le sue originarie attribuzioni, non diviene organo ausiliario del giudice dell'esecuzione e non può essere quindi dal medesimo sostituito nell'ambito della procedura esecutiva individuale, ai sensi degli artt. 66 e 559 c.p.c.". Cfr. Cass. 6254/1982 cit., p. 20.

perplexità in dottrina. Al riguardo, si è osservato come la lettura giurisprudenziale in parola finisse per considerare l'esecuzione per credito fondiario come un *quid minoris* rispetto al processo esecutivo ordinario: un qualcosa cioè, che dà diritto a procedere a taluni atti esecutivi (che a seconda degli orientamenti appaiono più o meno ridotti), ma non allo svolgimento di un ordinario processo espropriativo, in tutte le sue implicazioni²⁶⁴. La conseguenza di siffatta concezione comporta che la prima si debba piegare alle regole ed alle esigenze della seconda. Al contrario, dalla possibilità di una esecuzione individuale ammessa per legge anche in pendenza di fallimento, derivava che tale esecuzione potesse e dovesse svolgersi pienamente, secondo le regole e le caratteristiche che le sono proprie, anche in costanza di procedura concorsuale²⁶⁵. In ogni caso, anche là dove le norme speciali sulla custodia non fossero esistite, già dallo stesso c.p.c. all'art. 559 comma 2²⁶⁶ (peraltro ritenuto inapplicabile dalla S.C. per il caso di esecuzione in costanza di fallimento²⁶⁷) discendeva la facoltà del giudice dell'esecuzione di sostituire il custode²⁶⁸.

Le conclusioni cui la S.C. era pervenuta non sono state condivise neanche della giurisprudenza di merito²⁶⁹. Questa finiva per valorizzare la previsione dell'art. 45 T.U. 1905²⁷⁰, che riconosceva all'esercente il credito fondiario il diritto di ottenere la

²⁶⁴ Così letteralmente SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 808.

²⁶⁵ SALETTI, *ult. op. loc. cit.*

²⁶⁶ Art. 559 comma 2°: "Su istanza del creditore pignorante, o di un creditore intervenuto, il giudice dell'esecuzione, sentito il debitore, può nominare custode una persona diversa dallo stesso debitore (...)".

²⁶⁷ Poiché una procedura di custodia dei beni è già in atto al momento in cui ha inizio l'azione esecutiva individuale, è logica la deduzione che in tal caso la legge utilizza le funzioni di custodia che al curatore ineriscono nell'ambito del procedimento fallimentare, non sussistendo al riguardo alcuna incompatibilità. Il che è tanto più vero ove si consideri che l'art. 559 c.p.c. secondo cui nella esecuzione individuale il debitore è per legge costituito custode e può anche essere sostituito con altra persona, è nella specie del tutto inapplicabile, essendo evidente che la corrispondente disciplina giuridica presuppone che debba risolversi un problema di custodia dei beni pignorati; problema del tutto inesistente perché già risolto, rispetto ai beni colpiti dalla procedura fallimentare. Così quasi letteralmente Cass. 6254/1982 cit., p. 19.

²⁶⁸ SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 808.

²⁶⁹ Trib. Roma, 7 febbraio 1990, in *Foro it.*, 1990. I, p. 2295.

²⁷⁰ Che recita come segue: "Notificato al debitore il precetto di pagamento, il Presidente del Tribunale competente nel giudizio di espropriazione procede sulla istanza dell'istituto e mediante ordinanza alla

nomina di un sequestratario (ovvero di un custode) di sua scelta, purché ritenuto idoneo. Tale norma veniva considerata applicabile anche in caso di fallimento, giusta la previsione di cui all'art. 42 comma 2° T.U. 1905 per il quale “Le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario sono sempre applicabili anche in caso di fallimento del debitore per i beni ipotecati agli istituti di credito fondiario”. Nessun ostacolo a tale conclusione si rinveniva dal disposto del primo comma dell'art. 42 il quale, nel vincolare il curatore a versare all'istituto le rendite dell'immobile pignorato, avrebbe semmai dimostrato che anche quando si sia optato per la sostituzione della custodia a favore di un soggetto diverso dal curatore, al fallimento non poteva essere arrecato pregiudizio. Le rendite erano, infatti, comunque destinate al suo soddisfacimento²⁷¹.

In ogni caso, la posizione di chiusura manifestata dalla S.C. non ebbe vita lunga. Tornati presto ad esprimersi sulla questione dell'attribuzione del potere di nomina del custode in pendenza di esecuzione promossa dal creditore fondiario ovvero in caso di sopravvenienza di procedura concorsuale, in capo al giudice dell'esecuzione, o al giudice delegato del fallimento²⁷², i giudici di legittimità si sono espressi positivamente quanto alla possibilità per il giudice dell'esecuzione di nominare o sostituire il custode durante il fallimento del debitore. Essi negavano l'esclusività di una simile prerogativa precedentemente riservata solo al giudice delegato.

La pronuncia alla quale ci riferiamo risulta poi particolarmente interessante, perché affronta e risolve anche un'ulteriore questione inerente la nomina del custode: la S.C., infatti, si esprime sull'esistenza di un vincolo in capo al giudice dell'esecuzione di nominare custode in curatore, ovvero sulla possibilità che altri possano essere

nomina del sequestratario, preferendo la persona che gli sia proposta dallo istituto, purché la riconosca idonea”.

²⁷¹In tal senso SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 808.

²⁷²Cass. 2 giugno 1994, n. 5352, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1995, II, p. 672 e ss. con nota di TARDIVO, *Esecuzione fondiaria individuale e insinuazione nel fallimento* e in *Il Fallimento*, 1994, p. 1273 e ss. con nota di PANZANI, *Esecuzione promossa dal credito fondiario e nomina del custode dell'immobile*.

preferiti a costui²⁷³.

Affermando espressamente di volersi discostare dall'insegnamento di Cass. 6254/1982, la Corte sostiene che "Il potere di nominare e sostituire il custode dei beni pignorati spetta non già al giudice delegato del fallimento, bensì a quello dell'esecuzione immobiliare, il quale non è tenuto a conferire tale incarico al curatore fallimentare (...) ²⁷⁴". A tale ultimo proposito, viene infatti affermato che, una volta eseguito il pignoramento, e dunque pendente avanti al giudice dell'esecuzione l'esecuzione per credito fondiario, il creditore procedente potrà, ex art. 45 T.U. 1905 (così come può il creditore procedente ex art. 559 comma 2°), sottoporre istanza di nomina nei confronti di una persona di fiducia, senza che il giudice dell'esecuzione sia vincolato alla nomina del curatore fallimentare²⁷⁵. Infatti, la possibilità di eccezionale coesistenza della procedura singolare del creditore fondiario con il fallimento del debitore, espressamente riconosciuta dal sistema normativo²⁷⁶, comporta in primo luogo, che sia il giudice dell'esecuzione a dirigere la procedura nella pienezza dei poteri che la legge gli assicura; in secondo luogo, l'istituto di credito fondiario, che assume le vesti di creditore pignorante, conserverà tutti i poteri di impulso propri della fase espropriativa. In un passaggio motivazionale si legge infatti che "(...)non vi è la possibilità di ritenere cessati tali poteri, una volta che la legge consente la coesistenza delle due procedure"²⁷⁷.

Il S.C procede dunque ad esaminare partitamente le due concrete ipotesi che si possono realizzare: la prima, costituita dall'antiorità del fallimento rispetto all'esecuzione singolare, e la seconda, caratterizzata dalla sopravvenienza della

²⁷³PANZANI, *Esecuzione promossa dal credito fondiario e nomina del custode dell'immobile*, cit., p. 1277.

²⁷⁴Cfr. Massima della sentenza cit., p. 1273 che conclude dicendo: "(...) consentendo la legge la coesistenza delle due procedure, ed essendo pertanto quella individuale regolata dal codice di rito per la parte non disciplinata dalle richiamate disposizioni speciali, con la conseguenza che resta fermo il provvedimento di nomina del custode, il quale, pur non impugnabile né revocabile ex artt. 66 e 177 c.p.c., è tuttavia suscettibile di modifiche per fatti sopravvenuti nel corso dell'esecuzione ex art. 487 c.p.c."

²⁷⁵Cfr. Cass. 2 giugno 1994, n. 5352, cit., p. 677.

²⁷⁶Si fa ancora una volta riferimento all'art. 42 T.U. 1905, e all'art. 51 l. fall.

²⁷⁷Cfr. Cass. 2 giugno 1994, n. 5352, cit., p. 677.

procedura concorsuale all'espropriazione già iniziata.

Nel primo caso, affermano i giudici di legittimità, non sarà evidentemente possibile applicare il disposto del 1° comma dell'art. 559 c.p.c.²⁷⁸, in quanto il debitore dichiarato fallito non potrà essere nominato custode, essendosi già verificato lo spossessamento ex art. 42 l. fall. e l'affidamento della custodia in capo al curatore ai sensi del combinato disposto degli artt. 31 e 88 l. fall.; troverà invece applicazione la previsione del 2° comma dell'art. 559 c.p.c. che, in relazione anche all'art. 66 c.p.c.²⁷⁹, conferisce all'istituto mutuante, in quanto creditore pignorante, il potere di chiedere la nomina di un diverso custode. Il Collegio non esclude che questa stessa facoltà possa essere invocata anche dal curatore stesso, intervenuto nell'esecuzione singolare nell'interesse delle ragioni creditorie della massa, e che la scelta possa cadere sulla sua persona, o su un soggetto da esso indicato²⁸⁰.

Nella seconda ipotesi, caratterizzata - come si è visto - dall'intervento della procedura collettiva ad esecuzione singolare già pendente, l'art. 559 c.p.c. avrebbe trovato applicazione ancor prima della pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento; peraltro, se il giudice dell'esecuzione avesse nominato un custode su istanza del creditore fondiario, l'istanza di sostituzione successivamente avanzata dal curatore intervenuto ex artt. 66 e 559 c.p.c., potrebbe ugualmente essere accolta o rigettata, non essendo in alcun modo vincolato a scegliere il curatore "per la sola qualità che gli proviene dalle funzioni che gli competono a norma della legge fallimentare"²⁸¹. Pertanto, rimarrebbe in linea di principio fermo il provvedimento (che non è impugnabile né revocabile ex artt. 66, 177²⁸² e 487²⁸³ c.p.c.) di nomina del custode

²⁷⁸ Art. 559 comma 1° c.p.c.: "Col pignoramento il debitore è costituito custode dei beni pignorati e di tutti gli accessori, comprese le pertinenze e i frutti, senza diritto a compenso".

²⁷⁹ L'art. 66 c.p.c. prevede che: "Il giudice, d'ufficio o su istanza di parte, può disporre in ogni tempo la sostituzione del custode (...)".

²⁸⁰ Cfr. Cass. 2 giugno 1994, n. 5352, cit., p. 678. Si veda anche PANZANI, *Esecuzione promossa dal credito fondiario e nomina del custode dell'immobile*, cit., p. 1278.

²⁸¹ Cfr. Cass. 2 giugno 1994, n. 5352, cit., p. 678.

²⁸² L'art. 177 c.p.c. dettato per il processo di cognizione dispone che: "Le ordinanze, comunque motivate, non possono mai pregiudicare la decisione della causa. Salvo quanto disposto dal seguente comma, esse possono essere sempre modificate o revocate dal giudice che le ha pronunciate (...)".

nonostante l'intervenuto fallimento, anche se esso sarebbe pur sempre suscettibile di modifiche per fatti sopravvenuti nel corso dell'esecuzione²⁸⁴ da parte del giudice che lo ha emesso (e quindi solo dal giudice dell'esecuzione).

Si è correttamente osservato, infatti, che se la legge consente la coesistenza delle due procedure, facendo salva quella individuale rispetto a quella concorsuale, l'esecuzione singolare resta disciplinata dalla speciale disciplina esecutiva ad esso riservata, e regolata dalle disposizioni del codice di rito per le parti non richiamate dalle disposizioni speciali²⁸⁵.

Inoltre, si è rilevato come l'art. 42 comma 1° T.U. 1905 (che impone al curatore in quanto amministratore dei beni caduti in fallimento, ma non ancora pignorati dall'istituto di credito, l'obbligo di versare all'istituto le rendite dell'immobile ipotecato) non riguarderebbe il caso in cui sia promossa l'azione esecutiva individuale. Lo attesterebbe il fatto che la norma è sistematicamente collocata prima delle disposizioni che riguardano più propriamente il procedimento esecutivo per credito fondiario (disciplinando la notifica del precetto e gli atti successivi), poste agli artt. 43 e ss.²⁸⁶. L'onere del curatore sarebbe quindi una mera conseguenza logica dello spossessamento del debitore, a seguito del quale risulta ad esso precluso di provvedere ai versamenti²⁸⁷. Una volta notificato il pignoramento, dovranno trovare applicazione le regole della procedura esecutiva individuale e perciò: la carica di custode in capo al curatore del fallimento ben potrà rimanere ferma, ma essa potrà

²⁸³ Art. 487 c.p.c.: "Salvo che la legge disponga altrimenti, i provvedimenti del giudice dell'esecuzione sono dati con ordinanza, che può essere dal giudice stesso modificata o revocata finché non abbia avuto esecuzione".

²⁸⁴ Cass. 2 giugno 1994, n. 5352, cit., p. 680.

²⁸⁵ La Corte aggiunge che: "Soltanto ai fini del concorso con gli altri creditori insinuati nel fallimento, l'istituto di credito fondiario resterà soggetto alle norme sul concorso dei creditori, e la sua soddisfazione nella distribuzione del prezzo è condizionata all'insussistenza di crediti prededucibili o muniti di cause di prelazione di grado superiore al suo. Ma nella fase di compimento degli atti di espropriazione non vi è alcun ostacolo all'applicazione delle norme del c.p.c.".

²⁸⁶ Cfr. Cass. 2 giugno 1994, n. 5352, cit., p. 675. L'osservazione è ripresa anche da PANZANI che commenta la sentenza in *Esecuzione promossa dal credito fondiario e nomina del custode dell'immobile*, cit., p. 1278.

²⁸⁷ Si parla di onere in quanto, a fronte di un inadempimento del curatore, esso sarebbe passibile di essere sostituito.

altresì cessare là dove il giudice dell'esecuzione emetta un provvedimento a seguito dell'istanza che sia stata presentata dalla banca ai sensi dell'art. 559 comma 2° e dell'art. 66 c.p.c.²⁸⁸.

La sentenza ora esaminata assume particolare rilievo anche perché, pur pronunciando in merito ad una espropriazione promossa nella vigenza del T.U. del 1905²⁸⁹, si sofferma anche sulla nuova normativa dettata con d.lgs. 385/1993, a sottolineare che alla soluzione prospettata andrebbe riconosciuta piena valenza anche con riferimento a quest'ultima²⁹⁰.

Sostiene la Corte che l'art. 41 del T.U. 1 settembre 1993, n. 385 sancisce espressamente la possibilità di iniziare o proseguire l'azione esecutiva della banca sui beni ipotecati a garanzia dei finanziamenti fondiari anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore, disponendo altresì che il curatore ha facoltà di intervenire nell'esecuzione appena detta, e che la somma ricavata eccedente la quota che in sede di riparto risulta di spettanza della banca viene attribuita al fallimento. Il 3° comma dell'art. 41 dispone inoltre che il custode dei beni pignorati, l'amministratore giudiziario ed il curatore del fallimento, devono provvedere a versare all'istituto la rendita dei beni ipotecati a garanzia del suo credito²⁹¹ (dedotte le spese di amministrazione, comprese quelle dirette ad assicurare e mantenere la capacità produttiva e redditizia dei beni, ed i tributi, sino a soddisfacimento del credito vantato). La norma distingue tra curatore e custode, ma la S.C. ritiene che i loro obblighi siano uguali²⁹²; essa, inoltre, conferma la disciplina previgente con rinvio implicito al codice di rito e alle regole fallimentari quanto ai poteri di nomina (giungendo dunque ai medesimi risultati cui aveva condotto l'esegesi compiuta sulla

²⁸⁸Cfr. Cass. 2 giugno 1994, n. 5352, cit., p. 678.

²⁸⁹che ai sensi dell'art. 161 co. 6 T.U.B. continua ad applicarsi ai contratti già conclusi e ai provvedimenti in corso alla data di entrata in vigore della nuova normativa.

²⁹⁰In tal senso SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e Fallimento*, cit., p. 654 che rimanda alla Motivazione in *Il Fallimento*, p. 1276.

²⁹¹Motivazione in Cass. 2 giugno 1994, n. 5352, cit., p. 679.

²⁹²Motivazione in Cass. 2 giugno 1994, n. 5352, cit., p. 679.

vecchia disciplina²⁹³). Sostegno a tale assunto proviene dal fatto che il nuovo T.U.B sarebbe stato emanato per attuare la direttiva CEE 89/646 che in materia di esecuzione forzata non contiene alcuna norma innovativa, sicché esso deve ritenersi in proposito meramente confermativo della disciplina previgente²⁹⁴.

Si ritiene di sottolineare però che, per quanto la nuova norma non modifichi sostanzialmente la situazione precedente, manca oggi la previsione dell'immissione nel possesso per le banche operanti nel credito fondiario, anche se tale possibilità è ritenuta ugualmente sussistente, come emerge anche dalla stessa pronuncia citata²⁹⁵.

Il custode dell'immobile è tenuto al periodico versamento delle rendite; si tratta di un onere dipendente direttamente dalla legge²⁹⁶, ed un'eventuale omissione potrebbe giustificare la sostituzione²⁹⁷, sicché non vi sarebbe alcun pregiudizio per il fallimento a che sia nominato custode un soggetto diverso dal curatore²⁹⁸.

Per il pagamento delle rendite alla banca non si richiede né specifica istanza in tal senso, né la necessità di un previo rendiconto al custode²⁹⁹. Come si è osservato in precedenza³⁰⁰, le attribuzioni effettuate alla banca hanno carattere provvisorio in attesa della distribuzione definitiva: è in tale sede che la correttezza delle attribuzioni e delle ritenute effettuate saranno verificate, con gli eventuali conguagli, positivi e negativi³⁰¹.

²⁹³ Osservazione dedotta dalla Motivazione ad opera di PANZANI, *Esecuzione promossa dal credito fondiario e nomina del custode dell'immobile*, cit., p. 1278.

²⁹⁴ Motivazione in Cass. 2 giugno 1994, n. 5352, cit., p. 679; PANZANI, *op. ult. loc. cit.*

²⁹⁵ Si veda TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 284; ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, cit., p. 800.

²⁹⁶ Cass. 23 giugno 1975, n. 2504 in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1976, II, p. 167; Cass. 18 luglio 1991, n. 7982 in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1992, II, p. 505 richiamate da POMPONIO, *L'esecuzione per crediti fondiari*, cit., p. 1208.

²⁹⁷ POMPONIO, *op. ult. loc. cit.*

²⁹⁸ In tal senso SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e Fallimento*, cit., p. 656; come si vedrà, contra: BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 167, COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure esecutive e nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 569; PANZANI, *Esecuzione promossa dal credito fondiario e nomina del custode dell'immobile*, cit., p. 1279.

²⁹⁹ POMPONIO, *L'esecuzione per crediti fondiari*, cit., p. 1209.

³⁰⁰ V. Cap. I, par. 7, p. 40 ss.

³⁰¹ Come già visto, la legge parla infatti di crediti "vantati" dalla banca, la cui esistenza, è solo affermata ma deve ancora essere verificata in sede di riparto. Si rimanda nuovamente al Cap. I, par. 7, p. 40 ss.

La norma non discorre di obbligo di restituzione delle somme percepite ove non spettanti, ma è generalmente ritenuto che esso sia ugualmente sussistente in quanto la soluzione appare più conforme ai principi legislativi³⁰²; in tal modo, infatti, le attribuzioni non pregiudicherebbero né il debitore né gli altri creditori concorrenti, là dove fossero eventualmente percepite somme non dovute.

La decisione dei giudici di legittimità va dunque ad inserirsi nel filone più favorevole all'istituto di credito fondiario, e risulta evidentemente sostenuta da coloro che avevano criticato l'impostazione di Cass. 6254/1982. La Corte fonda tutto il suo ragionamento sulla premessa per cui, una volta che il legislatore ha ammesso che l'esecuzione individuale riservata all'istituto di credito fondiario possa operare anche in pendenza di fallimento, si deve altresì riconoscere che essa possa svolgersi nei modi e nelle misure che le sono proprie. Dunque, il fatto che sia necessario un coordinamento dell'esecuzione con le regole della procedura, non dovrebbe indurre a ritenere che queste debbano prevalere; anzi, piuttosto parrebbe vero l'opposto, e perciò che le norme dell'espropriazione singolare, in quanto fatte espressamente salve dalla legge stessa, debbano trovare sempre applicazione, a meno che ciò renda impossibile il perseguimento dei fini della procedura fallimentare³⁰³. In tal modo sembrerebbe che il sistema delineato dalla Corte sia perfettamente coerente in quanto, oltre ad essere conforme ai principi³⁰⁴, non pregiudicherebbe in alcun modo la finalità del fallimento di trovare soddisfazione ai diritti di credito vantati dai creditori ammessi, nel pieno rispetto della loro *par condicio*³⁰⁵.

A fronte dell'indirizzo di legittimità che afferma che il potere di nomina e sostituzione

³⁰²Si veda POMPONIO, *L'esecuzione per crediti fondiari*, cit., p. 1209.

³⁰³In questa prospettiva SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e Fallimento*, cit., p. 655.

³⁰⁴Che il curatore debba prendere in consegna i beni secondo quanto disposto dalla l. fall. non significa necessariamente che il possesso debba essergli sottratto: la stessa l. fall. ammette infatti in taluni casi (come accade all'art. 53 l. fall. per l'ipotesi del pegno) che questo rimanga in capo al creditore privilegiato. Non vi sarebbe nessun ostacolo quindi ad ammettere che anche nell'ipotesi di pignoramento, in cui si verifica uno spossessamento del tutto analogo a quello che si realizza con il pegno, la custodia possa essere attribuita ad un altro soggetto; anche se ciò non significa che il curatore perde automaticamente la custodia del bene pignorato. Cfr. SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e Fallimento*, cit., p. 655.

³⁰⁵SALETTI, *ult. op. cit.*, p. 656.

del custode dei beni oggetto di ipoteca fondiaria spetta non al giudice delegato del fallimento, bensì al giudice dell'esecuzione immobiliare, forti dissensi e perplessità sono stati avanzati oltre che dai giudici di merito³⁰⁶, anche da autorevole dottrina; quest'ultima individua nella designazione di un custode diverso dal curatore ad iniziativa del giudice dell'esecuzione (che è soggetto estraneo all'ufficio fallimentare), un'alterazione dei principi fondamentali della procedura concorsuale, nonché una compromissione dei poteri di direzione del concorso conferiti al giudice delegato³⁰⁷.

Le principali critiche sono mosse in ordine all'interpretazione della disciplina proposta dai giudici di legittimità: la collocazione sistematica dell'art. 42 comma 1° (che impone al curatore di versare all'istituto le rendite dei beni ipotecati in caso di fallimento del mutuatario) prima delle norme che disciplinano l'esecuzione, non sembra infatti argomento sufficiente ad escludere l'applicabilità della norma in caso di contemporanea pendenza del fallimento con l'esecuzione singolare promossa dal creditore fondiario. Invero, l'art. 42 contiene l'intera disciplina relativa agli effetti del fallimento in materia di credito fondiario, e quindi non si rinviene alcuna ragione che autorizzi a ritenere che essa operi solo in mancanza di una procedura esecutiva; anzi, la previsione in materia di rendite non trova applicazione solo fino a quando l'azione esecutiva individuale non sia promossa, poiché essa detta la disciplina regolatrice proprio dell'ipotesi di fallimento del debitore in costanza di espropriazione per credito fondiario. Inoltre, essa non è in alcun modo derogata dalle disposizioni successive (artt. 43 e ss.) che (indipendentemente dalla collocazione sistematica³⁰⁸), disciplinando l'esecuzione singolare nei confronti del debitore *in bonis*, non comportano alcuna interferenza con la norma ad oggetto che si limita a dettare i principi applicabili in caso di fallimento del debitore³⁰⁹. La soluzione troverebbe

³⁰⁶Trib. Genova, 6 novembre 1995, Banca Mediocredito c. Fall. Costa, richiamato da CARBONE, *Il credito fondiario tra risoluzione speciale ed esecuzione singolare*, cit., p. 1150, nota 36.

³⁰⁷CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 370.

³⁰⁸Le disposizioni possono essere indifferentemente collocate prima o dopo la previsione di cui all'art. 42.

³⁰⁹Osservazioni riprese da BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 166 e da

conforto anche nella nuova formulazione dell'art. 41 T.U.B, che ha invertito l'ordine dettato nella disciplina precedente: il comma 2°, riprendendo la disposizione dell'art. 42 comma 2, prevede che l'esecuzione può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore; è poi al 3° comma dell'art. 41 T.U.B che si rinviene, invece, la previsione che fa carico al curatore (custode o amministratore giudiziario) di versare all'istituto le rendite dell'immobile.

La criticata sentenza afferma, quindi, che anche nel vigore della nuova normativa il potere di nomina e sostituzione compete al giudice dell'esecuzione, senza nemmeno rendersi conto che l'argomento sistematico che ne ha posto a fondamento è venuto meno³¹⁰.

L'attribuzione del potere di nomina del custode in capo al giudice delegato e la possibilità per esso di individuare anche un soggetto diverso dal curatore, discende dall'affermata centralità dell'esecuzione individuale nell'ambito del sistema fallimento-esecuzione³¹¹, e dalla convinzione che ciascuna esecuzione è retta da regole proprie, che emergono dalle statuizioni della Cassazione. Un limite alla piena autonomia dell'esecuzione riservata al creditore fondiario deve però necessariamente porsi allorché l'esecutato, oltre che debitore moroso, assuma anche la veste di imprenditore fallito; tale limite deve naturalmente riflettersi sulla persona incaricata della custodia e sulle modalità della sua nomina o sostituzione. Se infatti l'attività processuale dell'ente fondiario potesse svolgersi come se la procedura concorsuale non esistesse, verrebbe inevitabilmente ad essere alterato il principio della *par condicio creditorum*, nonché quello dell'universalità oggettiva dell'esecuzione fallimentare. Inoltre, a tale ultimo proposito non pare che la nuova disciplina intenda derogare in alcun modo al principio generale dell'universalità intesa come l'effetto che la procedura concorsuale esplica sulla totalità del patrimonio del fallito per destinarlo

PANZANI, *Esecuzione promossa dal credito fondiario e nomina del custode dell'immobile*, cit., p. 1279.

³¹⁰Cfr. BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 168; PANZANI, *Esecuzione promossa dal credito fondiario e nomina del custode dell'immobile*, cit., p. 1280.

³¹¹PANZANI, *ult. op. cit.*, p. 1279.

al soddisfacimento di tutti i creditori attraverso le regole del concorso³¹². L'effetto dello spossessamento e dell'acquisizione dei beni del fallito all'attivo fallimentare si produce infatti *erga omnes* a far data dalla sentenza dichiarativa di fallimento secondo quanto previsto dall'art. 42 l. fall.; è già, quindi, con la dichiarazione di fallimento che *ex lege* il curatore apprende i beni immobili e ne diventa custode (o si sostituisce ad altri nella custodia)³¹³.

Per ammettere che il giudice dell'esecuzione abbia il potere di modificare questi fondamentali effetti del fallimento, sarebbe necessario individuare una norma derogatoria dei poteri che competono al curatore, e non pare a tal fine adeguata l'affermazione di principio per cui, ammettendo la legge l'esistenza della procedura individuale in costanza di fallimento, tale esecuzione sarebbe sorretta dalle norme del codice di rito e dalle disposizioni speciali. In conclusione, è indubbio che nel procedimento esecutivo nei confronti del debitore *in bonis* la nomina del custode spetti al giudice dell'esecuzione immobiliare in conformità alle previsioni codicistiche, ma nel momento in cui il debitore è dichiarato fallito la normativa ordinaria potrà operare solo nel limite in cui essa sia compatibile con quella fallimentare³¹⁴. Nel caso in cui l'esecuzione singolare sia iniziata o proseguita parallelamente alla procedura concorsuale, parrebbe quindi più opportuno che il giudice della prima, pur rimanendo titolare del potere di nominare o sostituire il custode, preferisca comunque il curatore fallimentare ad altri.

³¹²BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 162; PANZANI, *Esecuzione promossa dal credito fondiario e nomina del custode dell'immobile*, cit., p. 1277.

³¹³BOZZA, *ult. op. cit.*, p. 162.

³¹⁴BOZZA, *ult. op. cit.*, p. 163.

11. (segue). La legittimazione passiva nell'ambito del processo esecutivo per credito fondiario in costanza di fallimento

Quando l'istituto di credito abbia promosso o proseguito l'azione esecutiva individuale dopo che sia stato dichiarato il fallimento del debitore, si pone il problema di stabilire a chi spetti la legittimazione formale a ricevere gli atti relativi all'esecuzione singolare; l'alternativa viene chiaramente a porsi tra la figura del curatore e quella del debitore fallito. La questione assume una notevole rilevanza pratica poiché, come si è già detto³¹⁵, essendo per il creditore fondiario escluso l'onere di notificazione del titolo esecutivo, il precetto risulta essere il primo atto per mezzo del quale il debitore, o nel caso che interessa (di fallimento di quest'ultimo), la curatela avrà conoscenza dell'inizio dell'espropriazione; del pari, nel caso in cui il fallimento sia intervenuto ad espropriazione già pendente, si tratta di verificare se gli effetti sostanziali e processuali della sentenza dichiarativa di fallimento si riflettano anche sull'esecuzione singolare così iniziata. Si avrà modo di constatare nel prosieguo dell'indagine come dall'attribuzione della legittimazione suddetta ad uno, ovvero all'altro dei soggetti indicati, siano derivate nella dottrina e nella giurisprudenza prevalenti prospettive divergenti per quanto riguarda l'impostazione del coordinamento delle due procedure, individuale e concorsuale, nella fase di distribuzione³¹⁶.

In linea di principio, una volta che il debitore sia stato dichiarato fallito trova applicazione il disposto dell'art. 43 l. fall che prevede che nelle controversie, anche in corso, relative a diritti patrimoniali del fallito sta in giudizio il curatore. La disposizione costituisce logico corollario del cd. spossessamento del debitore provocato dal

³¹⁵Si veda quanto detto al capitolo I, paragrafo 6, relativamente alla fase degli atti prodromici all'esecuzione.

³¹⁶Dal presupposto che la legittimazione sia in capo al fallito, si è sostenuto che il curatore potrebbe non essere nemmeno a conoscenza della procedura esecutiva iniziata dalla banca, e che quindi sarebbe ad esso precluso di intervenire in essa.

fallimento: come è stato autorevolmente affermato, pare del resto evidente che dal momento in cui il debitore perde la disponibilità l'amministrazione del suo patrimonio³¹⁷, comprensivo ovviamente dell'impresa, la legittimazione processuale in ordine ai rapporti a questa relativi deve essere riconosciuta in capo al curatore cui la disponibilità e l'amministrazione sopra dette sono trasferite. E' quindi al curatore del fallimento che compete la legittimazione, attiva e passiva, in ordine a tutti i rapporti patrimoniali compresi nel fallimento³¹⁸.

Senonché, nell'interpretazione della norma in questione, la giurisprudenza ha in più pronunce ritenuto di precisare che la perdita della capacità processuale del fallito non ha carattere assoluto, ma relativo: se non è ipotizzabile in alcun modo una legittimazione processuale del fallito nelle cause patrimoniali in cui si intenda tutelare l'integrità del patrimonio a favore del ceto creditorio, questa sarebbe invece configurabile in riferimento alle situazioni patrimoniali non incluse nel fallimento: quindi, limitatamente ai rapporti strettamente personali, ovvero a quelli patrimoniali che non siano di alcuna utilità per il fallimento, rispetto ai quali esiste assoluto disinteresse da parte degli organi fallimentari³¹⁹. E' stata così riconosciuta una limitata capacità processuale in relazione ai rapporti patrimoniali che, pur rientrando in linea generale nel patrimonio acquisito dal fallimento, il curatore ritenga di non dover gestire; vi è da notare che la carenza di interesse che potrebbe essere manifestata dagli organi fallimentari non potrà mai essere una carenza *sic et simpliciter*, ma sarà sempre e comunque motivata da giustificazioni di opportunità rese dal curatore nell'interesse della massa³²⁰.

³¹⁷ Ex art. 42 l. fall.

³¹⁸ In questo senso SATTI, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 154 e ss.

³¹⁹ Così Cass. 7 dicembre 1990, n. 11727, in *Il Fallimento*, 1991, p. 568; Cass. 14 aprile 1983, n. 2599, in *Giust. Civ. Mass.*, 1983, fasc. 4; conformi, Cass. 21 ottobre 1983, n. 6186, in *Giust. Civ. Mass.*, 1983, fasc. 9; Cass. 12 novembre 1993, n. 11191, in *Il Fallimento*, 1994, p. 372.

³²⁰ Significativa al proposito risulta la disposizione di cui al comma 3° dell'art. 42 l. fall., il quale prevede che: "Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può rinunciare ad acquisire i beni che pervengono al fallito durante la procedura fallimentare qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi". Per un'osservazione simile, PETRAGLIA, *Crediti fondiari: esecuzione individuale e procedure concorsuali*, cit.,

Per il caso in cui l'espropriazione singolare sia stata promossa o proseguita dopo l'apertura del concorso, nel vigore della normativa anteriore al T.U.B la dottrina ha ritenuto di prendere le mosse dall'art. 20 T.U. 1905³²¹: ci si è chiesti in particolare se lo spossessamento che colpisce il debitore fallito integri una delle situazioni prese in considerazione dalla disposizione predetta (e dunque se gli organi fallimentari abbiano l'onere di notificare all'istituto mutuante il subingresso), ovvero se la notificazione da essi compiuta abbia valenza ai fini della disposizione, potendo, in mancanza di ciò, l'istituto procedere direttamente nei confronti del debitore originario, ancorché fallito (e dunque non più nella disponibilità materiale dei suoi beni)³²².

Taluno ha sostenuto che la legittimazione passiva del fallito sarebbe esclusa quando il curatore abbia provveduto alla notificazione giudiziale della sentenza di fallimento, ovvero alla comunicazione di cui all'art. 92 l. fall.³²³; al contrario, altri hanno osservato che nessuno dei due adempimenti potrebbe equivalere alla notifica del titolo di acquisto di cui all'art. 20 T.U. 1905 al fine di trasferire la legittimazione passiva: si argomentava dalla formulazione letterale del primo comma dell'art., affermando che il curatore non era né successore né avente causa, e che esso non aveva il possesso dell'immobile ipotecato, ma solo la detenzione³²⁴. Pur riconoscendo la discrepanza

p. 52.

³²¹L'art. 20 T.U. 1905 prevedeva che il successore o gli aventi causa del debitore *in bonis* dovevano notificare giudizialmente all'istituto come erano sottoentrati del possesso e godimento del fondo ipotecato, disponendo che per la prova del trasferimento era sufficiente l'esibizione dei documenti autentici; in virtù di tale notificazione, che doveva contenere l'elezione di domicilio dei successori o aventi causa nel luogo del tribunale in cui erano situati i fondi, l'istituto avrebbe proceduto contro di loro, nello stesso modo in cui avrebbe proceduto contro il debitore originario. E dunque, in mancanza di tale notificazione, gli atti giudiziali sarebbero stati diretti contro il debitore originariamente iscritto, anche quando il fondo sia passato nel frattempo nelle mani di eredi, aventi causa o terzi.

³²²Per la ricostruzione dell'orientamento, TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit. p. 462 e ss.

³²³BONELLI, *Del fallimento (commentario al codice del commercio)*, 3° ed. rielaborata in rapporto alla nuova legislazione, alla dottrina e alla giurisprudenza, Milano, 1938-1939, vol. I, n. 314, p. 692 richiamato da TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit. p. 462.

³²⁴CIOTOLA, *L'esecuzione degli istituti di credito fondiario nel fallimento del debitore*, cit., p. 22 e ss. ripreso da TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit. p. 462 e BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario* cit., p. 454, nota 71.

terminologica esistente tra il primo e il terzo comma dell'art. 20 nell'ultimo dei quali, oltre agli eredi ed agli aventi causa veniva fatta menzione anche dei terzi, non sarebbe tuttavia legittima una interpretazione separata e discorde dei vari commi dell'articolo³²⁵. Inoltre, non è parso adeguato l'aver escluso la possibilità per il curatore, che ben poteva essere qualificato come terzo che ha acquistato la detenzione del fondo, di notificare un atto che dia notizia del pronunciato fallimento e della apprensione dei beni da parte dell'ufficio. Se gli atti menzionati in precedenza non dovessero risultare adeguati, il curatore potrebbe pur sempre notificare un atto in cui dia notizia dell'apertura del fallimento ed il documento che, a richiesta del creditore fondiario, dovrebbe essere esibito, sarebbe evidentemente la copia autentica della sentenza dichiarativa³²⁶. Riprendendo autorevole proposizione, "l'assoggettamento alla sanzione non ha senso se l'onere può essere adempiuto"³²⁷: la *ratio* della norma era del resto quella di esonerare l'istituto fondiario dalla difficoltà di individuare i soggetti contro i quali, secondo le regole ordinarie, l'esecuzione avrebbe dovuto essere promossa, ma ciò non doveva in alcun modo pregiudicare la necessità di coloro che avessero acquisito qualche potere sull'immobile di portare a conoscenza l'istituto della nuova situazione, per evitare che l'eventuale espropriazione possa iniziare a loro insaputa³²⁸.

Sembra così, in conclusione, che nessun ostacolo si potrebbe porre a che il curatore adempia agli oneri previsti dalla norma per trasferire in capo a sé medesimo anche la legittimazione in ordine al rapporto con l'istituto di credito fondiario.

Sul tema, la giurisprudenza di legittimità aveva affermato che qualora un istituto di credito fondiario, esercitando le facoltà conferitegli dall'art. 42 T.U. 1905, promuovesse l'esecuzione individuale nei confronti del debitore, anche qualora sia aperta a suo carico la procedura concorsuale, la legittimazione passiva rispetto

³²⁵Cfr. TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit. p. 464.

³²⁶Così TARZIA, *ult. op. cit.*, p. 464.

³²⁷TARZIA, *ult. op. cit.*, p. 463.

³²⁸In tal senso, ancora una volta TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit. p. 463 e 464.

all'esecuzione dallo stesso promossa o proseguita spettava esclusivamente al debitore medesimo, e non al curatore³²⁹. Investita del ricorso avverso la decisione del Tribunale di Como 9 novembre 1982, la Corte si pronunciava sul secondo motivo con cui la curatela fallimentare lamentava che il Tribunale suddetto aveva erroneamente ritenuto che la notifica degli atti della procedura individuale intrapresa dall'istituto di credito fondiario potesse essere fatta al fallito e non al curatore, dimenticando di considerare che tale istituto, pur avendo il potere processuale di procedere con l'esecuzione, doveva tuttavia pur sempre sottostare alle regole sostanziali del concorso e che dunque, nel caso di specie, avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 43 l. fall.³³⁰. Il S.C ha ritenuto la censura priva di fondamento, affermando che non sarebbe stato possibile in tale ipotesi ammettere la capacità processuale del curatore anziché del debitore fallito, in nome del principio di universalità della procedura concorsuale, temporaneamente derogato proprio dall'esecuzione individuale promossa ai sensi dell'art. 42 T.U. 1905³³¹, e considerando che i mezzi di collegamento tra le due procedure, derivanti dalla possibilità per il curatore di intervenire nell'esecuzione individuale e dall'obbligo dell'istituto di insinuarsi al passivo fallimentare secondo le regole del concorso dei creditori, non incidono sull'autonomia delle procedure stesse ai fini della legittimazione³³².

La soluzione risulta pedissequamente recepita anche in una pronuncia successiva³³³, con argomentazioni che fanno leva, ancora una volta, proprio sul principio dell'autonomia della procedura individuale da quella collettiva³³⁴.

Ma il criterio posto dalla Corte appare discutibile in quanto non dà ragione della deroga alla regola generale data dall'art. 43 l. fall.; pare del resto che, anche volendo

³²⁹Cfr. Massima di Cass. 11 marzo 1987, n. 2532, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1988, II, p. 273 e ss. con nota adesiva di TARDIVO, *L'esecuzione di credito fondiario nel fallimento: un caso anomalo di sostituzione processuale e di capacità del fallito?* e in *Foro it.*, 1987, I, p. 2101 e ss.

³³⁰Così, quasi letteralmente, Cass. 11 marzo 1987, n. 2532, cit. p. 277.

³³¹Cfr. Cass. 11 marzo 1987, n. 2532, cit. p. 283.

³³²POMPONIO, in *Esecuzione forzata*, cit., p. 1206.

³³³Cass. 3 giugno 1996, n. 5081, in *Il Fall.*, 1997, p. 49 e ss.

³³⁴Per un commento sulla sentenza, PETRAGLIA, *Crediti fondiari: esecuzione individuale e procedure concorsuali*, cit., p. 52 e ss.

evitare di considerare totalizzante il disposto dell'art. suddetto (e della conseguente legittimazione passiva sempre e solo in capo al curatore), e portando alle estreme conseguenze il principio di autonomia dell'esecuzione singolare, e dunque affermando che essa determina l'avulsione (seppure limitata solo al piano processuale) del bene dalla massa fallimentare³³⁵, il curatore rimarrebbe pur sempre titolare del bene originariamente appreso alla massa, con la conseguente legittimazione anche in relazione all'espropriazione fondiaria³³⁶.

In definitiva, pare indiscutibile che una volta che intervenga il fallimento, la procedura concorsuale non possa essere considerata come passivamente estranea all'esecuzione fondiaria intrapresa o proseguita a concorso pendente; sarebbe quindi indispensabile che gli atti dell'esecuzione singolare siano diretti alla curatela³³⁷.

³³⁵In tal senso si è già visto, TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit. p. 467 e ss.

³³⁶Nella medesima prospettiva PETRAGLIA, *Crediti fondiari: esecuzione individuale e procedure concorsuali*, cit., p. 53. Critico nei confronti della posizione espressa dai giudici di legittimità anche COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure esecutive e nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 569.

³³⁷BRUSCHETTA, *Legittimazione del curatore nell'esecuzione di credito fondiario*, in *Il Fallimento*, 2004, p. 1320.

CAPITOLO III

PROFILI APPLICATIVI DELLA VENDITA CONDOTTA NELL'ESECUZIONE CONCORSUALE ED IN QUELLA FONDIARIA. IL COORDINAMENTO DELLE PROCEDURE NELLA FASE DISTRIBUTIVA

SOMMARIO. 1. La liquidazione dell'immobile in sede concorsuale. Modalità della liquidazione e applicabilità della disciplina speciale – 2. (segue). L'obbligo per l'istituto di credito fondiario di insinuazione al passivo – 3. La vendita forzata nell'esecuzione singolare per credito fondiario nei confronti del debitore fallito. Applicabilità della normativa speciale – 4. L'esecuzione per credito fondiario. Natura del privilegio e problemi di coordinamento con la procedura di fallimento – 5. Presupposto: l'insinuazione al passivo non è condizione di procedibilità – 6. Sede della distribuzione del ricavato. Il riparto fallimentare – 7. (segue). Critiche. La distribuzione in sede esecutiva. Dubbi sulla stabilità del riparto operato dal giudice dell'esecuzione – 8. La definitività nel vigore del T.U. 1905. L'intervento del curatore – 9. Oscillazioni della giurisprudenza dopo l'entrata in vigore del T.U.B. – 10. Critiche prima della novella del 2006 – 11. Conferme dal legislatore della riforma – 12. Riaffermazione dell'orientamento tradizionale – 13. Rimedi necessari per ottenere la restituzione dell'eventuale surplus attribuito all'istituto in sede esecutiva – 14. Osservazioni conclusive

1. La liquidazione dell'immobile in sede concorsuale. Modalità della liquidazione e applicabilità della disciplina speciale

La facoltà concessa al creditore fondiario di agire *in executivis* sull'immobile ipotecato a garanzia del proprio credito nei confronti del debitore dichiarato fallito non esclude che l'espropriazione sia promossa in sede fallimentare. Infatti, l'azione esecutiva singolare concessa alle banche dal legislatore costituisce una facoltà alla quale gli istituti mutuanti potrebbero anche rinunciare.

In questo caso, o in quello in cui l'espropriazione intrapresa in sede esecutiva singolare anteriormente alla dichiarazione di fallimento sia proseguita in sede

concorsuale con l'assenso dell'istituto precedente, si impone la necessità di individuare quale sia la disciplina applicabile alla vendita forzata posta in essere dagli organi fallimentari. In particolare, si tratta di stabilire se l'istituto possa invocare le disposizioni dettate dalla normativa speciale in suo favore, che troverebbero applicazione qualora esso avesse promosso o proseguito l'esecuzione in sede individuale.

Si è già visto che in questa ipotesi l'art. 41 T.U.B. riconosce all'istituto il diritto di percepire le rendite del bene ipotecato (art. 41 co. 3°); la norma prevede altresì la possibilità che l'aggiudicatario o l'assegnatario versino direttamente alla banca la parte del prezzo corrispondente al complessivo credito della stessa (art. 41 co. 4°)¹, e fa salva l'eventualità che quest'ultimi subentrino nel contratto di finanziamento stipulato dal debitore espropriato purché paghino alla banca le rate scadute, gli accessori e le spese (art. 41 co. 5°)².

Se nessuna, o poche, voci di dissenso si rinvergono in ordine al diritto della banca mutuante di percepire dal curatore le rendite dell'immobile ipotecato³, numerosi sono i contrasti sia a livello giurisprudenziale che a livello dottrinale, in merito all'applicabilità della restante disciplina di favore.

Il dovere del curatore di versare all'istituto mutuante le rendite costituisce invero un obbligo incondizionato derivante direttamente dalla legge, non incompatibile con la procedura di fallimento, e gravante sul curatore in quanto custode dell'immobile pignorato⁴.

¹Fatta salva la restituzione alla curatela di quanto dovuto in sede fallimentare.

²Per un approfondimento dei profili di specialità dell'esecuzione per credito fondiario rispetto alla disciplina dell'esecuzione ordinaria si rimanda al capitolo I.

³Tribunale Roma, 9 gennaio 1998, in *Il Fallimento*, 1997, p. 540 in cui si è affermato che l'art. 41 co. 3°, secondo cui il curatore versa alla banca le rendite degli immobili ipotecati a suo favore, fa parte del processo esecutivo promosso o proseguito dalla banca mutuante per il recupero del credito fondiario, pertanto la disposizione troverebbe applicazione, in caso di fallimento del debitore, solo in correlazione alla pendenza di quel procedimento, ossia allorché la banca si avvalga della facoltà di iniziare o proseguire l'azione esecutiva al di fuori del fallimento e non, invece, quando all'espropriazione dei beni ipotecati provvedano gli organi fallimentari. Cfr. D'ORAZIO, *Il credito fondiario e le prededuzioni nel fallimento*, cit., p. 763 ss.

⁴Si veda quanto detto in precedenza, in particolare Capitolo I, paragrafo 7 e Capitolo II, paragrafo 8.

La maggioranza della dottrina si mostra favorevole all'applicazione dell'art. 41 co. 3°, anche a prescindere da una preventiva insinuazione al passivo dell'istituto, in quanto la norma non subordina il dovere del curatore alla pendenza dell'esecuzione singolare. Oltretutto, si osserva, ragionare diversamente significherebbe frustrare lo scopo della rapida realizzazione del credito⁵.

Non altrettanto pacifica risulta l'applicabilità del disposto ex art. 41 T.U.B. nella parte in cui prevede il diritto dell'istituto all'immediato soddisfacimento mediante versamento del prezzo ricavato dalla vendita forzata. Il problema è stabilire se il curatore che abbia posto in essere la vendita possa trattenere e depositare la somma ai sensi dell'art. 34 l. fall. per poi distribuirla secondo i tempi e le modalità previste per il riparto fallimentare, ovvero se al compratore possa essere imposto di versare il prezzo direttamente alla banca e quindi se il curatore sia tenuto a consegnarla immediatamente all'istituto.

Nel vigore del T.U. 1905 parte della giurisprudenza, invocando l'esigenza di una celere realizzazione del credito, si mostrava favorevole all'applicazione dell'art. 55 (là dove prevedeva l'obbligo del compratore degli immobili di pagare all'istituto la parte di prezzo che corrispondeva al suo credito in capitale, accessori e spese nei 20 giorni successivi alla vendita, senza attendere il proseguimento della graduazione)⁶; un'altra

⁵BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 447 e 460; TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 442 e ss. Gli A. addirittura prospettano simile possibilità anche in pendenza del giudizio di opposizione allo stato passivo o di impugnazione del credito ammesso; l'eventuale provvedimento definitivo di esclusione comporterebbe che l'istituto dovrebbe restituire le rendite percepite. Conformi anche POMPONIO, *L'esecuzione per crediti fondiari*, cit., p. 1203; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 168 e ID., *La perpetuazione dei privilegi degli istituti di credito fondiario*, cit., p. 791; SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, cit., p. 22, ID., *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 996.

⁶Cass. 30 gennaio 1985, n. 582, cit.; Cass. 28 gennaio 1993, n. 1025, cit.; Cass. 23 novembre 1990, n. 11324, in *Il Fallimento*, 1991, p. 558 ss. (la quale tuttavia subordina l'acquisizione del ricavato alla preventiva insinuazione della banca al passivo); Cass. 20 dicembre 1988, n. 6952, in *Foro it.*, 1989, I, p. 3174. Cfr. TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, cit., p. 557, nota 12; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 175, nota 29 e 30.

In dottrina: SATTÀ, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, cit., p. 178; BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 460; INZITARI,

impostazione negava invece decisamente tale assunto e rifiutava che la disposizione richiamata fosse applicabile qualora l'istituto non si fosse avvalso dell'esecuzione speciale ma si fosse limitato ad insinuarsi al passivo⁷.

A sostegno della soluzione maggiormente favorevole alle esigenze del credito fondiario si era invocato l'argomento letterale incentrato sulla formulazione del secondo comma art. 55 che ne sanciva l'applicabilità anche alle esecuzioni promosse da altri creditori⁸: a questo riguardo, si riteneva che fosse questa una norma non strettamente connessa all'espropriazione speciale promossa dall'istituto di credito fondiario, bensì una disposizione generale, applicabile ad ogni vendita coattiva⁹. Questa argomentazione è stata ribadita anche dopo l'abrogazione dell'art. 55 T.U. 1905 e l'entrata in vigore dell'art. 41 comma 4° T.U.B., che solo in parte reitera le previsioni precedenti: si è riconosciuta quindi alla banca la possibilità di vedersi immediatamente attribuito il ricavato della vendita operata dal curatore. Nonostante la nuova disposizione del T.U.B. faccia espresso riferimento al giudice dell'esecuzione, si è infatti sostenuto che il richiamo operato dall'art. 105 l. fall (*ante* novella 2006), alle disposizioni del Libro III del c.p.c. relative al processo di esecuzione, avrebbe compreso anche le norme speciali derogatorie della disciplina in esso prevista (incluse

Effetti del fallimento per i creditori : art. 51-63 sub. art. 51, in Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare, cit., p. 45; SALETTI, Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali, cit., p. 813; ambigualmente SEPE, sub. art. 41, in Capriglione, Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, cit., p. 320.

⁷Cass. 5 luglio 1993, n. 7323 in *Fallimento*, 1993, p. 1238; Cass. 10 novembre 1981, n. 5944 in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1982, II, p. 17; Cass., 2 febbraio 1978, n. 458 in *Giust. Civ. Mass.*, 1978, p. 184; App. Bologna 24 giugno 1986, in *Dir. Fall.* 1987, II, p. 103; Trib. Roma 13 luglio 1985, in *Il Fallimento*, 1986, p. 216. Cfr. BOZZA, *La perpetuazione dei privilegi degli istituti di credito fondiario*, cit., p. 791, nota 12.

⁸Art. 55 co. 2: "Il pagamento della parte del prezzo di cui sopra, dovrà eseguirsi parimenti dall'aggiudicatario nei 20 giorni dall'aggiudicazione anche quando da altri creditori sia stato promosso il giudizio, senza bisogno che tale obbligo sia incluso nelle condizioni di vendita".

⁹Così SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 813. Già TARZIA, in *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 451 aveva affermato che quando si tratta di regolare la liquidazione nell'ambito del concorso non possono ricevere applicazione le norme processuali della legislazione speciale che presuppongono una espropriazione singolare e che le questioni ben potrebbero essere risolte riconoscendo l'operatività della deroga agli artt. 105 ss l. fall. qualora la norma richiamata non attribuisca all'istituto poteri assolutamente incompatibili con il processo nel quale essa dovrebbe valere. Secondo l'A., sarebbe stata evidente la compatibilità col fallimento dell'art. 55 T.U. 1905.

quindi quelle del T.U.B.)¹⁰.

Tuttavia, la giurisprudenza che ha argomentato in questo modo, non ha motivato l'assunto se non con un generico richiamo alla necessità della rapida realizzazione del credito¹¹. Si tratta però di una affermazione che non convince. Sotto questo profilo si è osservato che l'esistenza di disposizioni speciali che dettino particolari modalità di vendita a favore di determinati tipi di crediti "speciali", e per quanto più ci riguarda a privilegio del creditore fondiario, non autorizza a ritenere che siffatte regole valgano anche a disciplinare la vendita fallimentare che veda coinvolto il creditore suddetto, atteso che la vendita non sarebbe effettuata nell'esclusivo interesse di quest'ultimo¹². Come riconosciuto dalla stessa Cassazione, ove l'esecuzione individuale, promossa dall'istituto di credito fondiario nei confronti del mutuatario prima della sua dichiarazione di fallimento, sia proseguita con l'assenso dello stesso istituto nell'ambito della procedura concorsuale, nella cui sede si sia realizzata la vendita, l'istituto mutuante non può invocare la disciplina privilegiata, neanche al limitato scopo di conseguire il solo immediato versamento del prezzo. Infatti, derogando la speciale normativa alla disciplina comune solo con riferimento alla fase espropriativa, quando l'istituto abbia consentito che si proceda in ambito fallimentare alla vendita dei beni ipotecati, questi soggiace alle ordinarie regole della procedura concorsuale sui tempi e sulle modalità di ripartizione dell'attivo¹³. Perciò, la norma speciale

¹⁰SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 1000. Come già ricordato al capitolo II, (p. 92 ss.), l'A. nel criticare l'ammissibilità di una vendita contemporanea in sede individuale e in sede concorsuale espressamente ammessa dalle sentenze ricordate in precedenza, riconosce la difficoltà a sostenere un'interpretazione estensiva dell'art. 41 co. 4° anche al caso della vendita operata dal fallimento, ma al contempo ricorda che l'impossibilità di avvalersi del privilegio processuale di immediata riscossione comporterebbe un evidente pregiudizio per l'istituto, senza che sia del resto configurabile un apprezzabile vantaggio per il fallimento. Cfr. CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 372, nota 91.

¹¹In tal senso ancora BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 171.

¹²Così BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 171 che aggiunge: "Il curatore procede alla vendita in base ai poteri che la legge fallimentare gli conferisce, quale componente dell'ufficio fallimentare, per la realizzazione della finalità istituzionale della procedura concorsuale, e non in vece o quale sostituto della banca, né nell'interesse della stessa".

¹³Così quasi letteralmente la massima di Cass. Civ. Sez. I, 5 luglio 1993, n. 7323, in *Il Fallimento*, 1993, p. 1238.

contenuta nel T.U.B. ben potrà trovare applicazione anche in corso di fallimento, ma nell'ambito dell'esecuzione individuale promossa dall'istituto e non anche in caso di vendita eseguita dal curatore¹⁴.

Affinché lo stesso diritto riconosciuto al creditore fondiario nell'ipotesi in cui proceda esecutivamente sia esteso anche alla liquidazione fallimentare, sarebbe necessario individuare una specifica disposizione compatibile che preveda espressamente in tal senso¹⁵. Ad oggi simile norma non è rinvenibile¹⁶. Il giudice delegato non sarà pertanto in alcun caso tenuto ad emettere l'ordinanza di vendita in conformità alle disposizioni dell'art. 41 co. 4° T.U.B. imponendo all'aggiudicatario il versamento del prezzo, né la banca potrà pretendere che il curatore le versi il ricavato della vendita, dovendosi attenere alle ordinarie regole del riparto fallimentare¹⁷.

In conseguenza del ragionamento appena condotto, prevalentemente negativa è la risposta data dalla dottrina anche in relazione alla possibilità dell'aggiudicatario di subentrare nel contratto di finanziamento stipulato in origine dal debitore esecutato e fallito prevista al quinto comma dell'art. 41¹⁸.

In ambito fallimentare l'istituto affine al subentro di cui all'art. citato è suscettibile di applicazione in qualità di modalità di pagamento, nei termini risultanti dal combinato

¹⁴In tal senso BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, cit., p. 377.

¹⁵Si ricorda quanto detto al capitolo precedente, p. 92: in occasione della recente riforma del T.U.B. realizzatasi con d.lgs. 04.08.1999, n. 342 il disegno di legge prevedeva l'inserimento nell'art. 41 di un comma 4-bis il quale avrebbe dovuto disporre che "Quando la vendita venga disposta dal giudice delegato in sede fallimentare, il provvedimento può prevedere il pagamento provvisorio diretto alla banca da parte dell'aggiudicatario della quota del prezzo corrispondente al complessivo credito della banca stessa insinuata al passivo"; tale modifica però non è stata attuata nel testo definitivo e dunque ad oggi la lettera della norma, con il suo puntuale richiamo al giudice dell'esecuzione, e non anche al giudice delegato, conferma la conclusione negativa cui si è giunti.

¹⁶BOZZA, *La perpetuazione dei privilegi degli istituti di credito fondiario*, cit., p. 791.

¹⁷CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 372-373. Conformi PENTA, *I rapporti tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale. Il credito fondiario*, cit., p. 293; ABETE, *Il credito fondiario tra concorso sostanziale e concorso formale*, cit., p. 561; TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, cit., p. 557; POMPONIO, *L'esecuzione per crediti fondiari*, cit., p. 1203.

¹⁸Per una descrizione del regime di subentro si rimanda al capitolo I, paragrafo 8.

disposto degli artt. 508¹⁹ e 585²⁰ c.p.c.; le norme ricordate, a differenza dell'art. 41 che ci occupa, richiedono peraltro il preventivo accordo tra aggiudicatario e creditore ipotecario, nonché l'avvenuto riconoscimento del credito, oltre all'espressa autorizzazione del giudice²¹. Del resto, la facoltà per il compratore di sostituirsi al mutuatario inadempiente non può, pena l'incompatibilità con il sistema fallimentare, prescindere dalle garanzie ora dette. Il regime del subentro previsto dalla normativa bancaria, che opera al di fuori dell'esecuzione e solo sul piano dei rapporti tra compratore ed ente finanziatore, non trova allora in sede fallimentare alcun margine di applicazione²².

Più che pertinente risulta, a questo proposito, l'osservazione di autorevole dottrina che ha rilevato come la procedura espropriativa, disegnata dalla normativa fallimentare nel rispetto dei principi suoi portanti, non ammette l'interferenza di una procedura ad essa estranea, volta alla tutela di interessi diversi, quando questi non siano con essa compatibili²³.

In conclusione, solo ove l'istituto si avvalga delle facoltà che la legge speciale gli concede potrà giovare delle particolari prerogative che gli sono riconosciute in deroga alla disciplina ordinaria; qualora esso consapevolmente rinunci ad adoperare gli strumenti che la legge gli mette a disposizione, non potrà in alcun modo lamentare una lesione dei propri diritti o delle sue esigenze, dovendosi limitare a soggiacere, al pari di tutti gli altri creditori, alle regole della procedura fallimentare. In detta sede, quindi, l'unica forma di distribuzione non potrebbe essere che il riparto tra i

¹⁹L'art. 508 c.p.c. rubricato "Assunzione di debiti da parte dell'aggiudicatario o dell'assegnatario" prevede che nel caso di vendita o di assegnazione di un bene gravato da pegno o da ipoteca, l'aggiudicatario, previa autorizzazione del giudice dell'esecuzione, può concordare col creditore pignoratizio o ipotecario l'assunzione del debito con le garanzie ad esso inerenti, liberando il debitore. In tal caso nel provvedimento di vendita o di assegnazione deve essere fatta menzione dell'assunzione del debito.

²⁰Che, in particolare al 2° comma dispone che "Se l'immobile e' stato aggiudicato ad un creditore ipotecario o l'aggiudicatario e' stato autorizzato ad assumersi un debito garantito da ipoteca, il giudice dell'esecuzione può limitare, con suo decreto, il versamento alla parte del prezzo occorrente per le spese e per la soddisfazione degli altri creditori che potranno risultare capienti".

²¹BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 172 e ss.

²²BOZZA, *ult. op. cit.*, p. 174.

²³In questo senso BOZZA, *ult. op. cit.*, p. 172 e ss.

creditori²⁴.

2. (segue). L'obbligo per l'istituto di credito fondiario di insinuazione al passivo

Per quanto possa sembrare superfluo dedicare un paragrafo all'onere di insinuazione al passivo del creditore fondiario che intenda partecipare ai riparti fallimentari, in vista delle questioni che si porranno, si ritiene che la situazione vada accertata a chiare lettere. Se infatti, come si avrà modo di constatare nel prosieguo dell'indagine, notevoli (le maggiori) questioni si sono poste quanto alla necessità di siffatto adempimento nel caso in cui l'istituto di credito abbia intrapreso o proseguito l'espropriazione singolare in costanza di fallimento, la soluzione per l'ipotesi che ci occupa sembra del resto pacifica: nessun dubbio può ricorrere in merito all'onere per il creditore fondiario di insinuare il proprio credito al passivo là dove egli abbia rinunciato a promuovere l'esecuzione individuale, ed intenda partecipare alla distribuzione del ricavato della vendita coattiva operata in sede concorsuale.

Nel momento in cui l'istituto mutuante rinunci all'esercizio dell'azione esecutiva che gli è riservata, esso non potrà in alcun modo sfuggire alle regole del concorso quando voglia partecipare alla distribuzione del ricavato della vendita realizzata in sede fallimentare. Qualora la liquidazione avvenga nell'ambito della procedura fallimentare, la distribuzione del ricavato consegue infatti necessariamente nella medesima sede. La banca che voglia parteciparvi, ferma restando la posizione prelatizia di creditore ipotecario, non potrà far valere nessun privilegio esecutivo e dovrà incontestabilmente prendere parte alla procedura nelle forme ordinarie, e quindi mediante partecipazione al concorso formale e alla fase di accertamento di cui

²⁴COPPOLA, *L'esecuzione individuale di credito fondiario in pendenza di fallimento: possibile regolamentazione di un non semplice rapporto*, in *Dir. e Giur.*, 2008, I, p. 118.

agli artt. 92 e ss. nel pieno rispetto del principio di universalità della procedura²⁵.

3. La vendita forzata nell'esecuzione singolare per credito fondiario nei confronti del debitore fallito. Applicabilità della normativa speciale

La disciplina speciale sul credito fondiario dettata dall'art. 41 T.U.B. regola l'esecuzione riservata agli istituti erogatori di finanziamenti a medio e lungo termine per la realizzazione coattiva del loro diritto a fronte dell'inadempienza del mutuatario. I profili di specialità rispetto al regime ordinario dell'esecuzione previsti dalla norma attengono principalmente alla fase degli atti prodromici e a quella del soddisfacimento della banca²⁶. In deroga al divieto di azione esecutive di cui all'art. 51 l. fall., il comma 2 della disposizione sopra richiamata attribuisce all'ente finanziatore la facoltà di esercitare l'azione esecutiva, ovvero di proseguire l'esecuzione intrapresa, anche in costanza di fallimento²⁷.

Conclusa l'analisi dei possibili profili di specialità rivendicabili dall'istituto che abbia optato per non coltivare l'esecuzione individuale preferendo partecipare a quella collettiva gestita dagli organi fallimentari, è giunto il momento di affrontare l'ipotesi in cui esso abbia invece deciso di avvalersi dello speciale privilegio esecutivo che il legislatore ha voluto concedergli. Prima di entrare nel vivo delle spinose questioni che si pongono in tema di coordinamento dell'esecuzione fondiaria promossa dall'istituto

²⁵L'argomentazione pare scontata in giurisprudenza: a titolo esemplificativo Cass. 20 dicembre 1988, n. 6952, cit., p. 3174 ss; Cass. 23 novembre 1990, n. 11324, cit., p. 559. In dottrina: BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 447 e 460; INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori : art. 51-63 sub. art. 51*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, cit., p. 45; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 178; POMPONIO, *L'esecuzione per crediti fondiari*, cit., p. 1203; TERENGHI, *Esecuzione di credito fondiario e fallimento*, in *Fallimento*, 1999, p. 1074.

²⁶Per l'analisi del regime derogatorio si rimanda al capitolo I.

²⁷Sull'ammissibilità dell'esecuzione singolare in costanza di fallimento si veda il capitolo II.

in pendenza della procedura collettiva, pare opportuno soffermarsi brevemente sull'applicabilità dei profili derogatori dettati dalla disciplina speciale per l'espropriazione del debitore (moroso, ma pur sempre) *in bonis*; si tratta in particolar modo di accertare se questi possano trovare integrale applicazione anche nell'ipotesi in cui l'azione esecutiva sia esercitata dalla banca nei confronti del debitore fallito.

Infatti, essendo entrambe le discipline, quella fallimentare e quella bancaria, norme speciali, i loro rapporti vanno risolti sulla base di un giudizio di compatibilità: se la lettera della legge ammette espressamente l'esecuzione individuale del creditore fondiario nonostante il fallimento del debitore²⁸, la deroga alla disciplina concorsuale dovrà essere attuata nel rispetto del dato normativo di riferimento e delle sue ragioni ispiratrici, ma preferibilmente nel modo in cui l'eccezione ai principi fallimentari risulti meno evidente²⁹.

Nulla osta dunque all'applicazione del primo e del terzo comma art. 41, ove è esclusa la notificazione del titolo esecutivo, ed è previsto che il curatore del fallimento versi alla banca le rendite degli immobili ipotecati fino a soddisfacimento del credito vantato (disposizioni peraltro ritenute già applicabili con riferimento all'ipotesi della liquidazione promossa in sede collettiva, e a maggior ragione appropriate in questa sede); del pari, nessun problema si pone in ordine al diritto all'immediato soddisfacimento esplicitato al comma 4 della stessa disposizione quando, ai sensi della norma menzionata, il giudice dell'esecuzione con il provvedimento che dispone la vendita preveda che l'acquirente versi direttamente alla banca la parte di prezzo corrispondente al complessivo credito della stessa³⁰.

²⁸Art. 51 l. fall. e art. 41 T.U.B.

²⁹In tal senso COPPOLA, *L'esecuzione individuale di credito fondiario in pendenza di fallimento: possibile regolamentazione di un non semplice rapporto*, cit., p. 118, che si richiama a Cass. Civ., sez. I, 17 dicembre 2004, n. 23572, in *Il Fallimento*, 2005, p. 1143 e ss.; nella motivazione della pronuncia da ultimo ricordata si legge: "Posta la natura e l'origine della normativa speciale sul credito fondiario e ravvisata in essa una deroga alle regole generali della liquidazione dei beni nel fallimento, compatibile con la successiva vigenza dell'attuale legge fallimentare, occorre pur sempre interpretarla nel modo in cui meno vistoso risulti lo strappo rispetto ai principi ispiratori di detta legge e non si pervenga a disparità di trattamento irrazionali e poco giustificabili".

³⁰In tal senso SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p.

Qualche questione si pone invece in ordine all'operatività della facoltà di subentro concessa all'acquirente ai sensi del quinto comma dell'art. 41 T.U.B.; il diritto di subingresso nel contratto previo pagamento delle rate scadute, degli accessori e delle spese opera invero al di fuori dell'esecuzione, sul piano dei rapporti tra aggiudicatario e istituto³¹. Quel pagamento non costituisce, infatti, una modalità di versamento del prezzo di aggiudicazione: del resto, sarebbe piuttosto anomalo che il soggetto che si accolla il debito pregresso pagando le rate scadute, gli accessori e le spese proceda contestualmente anche al versamento del prezzo di aggiudicazione³². Peraltro, è la stessa lettera della legge che, al quarto comma dell'art. 41, nel prevedere la possibilità che il giudice dell'esecuzione con il provvedimento con cui dispone la vendita disponga l'immediato versamento del prezzo di aggiudicazione, condiziona siffatto potere al mancato subentro (ed adempimenti connessi) di cui al comma successivo. Anche là dove si volesse imputare il subentro (ed i relativi adempimenti) a prezzo di aggiudicazione, e dunque configurarlo come una modalità di pagamento, facendolo rientrare nel piano dell'esecuzione, non si potrebbe prescindere dal controllo del giudice dell'esecuzione in merito alla determinazione del credito residuo della banca e dell'importo del debito che l'acquirente si accolla. Non pare al proposito sufficiente l'accertamento operato dal giudice successivamente, in sede di pronuncia del decreto di trasferimento, emanato ex art. 41 comma 6° T.U.B., in conformità all'art. 586 c.p.c. Attenendoci al tenore letterale della norma richiamata, in tale sede il giudice

1000. Conforme anche BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 205. MARTINETTO, *Rapporti tra fallimento ed espropriazione forzata*, cit., p. 206. Sull'applicabilità dell'analogo art. 55 T.U. 1905 nel vigore della normativa previgente, Cass. 14 maggio 1990, n. 4140 in *Il Fallimento*, 1990, p. 1095.

³¹L'estraneità del regime del subentro all'esecuzione, seppur con riferimento alla disciplina precedente (artt. 61 e 61 T.U. 1905) è stata rilevata dalla stessa Cassazione che, con la pronuncia 5 luglio 1993, n. 7323, cit., in motivazione espressamente affermava che l'art. 61 del citato T.U., secondo cui "il deliberatario potrà profittare del mutuo concesso al debitore espropriato, ha carattere processuale e opera sul piano dei rapporti tra aggiudicatario ed istituto, senza incidere in alcun modo sulla esecuzione (...)".

³²Salvo il caso, più unico che raro, in cui il prezzo di aggiudicazione sia talmente basso da far apparire comunque conveniente all'acquirente la successione nel debito (con pagamento di quanto dovuto) e il saldo del prezzo, finendo così per pagare due volte lo stesso bene. Così BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 137.

potrebbe infatti sospendere la vendita solo qualora rilevasse che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto.

Non si potrebbe tanto meno tralasciare di considerare il consenso dell'istituto al subingresso dell'acquirente e tutte le altre garanzie disposte per il regime ordinario del meccanismo ora visto e ricordato in precedenza³³.

Del resto, già nel vigore del T.U. 1905, la stessa Cassazione aveva osservato che gli artt. 61 e 62 (di cui l'art. 41 comma 5° riproduce sostanzialmente il contenuto) non potevano trovare applicazione nella procedura fallimentare³⁴; stando alle parole dei giudici di legittimità, "il subentro dell'aggiudicatario nel contratto di mutuo può avvenire soltanto secondo le norme generali di cui agli artt. 508 e 585 c.p.c., cosicché nessun inconveniente può verificarsi sul piano sistematico"³⁵.

Nessuno spazio rimane dunque all'operatività del meccanismo di subingresso delineato dall'art. 41 T.U.B. quando il debitore sia dichiarato fallito, sia che l'istituto si avvalga del privilegio esecutivo ad esso riservato ed eserciti dunque l'azione singolare, sia che esso accetti, ovvero preferisca, partecipare all'esecuzione collettiva concorsuale³⁶. Pertanto, in questi casi, l'acquirente che preferisca assumersi il debito derivante dal contratto di finanziamento originariamente stipulato dal fallito, invece che versare direttamente all'istituto il prezzo di aggiudicazione, potrà subentrare esclusivamente nei termini e nelle modalità previste per il regime ordinario, e dunque solo previo accordo con l'istituto creditore, e salva autorizzazione del giudice dell'esecuzione, in conformità alla disciplina dettata dal codice di rito.

³³Si fa ancora una volta riferimento agli artt. 508 e 585 c.p.c.; si veda quanto detto a p. 138-139.

³⁴Cass. 2 marzo 1988, n. 2196, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2290 ss; Cass. 10 novembre 1981, n. 5944, cit.

³⁵Così Cass. 2 marzo 1988, n. 2196, cit. in Motivazione.

³⁶Per la ricostruzione del profilo ora affrontato si rimanda a BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 135- 140 e 202-206.

4. L'esecuzione per credito fondiario. Natura del privilegio e problemi di coordinamento con la procedura di fallimento

L'art. 42 comma 2° del R.D. 16 luglio 1905, n. 646³⁷ prevedeva che “Le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario sono sempre applicabili anche in caso di fallimento del debitore per i beni ipotecati agli istituti di credito fondiario”.

Sulla base della disposizione ricordata, già nel vigore della citata normativa, la dottrina e la giurisprudenza dominanti riconoscevano agli istituti erogatori di finanziamenti fondiari la possibilità di iniziare o proseguire l'esecuzione singolare in costanza di fallimento, in deroga al divieto di azioni esecutive di cui all'art. 51 l. fall.

L'art. 41 comma 2° T.U.B. recepisce l'orientamento consolidato e dispone, in modo analogo alla disposizione precedente, ma in maniera espressa ed inequivoca, 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 debitore³⁸”. Come già detto, la nuova normativa ha limitato i tratti di specialità rispetto al regime ordinario di espropriazione, tanto che, seppur mantenendo taluni profili derogatori, si ritiene che l'esecuzione sia riportata nell'alveo di quella ordinaria³⁹. Essa ha però lasciato inalterato il regime eccezionale rispetto alla disciplina fallimentare⁴⁰. Le nuove e ben più univoche norme del d.lgs. 385/1993 non hanno tuttavia eliminato ogni possibile momento di contrasto tra disciplina speciale e

³⁷Cd. Testo Unico delle leggi sul Credito Fondiario (abrogato a far data dal 1° gennaio 1994, con l'entrata in vigore del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, cd. Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

³⁸La norma prosegue recitando: “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”.

³⁹Si rimanda a quanto già detto al capitolo II, paragrafo 1.

⁴⁰PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 1149, MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario*, cit., p. 1232.

legge fallimentare⁴¹; sono del resto molti, e non trascurabili, i problemi che ancora si pongono in tema di coordinamento tra le due procedure⁴².

Prima di procedere ad esaminare tali questioni, pare necessario focalizzare puntualmente il problema prendendo le mosse dalle principali norme coinvolte⁴³: l'art. 41 co. 2 T.U.B. e la sua previsione eccezionale rispetto all'art. 51 l. fall.

Per una corretta impostazione del ragionamento, i rapporti tra le norme menzionate non possono essere risolti né in applicazione del brocardo *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, né sulla base di un giudizio di prevalenza della legge speciale su quella generale, in quanto al pari della disciplina sul credito fondiario, anche la legge fallimentare è configurabile come legge speciale *intuitu materiae*⁴⁴. Come già evidenziato, l'introduzione della disciplina speciale sul credito fondiario nella normativa fallimentare dovrà avvenire nel rispetto della *ratio* della prima e al contempo in conformità ai principi portanti della seconda; ciò sarà dunque possibile solo là dove lo consenta una deroga espressa (come nel caso dell'art. 51 l. fall.), ovvero quando le norme speciali, pur prevedendo diversamente sul concorso, risultino comunque compatibili con la legge fallimentare⁴⁵.

Si tratta quindi di definire, sulla base della *ratio* ispiratrice delle disposizioni sul credito fondiario, quale sia la natura del privilegio che il legislatore ha inteso attribuire ad

⁴¹Così TERENGI, *Esecuzione di credito fondiario e fallimento*, cit., p. 1073.

⁴²In questo senso anche COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure esecutive e nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 568.

⁴³COLOMBINI, nota a Cass. 19 febbraio 1999, n. 1395, in *Fallimento*, 2000, p. 82; TEDESCHI, *Credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 598.

⁴⁴in quanto appunto disciplina in maniera organica e completa, con un rigoroso e limitato sistema di deroghe e riserve, una determinata materia che presuppone l'insolvenza dell'imprenditore commerciale non piccolo (artt. 1 e 5 l. fall.). In tal senso già Cass. 2 marzo 1988, n. 2196, in *Il Fallimento*, 1988, p. 557 e ss.; conforme VINDIGNI, *La posizione degli istituti di credito fondiario nel fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1996, II, p. 567; STEFANI, *Sulla esperibilità dell'esecuzione fondiaria in pendenza di fallimento*, in *Giust. Civ.*, 1994, I, p. 276.

⁴⁵Così già TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 415 e ss. e p. 452 e ss.; conforme BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 145; TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, cit., p. 556. Si è del resto già detto che la deroga alla disciplina concorsuale dovrà essere attuata nel rispetto del dato normativo di riferimento e delle sue ragioni ispiratrici, ma preferibilmente nel modo in cui l'eccezione ai principi fallimentari risulti meno evidente. Cfr. p. 142.

esso, per poi stabilire in quale misura e in quali termini esso possa derogare o debba adeguarsi alla disciplina fallimentare ed ai suoi canoni fondamentali.

In origine, il diritto della banca di promuovere o proseguire l'esecuzione anche dopo il fallimento era volto a consentire alla banca l'anticipata liquidazione dell'immobile ipotecato e quindi un più celere realizzo del proprio credito senza attendere le lungaggini del fallimento⁴⁶, in forza del peculiare meccanismo sottostante a ciascuna operazione. Il trattamento di favore era infatti giustificato dal rapporto diretto che sussisteva tra operazioni attive e operazioni passive: l'istituto non operava con capitali propri ed a ciascuna operazione di finanziamento corrispondeva l'emissione di cartelle fondiari sottoscritte dal pubblico dei risparmiatori, al cui periodico rimborso l'ente era tenuto anche quando il debitore fosse risultato in mora nei pagamenti, sulla base del principio del non riscosso per riscosso. Anche quando, a partire dal 1976⁴⁷, la tecnica delle operazioni fu modificata sostituendo al sistema delle cartelle l'emissione di titoli obbligazionari con la funzione di alimentare le provviste dell'istituto indipendentemente da una contestuale operazione di mutuo, il legislatore mostrò di voler mantenere il privilegio esecutivo. Lo stesso dicasi anche per tutte le successive modifiche normative, fino all'emanazione del T.U.B.⁴⁸.

Nonostante la progressiva evoluzione delle operazioni di credito fondiario quindi, la volontà di accordare agli istituti una particolare tutela esecutiva è rimasta indiscussa. Oltre alle giustificazioni più strettamente strutturali (principio del non riscosso per riscosso) che hanno perduto via via significato in ragione dell'evoluzione ricordata, le ragioni di difesa del privilegio poggiavano anche su motivi attinenti alla rilevanza sostanziale di tale peculiare attività; ai finanziamenti fondiari, infatti, veniva attribuito valore sociale, quasi pubblicistico in virtù della funzione stessa del tipo di credito,

⁴⁶SEPE, sub. art. 41, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 320; SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 814 che specifica che il ricorso all'esecuzione speciale avviene non solo per i lunghi tempi della liquidazione dell'attivo, ma soprattutto per i tempi "lunghissimi" della distribuzione.

⁴⁷L. 16 ottobre 1975, n. 492.

⁴⁸Per una ricostruzione delle operazioni di credito fondiario e per la relativa evoluzione si rimanda all'analisi svolta al capitolo I.

ovvero quella di garantire l'accesso al credito e alla proprietà⁴⁹.

Era indirizzo sostanzialmente unanime e concorde che il diritto di procedere esecutivamente anche in costanza di fallimento riconosciuto alle banche per soddisfarsi in anticipo rispetto ai tempi del fallimento a fronte di operazioni qualificabili come credito fondiario integrasse, quindi, una facoltà di carattere meramente processuale⁵⁰. La natura, dunque, non sostanziale del privilegio conduceva il medesimo confortato indirizzo ad escludere che alla deroga al divieto di azioni esecutive si accompagnasse anche un'eccezione al principio del concorso sostanziale espressa senza riserve dall'art. 52 comma 1°, ed al relativo corollario della *par condicio creditorum*⁵¹. La preferibilità di simile interpretazione risulta confermata dalla formulazione letterale dell'art. 41 comma 2 T.U.B. che si limita a prevedere in modo molto più *trachant* che l'azione esecutiva può essere iniziata o proseguita

⁴⁹COPPOLA, *L'esecuzione individuale di credito fondiario in pendenza di fallimento: possibile regolamentazione di un non semplice rapporto*, cit., p. 114 con opportuni richiami. Attribuisce valore sociale alla funzione svolta dal credito fondiario anche STEFANI, *Sulla esperibilità dell'esecuzione fondiaria in pendenza di fallimento*, cit., p. 275.

⁵⁰Tra le altre, Cass. 17 dicembre 2004, n. 23572, in *Il Fallimento*, 2005, p. 1143 e ss., Cass. 19 febbraio 1999, n. 1395, in *Il Fallimento*, 2000, p. 80 e ss., Cass. 15 gennaio 1998, n. 314, in *Il Fallimento*, 1998, p. 812 e ss.; in dottrina, sempre tra i molti, BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 147 e ID., *La perpetuazione dei privilegi degli istituti di credito fondiario*, cit., p. 793; PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 1150, a sottolineare la natura processuale del privilegio, lo definisce un "privilegio di riscossione" che a differenza del privilegio di credito, che importa una modificazione del diritto sostanziale capace di attribuire al titolare un trattamento preferenziale nei confronti degli altri creditori in concorso, si colloca in un ambito esclusivamente processuale consentendo solo una maggiore tempestività di riscossione, appunto, del credito tutelato.

⁵¹PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 1150; TRENCHI, *Esecuzione di credito fondiario e fallimento*, cit., p. 1074; MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario*, cit., p. 1233; COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure esecutive e nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 569; PANZANI, *Credito fondiario, esecuzione immobiliare e fallimento*, in *Il Fallimento*, 1994, p. 1166; Efficacemente BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 147 afferma: "Il privilegio consente alla banca di conseguire l'immediato versamento del prezzo fino a concorrenza del credito vantato, senza tener conto nell'immediato, della pendenza della procedura fallimentare, ma è idoneo a modificare il rango del credito azionato o il grado che ad esso compete nell'ordine delle prelazioni, e perciò ad alterare il principio della *par condicio*". In giurisprudenza, tra le altre Cass. 15 giugno 1994, n. 5806, in *Il Fallimento*, 1994, p. 1162 e ss.; Cass. 5 luglio 1993, n. 7323, cit.; Cass. 23 novembre 1990, n. 11234, in *Il Fallimento*, 1991, p. 558; Cass. 2 marzo 1988, n. 2196, in *Il Fallimento* 1988, p. 557; Cass. 10 novembre 1981, n. 5944 .cit.; Trib. Bologna, 18 marzo 2002 in *Riv. Es. Forz.*, 2002, p. 546 e ss.

anche dopo la dichiarazione di fallimento, conferendo chiaramente a tale facoltà natura eminentemente processuale⁵².

Se unanime e indiscussa pare, dunque, l'applicabilità delle regole del concorso anche al creditore che abbia coltivato la procedura esecutiva individuale, divergenti sono le soluzioni prospettate in merito alle modalità di attuazione dello stesso⁵³.

Ci si è interrogati sulla sede e sulle modalità del riparto, e in particolare sul modo in cui debba avvenire la distribuzione della somma ricavata dalla vendita forzata del bene pignorato: se il prezzo debba essere versato alla curatela per essere attribuito in sede concorsuale, ovvero se questo possa essere trattenuto dalla banca. In quest'ultimo caso, un altro importante quesito, dai notevoli risvolti pratici⁵⁴, riguardava la definitività dell'attribuzione operata in sede esecutiva. Una volta individuata la sede del riparto ed il carattere, provvisorio o stabile, della distribuzione, era infine indispensabile stabilire il coordinamento con il fallimento nel rispetto delle regole del concorso. Si discuteva se fosse necessaria la domanda di ammissione al passivo del credito fondiario, e dunque se fosse onere dell'istituto insinuarsi, ovvero se la parità dei creditori potesse essere soddisfatta dall'intervento del curatore nella procedura esecutiva singolare⁵⁵.

Di conseguenza, dubbi sorgevano poi in merito all'operatività del concorso formale di cui al comma 2° dell'art. 52 l. fall. nella versione anteriore alla riforma operata con d.lgs. 5/2006 e 169/2007, in virtù del quale tutti i crediti devono essere accertati in sede concorsuale, nel rispetto del principio di esclusività della verifica fallimentare e

⁵²Così quasi letteralmente, TERENGI, *Esecuzione di credito fondiario e fallimento*, cit., p. 1074.

⁵³TERENGI, *Esecuzione di credito fondiario e fallimento*, cit., p. 1074.

⁵⁴CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 358.

⁵⁵Per la prospettazione dei problemi di coordinamento posti dall'interferenza delle due procedure: COPPOLA, *L'esecuzione individuale di credito fondiario in pendenza di fallimento: possibile regolamentazione di un non semplice rapporto*, cit., p. 122; PELLIZZONI-FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio processuale fondiario ex art 41 comma 2 t.u.l.b. alla luce del decreto correttivo*, in *Il Fallimento*, 2008, p. 613; CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p.378; TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, cit., p. 557; TEDESCHI, *Credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 598.

dell'universalità soggettiva della procedura, in ragione della riserva a favore delle diverse disposizioni di legge in origine operata dalla disposizione richiamata⁵⁶.

Si intende ora affrontare con ordine le questioni così esposte per giungere alla configurazione di un coordinamento delle due procedure secondo un assetto il più possibile conforme ai principi fondamentali del fallimento e alle esigenze di rapida acquisizione delle somme da parte del creditore fondiario.

5. Presupposto: l'insinuazione al passivo non è condizione di procedibilità

Se notevoli sono i contrasti in dottrina e giurisprudenza in tema di coordinamento tra la procedura esecutiva per credito fondiario e la procedura collettiva, quando la banca si sia avvalsa del privilegio esecutivo ad essa concesso ed abbia coltivato l'espropriazione singolare anche dopo l'apertura del fallimento, è opinione sostanzialmente concorde che essa abbia la possibilità di iniziare o proseguire l'azione a prescindere dalla domanda di insinuazione al passivo, e che abbia dunque diritto a conseguire il ricavato della vendita indipendentemente dall'ammissione del suo credito al passivo del fallimento⁵⁷.

Chiaramente ciò configura un mero presupposto di esercizio del privilegio, e resta il fatto che la facoltà esercitata dall'istituto debba essere armonizzata con i principi e le regole del fallimento. Si è opportunamente affermato, infatti, che la questione dell'applicabilità agli enti finanziatori di credito fondiario delle norme sul concorso

⁵⁶MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della Riforma*, cit., p. 1233; TERENGI, *Esecuzione di credito fondiario e fallimento*, cit., p. 1074.

⁵⁷In questo senso Trib. Vicenza, 29 novembre 1981, in *Il Fallimento*, 1986, p. 785; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 184 e ID., *La perpetuazione dei privilegi degli istituti di credito fondiario*, cit., p. 794; INZITARI, *Degli effetti del fallimento per i creditori*, sub art. 51, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 46.

riguarda il rapporto tra questi ultimi e la procedura concorsuale, ma non influisce sulla procedibilità dell'azione esecutiva individuale ad essi attribuita, giusta il fatto che le disposizioni sul credito fondiario non richiedono per il suo esercizio la preventiva partecipazione al concorso⁵⁸.

Eccezionale pare al proposito la singolare voce contraria propugnata da autorevole dottrina che, pur interpretando nel senso che pare più corretto le disposizioni sul credito fondiario⁵⁹, sortisce l'effetto di subordinare il pagamento del credito fondiario, e dunque in pratica il beneficio offerto dal privilegio, al previo riconoscimento di questo in sede concorsuale⁶⁰.

6. Sede della distribuzione del ricavato. Il riparto fallimentare

Già nel vigore dell'art. 42 T.U. 1905 il primo problema che si poneva (allorché la banca si fosse avvalsa del diritto di procedere all'esecuzione individuale e la vendita fosse stata compiuta in quella sede secondo le regole che le erano proprie) era stabilire se l'istituto potesse trattenere le somme in seguito al riparto formato dal giudice dell'esecuzione, ovvero se avesse dovuto attribuirle al fallimento affinché gli fossero attribuite nell'ambito del riparto operato dal giudice delegato. Si trattava, dunque, di stabilire la sede, individuale o concorsuale, della distribuzione del ricavato⁶¹.

⁵⁸Così quasi letteralmente BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 184.

⁵⁹Ovvero evidenziando la natura processuale del privilegio concesso, che attribuirebbe al creditore fondiario il diritto di veder soddisfatto il proprio credito prima rispetto ai creditori concorsuali, ma non al di fuori della liquidazione concorsuale vincolata dalla par condicio, e quindi non anche in misura diversa da quella cui avrebbe diritto nella medesima qualità (di creditore concorsuale, appunto). La somma che può vedersi attribuita è quindi solo quella che esso vanta nei confronti del fallimento e non invece quella che afferma di avere diritto ad ottenere dal debitore fallito.

⁶⁰LASCARO, *Le deroghe al divieto di esecuzioni individuali nel fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2005, p. 1062-1064.

⁶¹FASCIANO, *Credito fondiario e fallimento alla luce dell'odierna legge fallimentare*, in *Giur. It.*, 2009, p. 1483 ss.

Anche la riforma operata dal T.U.B. non chiarisce se la soddisfazione del creditore fondiario debba avvenire solo in ambito fallimentare o se la distribuzione possa essere effettuata anche in sede individuale, ed eventualmente a quali condizioni⁶².

A seguito di un'esegesi sistematica dell'art. 41 co. 2 T.U.B. è stato sostenuto che tutto il ricavato della vendita andrebbe attribuito al fallimento per poi essere ripartito in sede fallimentare secondo le regole della procedura collettiva. Tale posizione, rimasta peraltro isolata in dottrina, conduce il suo ragionamento partendo dall'esame delle norme generali del fallimento. Riconoscendo all'art. 51 l. fall. il ruolo di norma fondamentale sui rapporti tra espropriazione forzata individuale e fallimento, si è stabilito che per mezzo di essa la procedura collettiva prevale in via generale sulle esecuzioni singolari. Il divieto di azioni esecutive e cautelari sui beni compresi nel fallimento a far data dalla sentenza dichiarativa, comporta l'inopponibilità al ceto creditorio, e dunque alla curatela fallimentare, dei trasferimenti (ovvero dei pagamenti) che siano stati eventualmente in esse posti in essere. La regola generale soffre però, come ormai noto, di talune eccezioni, in forza delle quali l'inopponibilità suddetta viene meno e la vendita forzata posta in essere produce effetti anche nei confronti dei creditori della massa. Si è però sostenuto che in queste ipotesi, comprensive ovviamente anche del caso che ci occupa, la prevalenza dell'esecuzione singolare sul fallimento riguarda solo la fase espropriativa e non anche quella distributiva del ricavato. Infatti, l'operatività dell'art. 51 l. fall. e delle relative eccezioni sarebbe limitata in tale ultimo momento dalla regola dell'inefficacia dei pagamenti posta dall'art. 44 l. fall.⁶³. L'inefficacia del pagamento è qui intesa rispetto al ceto creditorio, ed essa obbliga colui che ha percepito la somma alla restituzione, "come se

⁶²Così PELLIZZONI-FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio processuale fondiario ex art 41 comma 2 t.u.l.b. alla luce del decreto correttivo*, cit., p. 614.

⁶³Art. 44 l. fall.: "Tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori. Sono egualmente inefficaci i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento". Con la novella del 2006 alla disposizione è stato aggiunto un terzo comma che, quasi a conferma dell'orientamento che si andrà ad esaminare, prevede che "Fermo quanto previsto dall'art. 42, secondo comma (secondo cui sono compresi nel fallimento anche i beni che pervengono al fallito durante il fallimento), sono acquisite al fallimento tutte le utilità che il fallito consegue nel corso della procedura per effetto degli atti di cui al primo e secondo comma".

il pagamento avesse avuto luogo senza causa". Anche l'attribuzione eseguita in favore del creditore fondiario nell'espropriazione individuale da esso promossa ai sensi dell'art. 41 T.U.B. integrerebbe, dunque, in questo senso un pagamento con denaro del fallito rientrante sotto la previsione del ricordato art. 44 l. fall.

Si è quindi sottolineato che le diverse tesi, che affermano l'esclusione dei pagamenti effettuati nell'ambito delle esecuzioni prevalenti sul fallimento dalla sanzione dell'inefficacia, facendo leva sul carattere eccezionale delle previsioni che a ciò acconsentono, sarebbero dunque di per sé ineccepibili se la norma cui fare riferimento fosse solo l'art. 51 l. fall. (si dovrebbe infatti tenere conto della prevalenza della espropriazione individuale sulla procedura del fallimento anche nel momento dell'attribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione forzata). Tuttavia, essendo necessario, in riferimento alla fase distributiva del ricavato, confrontarsi altresì con la disposizione di cui all'art. 44 l. fall. citata, ci si accorge di come gli orientamenti suddetti partano in realtà da un presupposto erroneo. Sottraendo la fase distributiva al dominio dell'art. 51 l. fall. e riconducendola nell'ambito di operatività dell'art. 44 l. fall., emerge infatti in modo evidente che anche nelle esecuzioni che eccezionalmente possono proseguire in costanza di fallimento, il ricavato spetta per intero all'amministrazione fallimentare, per essere distribuito ai creditori secondo le regole proprie del fallimento. Del resto, l'art. 44 l. fall. (a differenza dell'art. 51) non contiene alcuna riserva a salvezza di diversa disposizione: la regola dell'inefficacia dei pagamenti è assoluta. Ammettendo siffatta impostazione vengono meno tutti i problemi di riequilibrio tra situazione della massa dei creditori e creditore privilegiato volti ad evitare la violazione della regola della *par condicio*⁶⁴.

Indipendentemente da quanto si vedrà nel prosieguo dell'indagine, viene naturale notare in via preliminare che, ritenendo in tal modo che il riparto in cui il creditore fondiario potrà trovare soddisfazione sia necessariamente ed esclusivamente quello fallimentare, inevitabilmente, oltre al concorso sostanziale si imporrà all'istituto anche

⁶⁴È quanto si legge in RICCI E.F., *Lezioni sul fallimento*, II, Milano, 1998, p. 56-63.

l'obbligo di prendere parte al concorso formale di cui al secondo comma art. 52 l. fall. per ottenere e trattenere le somme ricavate dalla vendita⁶⁵.

Solo in alcune rare pronunce di merito la giurisprudenza ha affermato, in conformità all'orientamento appena descritto, che l'assegnazione del ricavato della vendita sia di competenza esclusiva del fallimento in occasione del piano di riparto⁶⁶.

L'unica ipotesi in cui la giurisprudenza di legittimità ritiene che l'assegnazione del ricavato della vendita debba essere attribuita al fallimento per essere distribuita in tale sede, è quella già vista in cui l'esecuzione singolare promossa dal creditore fondiario sia proseguita in sede collettiva con l'assenso dello stesso istituto⁶⁷.

7. (segue). Critiche. La distribuzione in sede esecutiva. Dubbi sulla stabilità del riparto operato dal giudice dell'esecuzione

L'orientamento sopra descritto finiva dunque con il limitare il privilegio alla sola fase espropriativa, senza estenderlo anche a quella satisfattiva⁶⁸.

L'idea del ricavato attribuito al fallimento ha però riscosso poco successo; è stato, infatti, evidenziato che ridurre l'ampiezza delle disposizioni eccezionali sul credito fondiario in relazione alla portata della facoltà, in esse prevista, di procedere in via esecutiva anche in pendenza di fallimento, ovvero riservando al giudice delegato il potere esclusivo di attribuire il ricavato della vendita forzata promossa dallo stesso

⁶⁵Così BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 148.

⁶⁶Trib. Lucca, 24 marzo 1992, in *Giust. Civ.*, 1994, I, p. 273, Massima: "Gli istituti di credito fondiario possono procedere a carico del mutuatario fallito in via esecutiva individuale, ma non possono pretendere nella stessa sede l'assegnazione della somma dovendo, invece, questa avvenire in sede fallimentare (...)"; Trib. Firenze, 14 febbraio 1989 in *Foro it.*, 1990, I, p. 2299, Massima: "Nel caso di esecuzione individuale promossa o proseguita dagli istituti di credito fondiario (...) la distribuzione del ricavato della vendita (...) è di competenza del giudice delegato".

⁶⁷Cfr. Cass. 7323/93, cit. e quanto già detto al paragrafo 1 di questo capitolo.

⁶⁸Così FASCIANO, *Credito fondiario e fallimento alla luce dell'odierna legge fallimentare*, cit., p. 1484.

creditore fondiario, significherebbe mettere in discussione la procedura esecutiva fondiaria medesima⁶⁹. Ancora più incisivamente, significherebbe svuotare completamente di significato il privilegio processuale concesso agli istituti⁷⁰.

Del resto, se la *ratio* della disciplina è, come già detto, quella di non privare gli istituti di liquidità, e dunque garantire ad essi un realizzo del credito più celere rispetto alle tempistiche della procedura concorsuale in ragione della importante funzione economica e sociale da essi svolta, ritenere che le somme devono essere attribuite al fallimento per venire distribuite solo in sede di riparto, opererebbe una inammissibile interpretazione abrogante dell'art. 41 T.U.B.⁷¹. Da un lato, infatti, la volontà di concedere al creditore fondiario l'esecuzione individuale anche dopo la dichiarativa di fallimento - proprio per le ragioni ora dette - deve necessariamente portare con sé che ad esso è riservata, oltre alla fase espropriativa, anche quella diretta al concreto soddisfacimento del proprio diritto⁷². Dall'altro, se il prezzo dell'aggiudicazione dovesse essere immediatamente e integralmente consegnato al curatore, si giungerebbe a delegittimare la stessa esecuzione intrapresa, in quanto pare arduo configurare un titolo che sia idoneo ad espropriare i beni, ma non altrettanto idoneo a consentire di effettuare la distribuzione del ricavato⁷³.

Lo stesso Collegio di legittimità ha affermato che non sarebbe facile individuare in cosa potrebbe consistere il privilegio se non in un "gravoso e non remunerato onere", ove si imponesse al creditore fondiario di consegnare l'intera somma al fallimento, e si ritenesse di esclusiva competenza del giudice delegato al fallimento l'intera fase

⁶⁹COPPOLA, *L'esecuzione individuale di credito fondiario in pendenza di fallimento: possibile regolamentazione di un non semplice rapporto*, cit., p. 123.

⁷⁰In tal senso SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 814; FASCIANO, *Credito fondiario e fallimento alla luce dell'odierna legge fallimentare*, cit., p. 1486.

⁷¹Espressione ripresa da PELLIZZONI-FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio processuale fondiario ex art 41 comma 2 t.u.l.b. alla luce del decreto correttivo*, cit., p. 614. Nello stesso senso anche FASCIANO, *Credito fondiario e fallimento alla luce dell'odierna legge fallimentare*, cit., p. 1484.

⁷²È proprio con l'esecuzione, e dunque per mezzo della liquidazione, che la parte tende al soddisfacimento del proprio credito. Cfr. SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 814.

⁷³VINDIGNI, *La posizione degli istituti di credito fondiario nel fallimento*, cit., p. 577.

satisfattiva⁷⁴.

Pare quindi assolutamente preferibile, e preferita, la soluzione che consente la distribuzione del ricavato già in sede di esecuzione singolare, nonostante i problemi di coordinamento e di rispetto dei principi del concorso che in tal modo vengono a porsi⁷⁵.

Proprio in relazione alle ultime questioni menzionate, possiamo dire di disporre ormai in modo abbastanza chiaro dei presupposti necessari ad affrontare il tema del coordinamento tra le due procedure esecutive, individuale e collettiva, e possiamo accingerci ad affrontare le soluzioni prospettate in dottrina e in giurisprudenza in merito alle modalità di realizzazione del concorso.

Premesso che, indiscutibilmente, il privilegio esecutivo concesso al creditore fondiario riveste natura meramente processuale, tale da consentire ad esso di iniziare o proseguire l'esecuzione in deroga al generale divieto di azioni esecutive dopo l'apertura del fallimento, ma non anche carattere sostanziale, e dunque non risulta idoneo ad alterare i fondamentali principi concorsuali tra cui, in *primis*, quello della parità dei creditori e dell'universalità della procedura, abbiamo stabilito che alla banca è altresì concesso di conseguire immediatamente, già in sede di esecuzione individuale, l'attribuzione del ricavato della vendita forzata da essa stessa posta in essere, a prescindere dalla preventiva insinuazione al passivo fallimentare. Come è stato opportunamente osservato, però, la somma spettante al creditore fondiario non può essere quella che esso afferma di avere diritto di ottenere dal debitore dichiarato fallito, ma deve essere quella che ad esso compete nei confronti del fallimento⁷⁶. La sussistenza, l'ammontare e la graduazione del credito fondiario, deve essere dunque necessariamente accertata e congruata con i crediti della massa, in conformità al carattere, già ricordato, non sostanziale del privilegio, e quindi nel rispetto dei principi

⁷⁴Così Cass. 17 dicembre 2004, n. 23572 in *Il Fallimento*, 2005, p. 1143 e ss.

⁷⁵In tal senso già MARTINETTO, *Rapporti tra fallimento ed espropriazione forzata*, cit., p. 207; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 148; PELLIZZONI-FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio processuale fondiario ex art 41 comma 2 t.u.l.b. alla luce del decreto correttivo*, cit., p. 614; FASCIANO, *Credito fondiario e fallimento alla luce dell'odierna legge fallimentare*, cit., p. 1486.

⁷⁶LASCARO, *Le deroghe al divieto di esecuzioni individuali nel fallimento*, cit., p. 1062.

prima menzionati⁷⁷.

A questo proposito le posizioni divergono radicalmente circa il valore (definitivo o provvisorio) da attribuire al riparto operato dal giudice dell'esecuzione e alle conseguenti modalità di attuazione del concorso; si controverte sulla necessità di sottostare anche al riparto fallimentare e di attenersi alla graduazione compiuta dal giudice delegato in sede concorsuale. Le soluzioni prospettate sono sostanzialmente due: da un lato, si pone chi attribuisce natura tendenzialmente stabile all'accertamento del credito operato dal giudice dell'esecuzione e risolve il rispetto del concorso sostanziale sostenendo che la garanzia della tutela *par condicio* sia assicurata dall'intervento spiegato dal curatore nell'esecuzione singolare; dall'altro, v'è chi sostiene il carattere esclusivamente provvisorio dell'imputazione effettuata in sede esecutiva individuale e l'imprescindibilità della realizzazione del concorso, sostanziale e formale, nelle forme previste dalla legge fallimentare: dunque, mediante domanda di insinuazione al passivo ed assoggettamento del credito fondiario alla procedura di accertamento e graduazione dei crediti concorsuali di cui al Capo V l. fall., che si conclude solo con l'esecutività del riparto ordinato dal giudice delegato.

8. La definitività nel vigore del T.U. 1905. L'intervento del curatore

Nella vigenza della normativa anteriore al T.U.B. parte della dottrina aveva sostenuto che qualora l'istituto, nonostante l'esistenza del procedimento concorsuale, agisse in via esecutiva sulla base della previsione di cui all'art. 41 T.U. 1905, esso non fosse gravato dall'onere di insinuarsi al passivo del fallimento per trattenere in via definitiva il ricavato della vendita da esso esperita⁷⁸. Il creditore fondiario dunque, doveva

⁷⁷In questo senso BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 149.

⁷⁸In tal senso TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 474 e ss;

soggiacere alle regole del concorso sostanziale, ma non anche ai principi del concorso formale.

Si osservava, infatti, che partendo dalla constatazione per la quale la distribuzione del ricavato della vendita si compie dinanzi al giudice dell'esecuzione, non v'era modo di ravvisare come l'omissione dell'insinuazione al passivo (cui normalmente tutti gli altri creditori concorrenti sono tenuti per partecipare al concorso) avrebbe influito sulla posizione privilegiata del creditore precedente. L'adempimento di un siffatto onere, avrebbe assunto rilevanza solo a patto di presupporre una contaminazione tra i due processi, e più precisamente la subordinazione della collocazione dell'istituto all'avvenuto accertamento fallimentare del suo credito⁷⁹. Proprio in riferimento a ciò, dalla formulazione letterale dell'art. 55, che nel prevedere il diritto all'immediato soddisfacimento dell'istituto faceva salvo "l'obbligo dell'istituto stesso di restituire a chi di ragione quel tanto coi rispettivi interessi per cui, in conseguenza della graduazione, non risultasse utilmente collocato", non sarebbe stato possibile desumere altro se non che deve essere formato un piano di riparto; che questo non potesse essere predisposto nell'ambito del processo esecutivo non poteva certo essere escluso dalla norma di rinvio di cui all'art. 42 sopra citato. Anzi, si sarebbe piuttosto dovuto condurre il riconoscimento dell'azione esecutiva singolare alle sue estreme conseguenze, ammettendo la perfetta autonomia all'esecuzione dell'istituto di credito fondiario, nel rispetto oltretutto del principio di unicità dell'espropriazione⁸⁰.

Le giustificazioni addotte facevano leva su due motivi: in primo luogo, si sosteneva, l'ammissione al passivo avrebbe potuto essere rilevante solo là dove si fosse limitata l'esecuzione alla sola fase espropriativa, e dunque solo allorché si fosse consentito che la distribuzione fosse operata esclusivamente in sede concorsuale; ma ciò sarebbe stato possibile unicamente affermando l'improcedibilità dell'esecuzione dopo la

BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 460 e ss.

⁷⁹Così TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 475.

⁸⁰Riprendiamo nuovamente TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 474.

vendita, il che avrebbe portato con sé il notevole inconveniente di svuotare completamente di significato il privilegio esecutivo riconosciuto dal legislatore al creditore fondiario⁸¹. In secondo luogo, la riserva di cui all'art. 52 comma 2 l. fall. che fa “salve le diverse disposizioni di legge” avrebbe dovuto essere integrata con i medesimi richiami che danno senso all'analoga clausola posta all'art. 51 l. fall., stante lo stretto rapporto di interdipendenza esistente tra divieto di azioni esecutive individuali e obbligo di verifica del credito⁸². Del resto, avendo il giudizio di accertamento del passivo la funzione di stabilire la legittimazione dei singoli creditori alla partecipazione al concorso, esso avrebbe perso la sua ragion d'essere a fronte del creditore fondiario che, potendolo, abbia scelto di soddisfarsi mediante espropriazione separata⁸³. La parità di trattamento, cui il privilegio esecutivo invece non derogava, sarebbe stata assicurata dall'intervento spiegato dal curatore nell'esecuzione singolare a tutela delle ragioni della massa.

La legge sul credito fondiario, nel consentire l'espropriazione individuale in costanza di fallimento, avrebbe infatti permesso all'istituto di avvalersi sino alle più estreme conseguenze del corollario dell'autonomia dell'esecuzione singolare, e dunque del principio di “insensibilità della procedura privilegiata rispetto a quella fallimentare”⁸⁴. Gli Autori, pur nella consapevolezza che siffatta interpretazione avrebbe scardinato uno dei principi fondamentali del sistema fallimentare, quello dell'accertamento giurisdizionale del credito, non intendevano operare il disconoscimento delle conseguenze che assistono il privilegio nel momento in cui consente all'istituto di

⁸¹COPPOLA, *L'esecuzione individuale di credito fondiario in pendenza di fallimento: possibile regolamentazione di un non semplice rapporto*, cit., p. 125.

⁸²L'interdipendenza delle norme avrebbe comportato l'interdipendenza anche delle rispettive eccezioni. Cfr. TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 475.

⁸³Così BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 460, nota 87 in richiamo di TARZIA, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 476. Anche SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964, p. 256, nota 41, nell'affermare che al procedimento di verifica dei crediti nell'ambito del giudizio di accertamento del passivo sono soggetti tutti i creditori, fa salve le ipotesi previste dalla legge speciale e richiama in particolar modo l'eccezione riconosciuta al credito fondiario.

⁸⁴L'espressione è mutuata da BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 460.

procedere ad espropriazione autonoma durante il fallimento⁸⁵.

9. Oscillazioni della giurisprudenza dopo l'entrata in vigore del T.U.B.

In relazione alla stabilità della distribuzione operata in sede di riparto esecutivo ed alle conseguenti modalità di attuazione del concorso, le posizioni hanno continuato ad essere divise anche dopo la riformulazione organica della disciplina del credito fondiario e dei suoi rapporti con il fallimento avvenuta ad opera del d.lgs. 385/1993⁸⁶. A fronte della indiscussa necessità di verifica del credito fondiario, il nuovo testo normativo non ha infatti colto l'occasione per definire con una disposizione esplicita ed inequivoca la sede in cui debbano essere accertate la sua sussistenza, il suo esatto ammontare e la relativa graduazione⁸⁷.

Forte di un indirizzo sostanzialmente radicato sul carattere meramente processuale del privilegio attribuito al creditore fondiario, e dunque orientato nel senso della necessaria partecipazione del creditore fondiario al giudizio di accertamento *ex art. 52 comma 2 l. fall.*, il legislatore non lo deve aver ritenuto peraltro necessario⁸⁸; per lungo tempo infatti, la S.C. aveva affermato che la facoltà degli istituti di credito fondiario di agire esecutivamente sui beni del debitore fallito costituisce un diritto ad essi spettante in via eccezionale e in deroga al divieto di azioni esecutive di cui all'*art. 51 l. fall.* Essa, peraltro, non mancava di ravvisare l'obbligo per l'istituto di insinuare il proprio credito al passivo, potendo esso trattenere il ricavato della vendita posta in

⁸⁵BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, cit., p. 460, nota 87.

⁸⁶Così anche FASCIANO, *Credito fondiario e fallimento alla luce dell'odierna legge fallimentare*, cit., p. 1484.

⁸⁷TEDESCHI, *Credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 599; COLOMBINI, nota a Cass. 19 febbraio 1999, n. 1396 in *Il Fallimento*, 2000, p. 82.

⁸⁸In tal senso NARDECCHIA, *Il difficile rapporto tra credito fondiario e fallimento: irrisolte incertezze interpretative e recenti novità legislative*, in *Il Fallimento*, 2008, p. 190.

essere solo nel limite in cui la sua pretesa risulti capiente e sia stata ammessa al passivo⁸⁹.

Sennonché, immediatamente dopo l'entrata in vigore del T.U.B., tale orientamento fu inaspettatamente disatteso: proprio a partire dal 1994 si assistette infatti ad un *revirement* della giurisprudenza, appoggiato dalle considerazioni di parte della dottrina, che individuava lo strumento di coordinamento tra le due procedure, con evidente inversione di oneri⁹⁰, nell'intervento del curatore⁹¹.

Con sentenza 15 giugno 1994, n. 5806⁹² la Cassazione ha affermato che nell'azione esecutiva individuale iniziata o proseguita durante il fallimento del debitore da un istituto di credito fondiario secondo le disposizioni eccezionali di cui all' (abrogato) T.U. 1905, non è necessario che per partecipare alla distribuzione della somma ricavata dalla liquidazione l'istituto si sia previamente insinuato al passivo fallimentare: proseguendo l'esecuzione individuale anche dopo la vendita del bene pignorato, alla distribuzione del ricavato devono applicarsi le regole proprie di tale forma di esecuzione, con la conseguenza che incombe al curatore del fallimento del debitore, in sede di esame del progetto di distribuzione o nella fase di contestazione dello stesso (artt. 596, 598 e 512 c.p.c.), dimostrare che i crediti insinuati prevalgono,

⁸⁹Si veda Cass. 23 novembre 1990, n. 11324, in *Dir. Fall.*, 1992, p. 204 e ss.; Cass. 2 marzo 1988, n. 2196; Cass. 11 marzo 1987, n. 2532, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 1988, p. 273 e ss; Cass. 3 dicembre 1986, n. 7148, in *Dir. Fall.*, 1987, p. 383; Cass. 10 novembre 1981, n. 5944, cit. Cfr. CANTELE, nota a Cass. 15 gennaio 1998, n. 314, in *Il Fallimento*, 1998, p. 814. Nel merito: Trib. Lucca, 24 marzo 1992, in *Giust. Civ.*, 1994, p. 273 con nota di STEFANI, *Sulla esperibilità dell'esecuzione fondiaria in pendenza di fallimento*; Trib. Milano, 9 ottobre 1986, in *Dir. Fall.*, 1986, II, p. 861; Trib. Monza, 9 novembre 1987, in *Il Fallimento*, 1988, p. 491.

⁹⁰Efficace inciso mutuato da PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*, cit., p. 1151.

⁹¹Cfr. NARDECCHIA, *Il difficile rapporto tra credito fondiario e fallimento: irrisolte incertezze interpretative e recenti novità legislative*, cit., p. 190; CANTELE, nota a Cass. 15 gennaio 1998, n. 314, cit., p. 814.

⁹²In *Il Fallimento*, 1994, p. 1161 ss. con nota critica di PANZANI, *Credito fondiario, esecuzione immobiliare e fallimento*, in *Vita Notarile*, 1995, p. 193 e ss. con nota di TARDIVO, *Esecuzione fondiaria individuale e insinuazione nel fallimento* e in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 1995, p. 672 e ss. con nota di TARDIVO. Coeva anche Cass. 2 giugno 1994, n. 5352, in *Vita Notarile*, 1995 e in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 1995 sopra citati che, chiamata ad individuare il soggetto competente ad amministrare gli immobili sottoposti ad esecuzione fondiaria prima ancor prima che fosse dichiarato il fallimento, precisava in motivazione la non necessità della insinuazione del fondiario nella procedura fallimentare ai fini della assegnazione definitiva di quanto ottenuto in sede esecutiva.

in tutto o in parte, in ragione del loro grado di prelazione, su quello dell'istituto mutuante⁹³.

Nel caso di specie il curatore del fallimento lamentava la violazione dell'art. 52 l. fall., sostenendo che gli istituti di credito fondiario fossero vincolati all'insinuazione al passivo anche solo per realizzare, in via provvisoria, il loro credito sul prezzo ricavato dalla vendita: il carattere esclusivamente processuale del privilegio, non poteva trasformarsi in una eccezione alla *par condicio* e all'obbligo dell'accertamento del passivo. La Corte confermava il carattere provvisorio dell'immediata attribuzione delle somme sì come avvenuta in sede singolare. Tuttavia, contravveniva all'affermazione del curatore, sostenendo che la distribuzione dovesse essere operata in sede esecutiva individuale: rilevava infatti il Collegio che “benché si distingua un'azione espropriativa da una satisfattiva, rispettivamente esercitata fino alla vendita e, dopo di essa, in fase di distribuzione, da nessuna norma o principio generale può desumersi che il privilegio processuale conferito agli istituti di credito fondiario di provvedere alla vendita in separata procedura nonostante il fallimento del debitore, non sussista, invece nella fase di distribuzione del prezzo⁹⁴”. Aderendo a quella che si è vista essere l'opinione dominante e preferibile, i giudici di legittimità individuavano, dunque, nel riparto esecutivo la sede più appropriata per la distribuzione.

Pur riconoscendo che anche in riferimento agli istituti di credito fondiario trova applicazione l'art. 52 l. fall., in forza dell'ultimo inciso del secondo comma dell'art. 52 citato, che prevede la possibilità che diverse disposizioni di legge deroghino all'obbligo di accertamento dei crediti, la Corte ha però negato la necessità per gli istituti di insinuarsi al passivo. L'esigenza di sottoporre anche il credito fondiario al concorso sostanziale avrebbe trovato comunque soddisfazione: gli eventuali pregiudizi a danno dei crediti prededucibili, privilegiati ed ipotecari di grado poziore insinuati, sarebbero stati scongiurati dall'intervento spiegato dal curatore nella procedura individuale ex

⁹³Cfr. Massima, Cass. 5806/1994, cit.

⁹⁴Così Cass. 5806/1994, cit.

art. 107 comma 3° l. fall.⁹⁵; l'onere di tutelare tali crediti, e di dimostrare la loro prevalenza su quello dell'istituto precedente, gravava dunque sul curatore.

In altre due successive occasioni⁹⁶, la Cassazione ha confermato l'orientamento così inaugurato ed ha ribadito che, ferma la necessità di assoggettamento del creditore fondiario al principio del concorso sostanziale, assolto dall'intervento del curatore, esso non è tuttavia soggetto anche al concorso formale.

La previsione contenuta nell'art. 41 comma 2 T.U.B., là dove prevede che "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", sarebbe stata espressione di una *ratio* immanente al sistema: detto altrimenti, avrebbe confermato la facoltà del curatore di intervenire nell'esecuzione per ottenere l'attribuzione al fallimento degli eventuali maggior importi ricavati dalla banca nell'ambito dell'esecuzione (rispetto alla quota ad essa spettante)⁹⁷. Secondo tale prospettiva, nel prevedere espressamente l'intervento della curatela, quindi, il legislatore del T.U.B. avrebbe evidenziato l'intento di riservare alla sede esecutiva singolare ogni controversia sul concorso sostanziale, senza necessità di un riesame delle medesime questioni in sede fallimentare⁹⁸.

La giurisprudenza, insomma, muoveva dalla valorizzazione del tenore letterale dell'art. 107 comma 3° l. fall.⁹⁹: questo sarebbe stato applicabile anche all'esecuzione individuale promossa dall'istituto di credito fondiario, ricorrendo anche in tale ipotesi la medesima necessità di garantire la partecipazione del curatore al fine

⁹⁵ Nella versione anteriore alla novella del 2006 (oggi art. 107 comma 5 l. fall.)

⁹⁶ Cass. 9 ottobre 1998, n. 10017, in *Il Fallimento*, 1999, p. 1072 con nota di TERENGI, *Esecuzione di credito fondiario e fallimento*, Cass. 19 febbraio 1999, n. 1395, in *Il Fallimento*, 2000, p. 80 con osservazioni critiche di COLOMBINI, e in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2000, p. 277 con nota di OLIVIERI. In termini analoghi anche Trib. Pescara, 7 febbraio 1997, in *Dir. Fall.*, 1998, p. 577; da ultimo Trib. Napoli, 12 maggio 2006, in *Diritto e Giustizia*, 2006, p. 42-43.

⁹⁷ Così Cass. 5806/1994, cit.

⁹⁸ CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 374.

⁹⁹ Che nella versione anteriore alla novella del 2006 prevedeva la sostituzione del curatore al creditore istante nella procedura espropriativa iniziata prima della dichiarazione di fallimento. Il 3° comma in particolare disponeva che: "Se era in corso il procedimento di distribuzione del prezzo, il procedimento deve essere integrato con l'intervento del curatore".

dell'integrazione del contraddittorio¹⁰⁰. Di conseguenza, si riteneva che l'eccezione prevista a favore del credito fondiario dovesse ritenersi estesa anche al generale principio del concorso formale, anche grazie alla formula di salvezza espressamente prevista dal secondo comma dell'art. 52 l. fall.¹⁰¹.

L'esecuzione individuale avrebbe costituito, dunque, l'unica sede per la determinazione del credito dell'istituto ed ogni problema relativo alla distribuzione del ricavato doveva essere qui risolto¹⁰².

In termini analoghi, si esprimeva parte della dottrina¹⁰³. In base all'interpretazione letterale dell'art. 41 T.U.B. si sosteneva che il riparto menzionato dalla norma non poteva essere altri che quello esecutivo, essendo diversamente ogni somma già detenuta dal fallimento¹⁰⁴. Del pari, se il riparto disposto dal giudice dell'esecuzione avesse dovuto essere poi nuovamente vagliato dal giudice delegato al fallimento, il primo sarebbe stato superfluo¹⁰⁵. Escludendo il carattere provvisorio della distribuzione operata in sede esecutiva, stante l'assenza di una specifica disposizione che prevedesse in tal senso, si aggiungeva che, anche volendo assoggettare il creditore fondiario al concorso formale, non avrebbe peraltro avuto alcun senso chiedere l'ammissione di un credito già soddisfatto e sul quale, per di più, vi sarebbe stato un controllo giurisdizionale in contraddittorio con il curatore¹⁰⁶.

Si riconosceva che l'art. 41 T.U.B. non imponesse letteralmente alla curatela l'obbligo

¹⁰⁰ OLIVIERI, *In tema di credito fondiario e azione esecutiva individuale*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 2000, p. 277.

¹⁰¹ MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della Riforma*, cit., p. 1234.

¹⁰² PELLIZZONI-FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio processuale fondiario ex art 41 comma 2 t.u.l.b. alla luce del decreto correttivo*, cit., p. 614 che ricorda SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 1005.

¹⁰³ Oltre agli autori che si andranno a citare, rientra in tale orientamento anche PETRAGLIA, *Crediti fondiari: esecuzione individuale e procedure concorsuali*, cit., p. 56, il quale sostiene che i privilegi di natura *latu sensu* sostanziale di cui si discute potrebbero apparire non più tanto scandalosi là dove si prenda atto che "il mito della concorsualità, in uno con quello della *par condicio creditorum*, tende progressivamente ad erodersi a fronte di particolari situazioni considerate meritevoli di tutela", quale quella rinvenibile in relazione alle banche esercenti il credito fondiario.

¹⁰⁴ SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 1004.

¹⁰⁵ SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 1005.

¹⁰⁶ SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, cit., p. 662.

di intervenire, bensì una mera facoltà; ma si sosteneva che ciò non avrebbe avuto modo di infirmare la soluzione sopra prospettata poiché ad essa sarebbe stata data in tal modo la possibilità di valutare, caso per caso, in quali limiti sarebbe stato effettivo interesse del fallimento intervenire: l'opportunità dell'intervento avrebbe potuto così essere vagliata discrezionalmente dal curatore visto che, in ogni caso, quanto dovesse residuare dopo il soddisfacimento della banca sarebbe comunque attribuito al fallimento, indipendentemente dalla sua partecipazione¹⁰⁷. L'intervento risultava, allora, in particolare preordinato ad assicurare al fallimento la possibilità di contraddire la determinazione del credito dell'istituto posta in essere dal giudice dell'esecuzione, oltre che ad evitare che il prezzo base d'asta sia fissato in misura inferiore al valore venale del bene in modo da favorire una più rapida aggiudicazione del bene stesso, a scapito dei creditori concorsuali cui spetta l'eventuale somma eccedente la quota di competenza della banca¹⁰⁸.

In questa prospettiva la *par condicio* avrebbe potuto essere soddisfatta anche successivamente alla chiusura della procedura esecutiva individuale, là dove il fallimento risultasse ancora pendente: tramite il rimedio della ripetizione dell'indebitato di cui all'art. 2033 c.c.; la banca che avesse indebitamente percepito somme maggiori rispetto a quelle di sua spettanza, avrebbe potuto essere convenuta in giudizio dal curatore, al fine di vedersi condannata alla restituzione dell'eccedenza¹⁰⁹.

La soluzione elaborata nel vigore del T.U. 1905, e descritta nel paragrafo precedente, fu quindi ritenuta valida anche dopo l'entrata in vigore del T.U.B.; in conclusione, secondo tale orientamento, l'esecuzione per credito fondiario era ricostruita, in una prospettiva di integrale autonomia rispetto al sistema di cui agli artt. 51 e 52 l. fall.:

¹⁰⁷SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, cit., p. 1006.

¹⁰⁸SEPE, sub. art. 41, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 321.

¹⁰⁹Così SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, cit., p. 663 (che sottolinea però la linearità di simile soluzione solo partendo dal presupposto della ritrattabilità dei risultati della distribuzione esecutiva, in contrasto con la stabilità dei risultati del riparto esecutivo precedentemente sostenuta. Al proposito si veda in particolare SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 816).

l'attribuzione di somme al creditore procedente era considerata come potenzialmente stabile e definitiva, potendo le ragioni del fallimento essere fatte valere dalla curatela mediante intervento nella procedura esecutiva singolare¹¹⁰.

10. Critiche prima della novella del 2006

La dottrina maggiormente attenta ai principi della procedura concorsuale si è espressa in termini fortemente critici verso la soluzione poc'anzi prospettata¹¹¹. Sono numerose le osservazioni che traggono origine dalla difficoltà a ritenere l'intervento del curatore nella procedura esecutiva coltivata dal creditore fondiario uno strumento idoneo a garantire il rispetto delle regole del concorso¹¹². Non pare infatti appagante che la tutela della parità dei creditori possa essere assolta da siffatto adempimento a carico del curatore, in particolare per il seguente ordine di motivi¹¹³: in primo luogo, la ricostruzione non pare conciliabile con il carattere facoltativo dell'intervento espressamente indicato dalla formulazione letterale dell'art. 41 comma 2 ° T.U.B.; la partecipazione del curatore all'esecuzione singolare è infatti meramente eventuale e mai obbligatoria¹¹⁴. La curatela potrebbe anche semplicemente decidere di non esercitare tale facoltà, senza che a ciò debba o possa in alcun modo conseguire la mancata attuazione della *par condicio* creditoria¹¹⁵.

¹¹⁰Cfr. MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario*, cit., p. 1233.

¹¹¹CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 395/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 374.

¹¹²In tal senso anche MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario*, cit., p. 1234.

¹¹³COPPOLA, *L'esecuzione individuale di credito fondiario in pendenza di fallimento: possibile regolamentazione di un non semplice rapporto*, cit., p. 126.

¹¹⁴TEDESCHI, *Credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 602; DIDONE, *Credito fondiario e fallimento: due privilegi in cerca di una ratio*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 953.

¹¹⁵BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 186 sottolinea che se il mancato intervento fosse preclusivo del potere dei creditori insinuati di far valere le proprie ragioni, si potrebbe

Del resto, la possibilità di intervento del curatore rimane pur sempre condizionata alla conoscenza in capo allo stesso della pendenza dell'esecuzione. Il curatore potrebbe anche non essere informato dal momento che, quando interviene il fallimento, sul bene pignorato dall'istituto egli potrebbe trovare iscritta soltanto l'ipoteca¹¹⁶. Anche se, sulla base dei rilievi svolti in precedenza in tema di legittimazione all'esecuzione¹¹⁷, non si ritiene ad aderire all'osservazione che segue, per completezza riportiamo anche la critica avanzata da parte della dottrina muovendo dal presupposto della titolarità giuridica passiva in capo al debitore fallito ed esecutato¹¹⁸. Si è ritenuto che la mancata conoscenza dell'espropriazione fondiaria in capo al curatore potrebbe derivare anche dall'assenza di alcun onere a carico del giudice dell'esecuzione di notificarlo della pendenza dell'esecuzione: al curatore del fallimento non dovrebbe essere indirizzato alcun avviso o notifica né del titolo esecutivo¹¹⁹, né di ulteriori atti¹²⁰.

L'orientamento che individuava il momento di raccordo tra procedura esecutiva individuale e procedura concorsuale nell'intervento del curatore muoveva altresì dalla previsione dell'art. 107 l. fall. nella parte in cui prevedeva che il procedimento espropriativo in corso dovesse essere integrato con l'intervento del curatore¹²¹. Quindi, anche ove il curatore non avesse avuto notizia dell'esecuzione, egli sarebbe

dubitare della legittimità costituzionale di simile interpretazione in relazione alla violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.

¹¹⁶COLOMBINI, osservazioni a Cass. 1395/1999, cit., p. 83. Se infatti il pignoramento è eseguito anteriormente alla dichiarazione di fallimento, il precetto è notificato al debitore (in quel momento ancora *in bonis*).

¹¹⁷Cfr. Capitolo II, paragrafo 10. Critici al proposito anche COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure esecutive e nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 569. OLIVIERI, *In tema di credito fondiario e azione esecutiva individuale*, cit., p. 285.

¹¹⁸Ad esso espressamente attribuita dai giudici di legittimità. cfr. Cass. 2532/1987, cit. e Cass. 5081/1996, cit.

¹¹⁹La cui notificazione è espressamente esclusa dall'art. 41 comma 1 T.U.B. (si veda Capitolo I, paragrafo 6).

¹²⁰In tal senso D'ORAZIO, *Il credito fondiario e le prededuzioni nel fallimento*, cit., p. 763; COLOMBINI, osservazioni a Cass. 1395/1999, cit., p. 83 e ID., *Tutela del credito fondiario nel fallimento*, in *Fallimento*, 1996, p. 188; PANZANI, *Credito fondiario, esecuzione immobiliare e fallimento*, cit., p. 1165; FASCIANO, *Credito fondiario e fallimento alla luce dell'odierna legge fallimentare*, cit., p. 1484.

¹²¹Si veda in merito quanto scritto al paragrafo precedente.

comunque stato reso edotto della sua pendenza nel momento in cui fosse stato chiamato per l'integrazione del contraddittorio. Va però osservato che tale regola, riferendosi alle espropriazioni immobiliari in generale, contempla una situazione diversa rispetto a quella che viene qui in considerazione. In primo luogo, essa si riferisce al caso in cui il fallimento sia sopravvenuto proprio nel momento in cui sta per attuarsi la distribuzione del ricavato nell'espropriazione promossa in precedenza, e non riguarda invece i momenti precedenti, laddove trova invece in linea generale applicazione la norma che prevede la sostituzione del curatore al creditore istante¹²². In secondo luogo, a differenza di quanto avviene secondo la disciplina generale in cui il curatore opera come "sostituto processuale" dell'azione esecutiva da altri intrapresa prima dell'apertura del fallimento, nell'ipotesi che ci occupa il curatore interverrebbe nei confronti della banca procedente in qualità di rappresentante dei creditori della massa e a tutela dei rispettivi interessi¹²³. Di conseguenza, il richiamo che l'orientamento qui criticato volge all'intervento del curatore mediante invocazione dell'art. 107 comma 3° l. fall. non risulta pertinente: le due fattispecie non sono assimilabili¹²⁴. Sulla base di queste considerazioni, risultando il mancato intervento preclusivo del potere dei creditori insinuati di far valere le loro ragioni (che non possono partecipare altrimenti al processo esecutivo stante l'espresso divieto di cui all'art. 51 l. fall.), si potrebbe dubitare della validità di simile interpretazione già sotto il profilo della violazione del diritto alla difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost.¹²⁵.

Anche volendo superare questi primi ostacoli, e dunque ammettendo che il curatore sia a conoscenza della pendenza dell'esecuzione fondiaria, non è comunque detto che esso possa tutelare efficacemente le ragioni dei creditori concorrenti.

¹²²Così TEDESCHI, *Credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 602.

¹²³Conforme BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 186.

¹²⁴In tal senso oltre agli A. citati in precedenza anche TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, cit., p. 560.

¹²⁵BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 186; COLOMBINI, osservazioni a Cass. 1395/1999, cit., p. 83; PANZANI, *Credito fondiario, esecuzione immobiliare e fallimento*, cit., p. 1167.

Se l'intervento venisse infatti spiegato quando la procedura è già giunta alla fase di distribuzione del prezzo, al curatore sarebbe precluso di dimostrare l'esistenza di crediti poziori. Ad esso è infatti di richiesto di attivarsi in sede di esame del progetto di distribuzione, ovvero in quella di contestazione dello stesso *ex artt.* 596, 598 e 512 c.p.c.¹²⁶; dovendo dunque intervenire in ogni caso prima dell'udienza fissata per deliberare in ordine al progetto di distribuzione, l'intervento ad essa successivo, non rivestirebbe alcuna utilità per la tutela della massa¹²⁷.

Del pari, anche là dove il curatore riuscisse ad intervenire tempestivamente, non necessariamente i diritti dei creditori insinuati sarebbero garantiti: infatti, sarebbe possibile giungere all'udienza sopra ricordata prima che la graduazione dei crediti ammessi al concorso sia divenuta stabile¹²⁸, ovvero quando lo stato passivo non sia ancora esecutivo. In questo modo, il curatore non potrebbe essere in grado di far valere nella procedura esecutiva individuale i crediti di grado anteriore in quanto non disporrebbe dell'unico documento che gli consentirebbe di contestare le pretese creditorie della banca a fronte dell'esistenza di crediti di rango poziore¹²⁹, cioè il provvedimento di definitiva graduazione dei crediti concorsuali¹³⁰.

Quand'anche il curatore fosse munito di uno stato passivo definitivo, l'intervento attuato sulla base delle relative risultanze con l'intento di impedire la distribuzione per la presenza di crediti di grado poziore, significherebbe di fatto far valere lo stato passivo in ambito *extra* fallimentare, il che è per opinione pressoché concorde di

¹²⁶Cfr. tra le altre Cass. 5806/1994, cit.

¹²⁷L'art. 566 c.p.c. consente ai creditori privilegiati iscritti di intervenire anche dopo la vendita, ma in ogni caso prima dell'udienza disposta per deliberare in ordine al progetto di distribuzione. COLOMBINI, osservazioni a Cass. 1395/1999, cit., p. 83.

¹²⁸Così CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 375.

¹²⁹Così TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, cit., p. 560.

¹³⁰In questo senso CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 375; CANTELE, osservazioni a Cassazione 15 gennaio 1998, n. 314, cit., p. 815; MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario*, cit., p. 1234; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 188 evidenzia che anche il curatore più diligente non può di certo concorrere alla distribuzione della somma ricavata in previsione dei diritti di prelazione dei creditori che, forse, poi troveranno ammissione allo stato passivo.

giurisprudenza e dottrina da escludere¹³¹.

L'attribuzione definitiva delle somme al creditore fondiario a seguito dell'intervento del curatore a tutela della parità del ceto creditorio, conferirebbe inoltre un'improbabile natura concorsuale all'accertamento compiuto dal giudice dell'esecuzione¹³².

All'onere del curatore di intervenire nell'esecuzione promossa dall'ente erogatore del finanziamento fondiario, si sarebbe potuta altresì opporre una ingiustificata esclusione dei creditori chirografari e privilegiati che siano stati ammessi al passivo dal diritto loro attribuito di contestare direttamente il credito preteso dalla banca ex artt. 100 e 110 l. fall.¹³³.

Si è poi evidenziato che la risoluzione delle controversie tra creditori, rappresentati dal curatore nell'ambito della procedura esecutiva individuale, ai sensi dell'art. 512 c.p.c.¹³⁴, sarebbe avvenuta innanzi ad un tribunale in composizione monocratica¹³⁵, in violazione dell'art. 50 *bis* n. 2 c.p.c., che riserva tale decisione al tribunale in composizione collegiale¹³⁶.

Infine, la decisione della controversia di cui all'art. 512 c.p.c., sollevata dal curatore intervenuto, ovvero dal creditore fondiario procedente, sulla sussistenza o sull'ammontare dei crediti di grado anteriore dal primo dedotti, sposterebbe

¹³¹Tra le altre Cass. 15 marzo 2004, n. 4522, in *Il Fallimento*, 2004, p. 1050; Cass. 11 marzo 2003, n. 3550, in *Il Fallimento*, 2003, p. 1295; Cass. 22 febbraio 2002, n. 2573, in *Il Fallimento*, 2002, p. 250. PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento*, cit., p. 1151; PANZANI, *Credito fondiario, esecuzione immobiliare e fallimento*, cit., p. 1167, nota 13 con ampio richiamo giurisprudenziale e bibliografico; CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 375; COLOMBINI, osservazioni a Cass. 1395/1999, cit., p. 83; MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario*, cit., p. 1235.

¹³²Così MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario*, cit., p. 1234.

¹³³L'art. 100 l. fall., abrogato a seguito della novella intervenuta con d.lgs. 5/2006, ammetteva ciascun creditore ad impugnare i crediti ammessi (la possibilità di impugnazione è oggi prevista espressamente all'art. 98 l. fall.); L'art. 110 l. fall., nella versione anteriore alla riforma appena menzionata, prevedeva che i creditori potessero far pervenire le loro osservazioni prima che il giudice delegato renda esecutivo il piano di riparto (oggi i creditori devono proporre reclamo ex art. 36 contro il progetto di riparto). In questo senso D'ORAZIO, *Il credito fondiario e le prededuzioni nel fallimento*, cit., p. 763.

¹³⁴Nella versione anteriore alle modifiche introdotte con d.l. 35/2005 e l. 263/2005.

¹³⁵L'art. prevedeva che "Se è competente il giudice provvede all'istruzione della causa (...)".

¹³⁶In tal senso D'ORAZIO, *Il credito fondiario e le prededuzioni nel fallimento*, cit., p. 763.

l'accertamento dall'ambito fallimentare a quello dell'esecuzione individuale¹³⁷; inoltre essa si risolverebbe in una nuova valutazione dei crediti già oggetto di accertamento del giudice delegato, da parte di un giudice diverso e ad esso non vincolato, con la concreta possibilità di un conflitto di giudicati¹³⁸.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, la previsione in termini di facoltà di intervento di cui all'attuale comma 2, art. 41 T.U.B. dovrebbe confortare la tesi opposta¹³⁹, poiché il mancato intervento del curatore non può in alcun modo pregiudicare le posizioni sostanziali dei creditori concorrenti¹⁴⁰. L'esigenza di una rapida soddisfazione del credito che, come già individuato ormai più volte, costituisce la *ratio* fondamentale del privilegio concesso agli istituti di credito fondiario, non potrebbe peraltro essere inficiata dall'onere di insinuarsi al passivo, giusta il diritto dell'istituto di soddisfarsi comunque in via anticipata (seppur provvisoriamente) sul ricavato della vendita da esso esperita¹⁴¹.

Del resto, si è sostenuto, se si riconoscesse carattere definitivo alla distribuzione operata in sede di esecuzione individuale in difetto di ammissione del creditore fondiario al fallimento, il privilegio ad esso attribuito verrebbe ad assumere una veste sostanziale, oltre che processuale¹⁴², non potendosi in tal modo ritenere pienamente esplicito il concorso sostanziale, ed essendo completamente precluso quello formale. Se la disposizione di cui all'art. 41 comma 2 T.U.B. integra, ormai pacificamente, una deroga al divieto di azioni esecutive di cui all'art. 51 l. fall., essa non costituisce tuttavia eccezione anche alla regola di cui al successivo art. 52 comma 2 l. fall. secondo cui ogni credito deve essere accertato secondo le regole del fallimento¹⁴³. La

¹³⁷CANTELE, osservazioni a Cass. 28 maggio 1998, n. 5267 in *Il Fallimento*, 1999, p. 519.

¹³⁸D'ORAZIO, *Il credito fondiario e le prededuzioni nel fallimento*, cit., p. 763; MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario*, cit., p. 1235.

¹³⁹Quella del coordinamento mediante obbligo dell'istituto di insinuarsi al passivo per trattenere definitivamente le somme provvisoriamente attribuite in sede esecutiva.

¹⁴⁰In questo senso BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 185; D'ORAZIO, *Il credito fondiario e le prededuzioni nel fallimento*, cit., p. 763;

¹⁴¹Così OLIVIERI, *In tema di credito fondiario e di azione esecutiva individuale*, cit., p. 283.

¹⁴²MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario*, cit., p. 1235.

¹⁴³DIDONE, *Credito fondiario e fallimento: due privilegi in cerca di una ratio*, cit., p. 953.

formula di salvezza con cui si chiude l'art. ora menzionato non può essere riempita con i medesimi richiami dell'art. 51 l. fall.: simile eccezione non è di certo rinvenibile nell'art. 41 T.U.B. (la norma ricordata si limita infatti a prescrivere che l'azione esecutiva può essere iniziata o proseguita dalla banca dopo la dichiarazione di fallimento e non può essere in alcun modo idonea a costituire la diversa disposizione di legge richiesta per derogare alla regola del concorso formale¹⁴⁴), né in altra norma speciale¹⁴⁵.

L'assenza di una disposizione all'interno delle norme sul credito fondiario, che imponga espressamente l'ammissione al passivo, non può essere interpretata nel senso di un'esenzione dell'istituto dall'accertamento: per ipotizzare una sottrazione dell'istituto a siffatto principio più che una previsione espressa, bisognerebbe individuare una disposizione, peraltro non reperibile, che consenta siffatta deroga¹⁴⁶. Dovendosi quindi ritenere che la natura del privilegio non vada oltremodo estesa, giusta anche la mancanza di appigli normativi in tal senso, il rispetto della *par condicio* dovrebbe essere in conclusione garantito dalla domanda di insinuazione proposta dal creditore fondiario al giudice delegato al fallimento¹⁴⁷. In tal modo, troverebbe applicazione anche per il caso di esecuzione forzata di credito fondiario esercitata in costanza di fallimento il principio di esclusività della verifica fallimentare, e dunque si avrebbe piena attuazione del principio di universalità della procedura fallimentare. In conclusione, al creditore fondiario sarebbe concesso di procedere esecutivamente per ottenere in tempi più brevi il prezzo dell'immobile ipotecato in suo favore; l'attribuzione di tale somma potrebbe essere disposta in via provvisoria dal giudice delegato, ma affinché essa diventi stabile, il credito dell'istituto dovrà essere ammesso al passivo e utilmente collocato nel riparto fallimentare.

¹⁴⁴Così TEDESCHI, *Credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 600.

¹⁴⁵DIDONE, *Credito fondiario e fallimento: due privilegi in cerca di una ratio*, cit., p. 953; in questo senso anche BOZZA, *La perpetuazione dei privilegi degli istituti di credito fondiario*, cit., p. 795 e ID., *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 189 e ss.

¹⁴⁶BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 180.

¹⁴⁷Oltre agli A. citati in questo frangente, anche STEFANI, *Sulla esperibilità dell'esecuzione fondiaria in pendenza di fallimento*, cit., p. 277.

11. Conferme dal legislatore della riforma

La conclusione appena raggiunta è confortata dalle modifiche normative apportate dalla riforma della legge fallimentare con d.lgs. 5/2006¹⁴⁸. Sebbene la legge delega 80/2005 non prevedesse alcun principio diretto alla modificazione delle norme dedicate agli effetti del fallimento per i creditori, alcune modifiche si sono rese necessarie per il coordinamento della disciplina fallimentare con le disposizioni speciali altrove collocate¹⁴⁹. Significativa per l'ipotesi che ci occupa è la modifica apportata all'art. 107 l. fall. comma 5° ove si è previsto che "Se alla data di dichiarazione di fallimento sono pendenti procedure esecutive, il curatore può subentrarvi"¹⁵⁰. L'intervento del curatore nella procedura esecutiva è pertanto stato reso facoltativo, in conformità alla previsione dell'art. 41 comma 2° T.U.B.

Le critiche mosse in precedenza trovano in tale emendamento una espressa conferma: viene infatti in tal modo meno l'appiglio normativo, peraltro inopportuno¹⁵¹, cui faceva riferimento l'indirizzo che negava la necessità del creditore fondiario di insinuarsi al passivo del fallimento e, dunque, di partecipare al concorso formale. Precisato il carattere opzionale della partecipazione del curatore all'esecuzione singolare, emerge in modo evidente che le posizioni sostanziali dei creditori concorrenti, non potendo essere pregiudicate dal mancato esercizio di tale scelta, devono essere necessariamente tutelate altrimenti¹⁵². Risulta in tal modo

¹⁴⁸D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 in G.U. 16 gennaio 2006, n. 91.

¹⁴⁹È quanto si legge nella Relazione illustrativa al D.lgs. 5/2006.

¹⁵⁰Il più volte ricordato art. 107 comma 3 previgente disponeva invece l'obbligo del curatore di intervenire nella procedura esecutiva giunta alla fase di distribuzione del prezzo.

¹⁵¹Ci si riferisce in particolare alle posizioni che facevano leva sul tenore letterale dell'art. 107 *ante* riforma nella parte in cui era previsto che il procedimento espropriativo in corso dovesse essere integrato con l'intervento del curatore. Si riteneva che la partecipazione della curatela all'esecuzione individuale sarebbe in tal modo risultata necessaria. Si è osservato, però, che il richiamo alla norma sopra ricordata non è ammissibile, essendo questa dettata per una diversa e circoscritta ipotesi. V. p. 167-168.

¹⁵²In questo senso MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della Riforma*, cit., p. 1236.

ulteriormente confortato l'orientamento che garantisce l'attuazione del concorso sostanziale, senza alcuna preclusione di quella del concorso formale, mediante domanda di ammissione del creditore fondiario procedente al passivo fallimentare.

L'impossibilità per il curatore (anche là dove intervenuto tempestivamente e munito di stato passivo definitivo) di far valere l'esecutività del titolo per dimostrare la presenza di crediti poziori, che trovava ragione nella inefficacia al di fuori del fallimento del decreto di esecutività del passivo, è ora legislativamente sancita all'art. 96 l. fall., comma 6°. La norma infatti prevede che “Il decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di cui all'art. 99, producono effetti soltanto ai fini del concorso”.

Nella disciplina entrata in vigore il 16 luglio 2006, anche l'art. 52 l. fall. è stato modificato al secondo comma, dove è stato espressamente disposto che al procedimento di accertamento dei crediti, devono essere assoggettati (oltre ad “ogni credito, anche se munito di cause di prelazione”) anche i crediti prededucibili ed i diritti reali o personali, mobiliari o immobiliari¹⁵³. Se il rafforzamento così operato al principio del concorso formale non poteva che risultare positivo, rimaneva del tutto inopportuna la formula di salvezza delle diverse disposizioni di legge, di cui all'ultimo inciso dell'articolo, cui il legislatore della riforma non aveva apportato in tale

¹⁵³La disposizione novellata dunque prevedeva: “Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito. 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”.

Come è stato correttamente rilevato, la modifica relativa ai diritti immobiliari si ricollega a quella dell'art. 24 l. fall. in materia di competenza del tribunale fallimentare (che eccettuava le azioni reali immobiliari, per le quali restavano ferme le norme ordinarie di competenza), con la conseguenza che le domande di rivendicazione, restituzione e separazione dei beni immobili soggiacciono ora al procedimento di verifica del passivo. Del pari, l'estensione dell'operatività dell'art. 52 l. fall. anche ai crediti prededucibili è associata all'introduzione della disposizione di cui all'art. 111 *bis*, che ha escluso la necessità di insinuazione al passivo dei crediti prededucibili solo ove non contestati, ovvero se sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione di compensi dei soggetti nominati dal giudice delegato al fallimento ai sensi dell'articolo 25. Cfr. NARDECCHIA, *Il difficile rapporto tra credito fondiario e fallimento irrisolte incertezze interpretative e recenti novità legislative*, cit., p. 192. Da notare che il nuovo art. 111 l. fall. ha allargato l'ambito dei crediti prededucibili, includendo tra essi quelli “così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali (...)”. D'ORAZIO, *Il credito fondiario e le prededuzioni del fallimento*, cit., p. 773.

occasione alcuna modifica: rimaneva in tal modo ancora incerto l'assoggettamento del fondiario al procedimento di verifica dei crediti¹⁵⁴.

All'irrisolta incertezza interpretativa ha inteso supplire il decreto correttivo 12 settembre 2007, n. 169¹⁵⁵ con l'aggiunta di un 3° comma all'art. 52 l. fall. in cui si prevede che le disposizioni di cui al comma 2° trovano applicazione anche in relazione ai crediti eccezionalmente esclusi dal divieto di azioni esecutive ai sensi dell'art. 51 l. fall.¹⁵⁶. Viene in tal modo espressamente imposta al creditore fondiario l'insinuazione al passivo e la partecipazione al concorso formale¹⁵⁷, senza alcun onere per il curatore di intervenire nella procedura esecutiva individuale per far valere i crediti di grado *potiore*.

Contestualmente, e in correlazione alla modifica dell'art. 52 l. fall., il decreto correttivo ha aggiunto al primo comma dell'art. 110 l. fall. un inciso con cui si dispone che nel progetto di riparto “sono collocati anche i crediti per i quali non si applica il divieto di azioni esecutive e cautelari di cui all'art. 51”. Anche se potrebbe sembrare superfluo, il legislatore ha così sancito inequivocabilmente che il creditore fondiario, assoggettato al procedimento di verifica di cui al Capo V l. fall, deve altresì sottostare al procedimento di ripartizione che lo segue¹⁵⁸.

Ne deriva una definitiva e indiscutibile separazione dei principi stabili dagli artt. 51 e 52 l. fall. e delle rispettive deroghe: l'istituto fondiario avrà dunque pur sempre la possibilità di iniziare o proseguire l'azione esecutiva anche dopo il fallimento del debitore in deroga al generale divieto disposto con l'art. 51 l. fall; tuttavia, esso dovrà pur sempre soggiacere alle regole generali del concorso (formale e sostanziale) di cui

¹⁵⁴NARDECCHIA, *Il difficile rapporto tra credito fondiario e fallimento irrisolte incertezze interpretative e recenti novità legislative*, cit., p. 192.

¹⁵⁵In G.U. 16 ottobre 2007, n. 241. In vigore per le procedure dichiarate a partire dal 1° gennaio 2008.

¹⁵⁶La disposizione testualmente recita: “Le disposizioni del secondo comma si applicano anche ai crediti esentati dal divieto di cui all'articolo 51”.

¹⁵⁷Così PELLIZONI-FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio processuale fondiario ex art. 41 comma 3 T.U.l.b. alla luce del decreto correttivo*, cit., p. 614.

¹⁵⁸Così anche NARDECCHIA, *Il difficile rapporto tra credito fondiario e fallimento irrisolte incertezze interpretative e recenti novità legislative*, cit., p. 193.

all'art 52¹⁵⁹. La stessa Relazione illustrativa al d.lgs. 169/2007 all'art. 4 evidenzia che “l'aggiunta di un terzo comma all'art. 52 serve a chiarire che anche i crediti per i quali non vige il divieto di azioni esecutive (...) sono assoggettati a concorso formale per cui, al fine di essere soddisfatti in sede concorsuale, devono essere previamente accertati, come tutti gli altri crediti, dal giudice delegato”; all'art. 8 precisa inoltre che l'aggiunta di un periodo, dopo il primo, all'art. 110 stabilisce “in parallelo a quanto dispone il nuovo comma 3 art. 52 R.D., che i crediti esentati dal divieto di azioni esecutive e cautelari fruiscono di un privilegio puramente processuale (il potere di iniziare o proseguire l'espropriazione pur in pendenza di fallimento del debitore), ma non sono esentati dal concorso: come tutti gli altri crediti devono essere ammessi al passivo ed essere collocati nei riparti per poter trattenere in via definitiva quanto è stato ricavato dall'espropriazione singolare da loro compiuta”¹⁶⁰.

Sembrerebbe allora potersi affermare senza più nessun dubbio che il raccordo tra procedura singolare e fallimento possa e debba avvenire esclusivamente nell'ambito del riparto fallimentare¹⁶¹: l'istituto mutuante che abbia intrapreso o proseguito l'esecuzione individuale in pendenza di fallimento, è tenuto a sottostare alla procedura di accertamento di cui al Capo V I. fall., in conformità al principio di esclusività della verifica fallimentare, e quindi ad insinuarsi al passivo e trovare collocazione nel piano di riparto per rendere definitiva l'attribuzione (provvisoriamente) operata in sede esecutiva¹⁶².

Si è sostenuto che, attesa la previsione del comma 3°, art. 52 I. fall., l'accertamento del credito fondiario al passivo del fallimento dovrebbe costituire il presupposto

¹⁵⁹NARDECCHIA, *Il difficile rapporto tra credito fondiario e fallimento irrisolte incertezze interpretative e recenti novità legislative*, cit., p. 193.

¹⁶⁰La Relazione illustrativa è ricordata, al fine di evidenziare il significato della riforma, anche da FASCIANO, *Credito fondiario e fallimento alla luce dell'odierna legge fallimentare*, cit., p. 1485, nota 20; PELLIZONI-FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio processuale fondiario ex art. 41 comma 2 t.u.l.b. alla luce del decreto correttivo*, cit., p. 614.

¹⁶¹MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della Riforma*, cit., p. 1236.

¹⁶²In questo senso COPPOLA, *L'esecuzione individuale di credito fondiario in pendenza di fallimento; possibile regolamentazione di un non semplice rapporto*, cit., p. 127. PENTA, *I rapporti tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale. Il credito fondiario*, cit., p. 293.

necessario anche per l'attribuzione provvisoria in sede esecutiva "ordinaria" del ricavato della vendita, e dunque che in assenza di siffatto accertamento, nulla potrebbe essere assegnato alla banca, nemmeno in via provvisoria¹⁶³.

In realtà, come già affermato in precedenza¹⁶⁴, si deve ritenere che l'attribuzione della somma ricavata dalla vendita forzata del bene sottoposto ad esecuzione possa essere immediatamente attribuita, seppur con carattere provvisorio, già in sede esecutiva a prescindere dalla domanda di ammissione al passivo. Del resto, non pare rinvenibile nel sistema una norma che impedisca al giudice dell'esecuzione di procedere alla distribuzione della liquidità acquisita prima che il credito sia ammesso al passivo ed utilmente collocato nei riparti fallimentari¹⁶⁵, né una simile disposizione può ricavarsi dalla logica del sistema stesso, se non a costo di svuotare il privilegio esecutivo del significato suo proprio.

12. Riaffermazione dell'orientamento tradizionale

Abbiamo avuto modo di soffermarci sul carattere insoddisfacente della soluzione elaborata nella vigenza dell'art. 42 R.D. 646/1905, e ripresa nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del T.U.B., che individuava nel riparto operato dal giudice dell'esecuzione nell'ambito dell'espropriazione singolare la sede esclusiva per la determinazione del credito dell'istituto e per l'attuazione delle regole del concorso.

¹⁶³Così PELLIZONI-FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio processuale fondiario ex art. 41 comma 2 t.u.l.b. alla luce del decreto correttivo*, cit., p. 614. LASCARO, *Le deroghe al divieto di esecuzioni individuali nel fallimento*, cit., p. 1062-1064. Il consolidamento di tale attribuzione conseguirebbe all'approvazione del riparto, nella misura in cui il credito dell'istituto fondiario sia risultato capiente ed utilmente collocato.

¹⁶⁴Si veda il paragrafo 5 di questo capitolo.

¹⁶⁵In tal senso BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 185.

Già nel vigore della disciplina del R.D. 1905, coloro che in dottrina e in giurisprudenza avevano manifestato la propria contrarietà a questa lettura avevano sostenuto che, anche nel caso di vendita eseguita in sede individuale, l'accertamento dell'esistenza e dell'entità dei crediti e delle relative cause di prelazione rimanesse di competenza inderogabile del giudice delegato al fallimento¹⁶⁶. Diversamente, si evidenziava, il creditore fondiario sarebbe rimasto escluso dal concorso¹⁶⁷. A questo proposito, si osservava come la norma di cui all'art. 52 l. fall. non consentisse alcuna eccezione: la legge sul credito fondiario non avrebbe dispensato gli istituti dall'ordinario regime di distribuzione della somma ricavata. Nonostante l'assenza di una previsione che ne prevedesse espressamente l'onere, anche la banca era dunque tenuta ad insinuarsi al passivo del fallimento per conseguire definitivamente, una volta ammessa e utilmente collocata nei riparti, la somma ricavata dall'espropriazione. Del resto, si evidenziava come l'art. 55 T.U. 1905 - nel far salvo "l'obbligo dell'istituto di restituire a chi di ragione quel tanto, con i rispettivi interessi per cui, in conseguenza della graduazione non risultasse utilmente collocato"- avrebbe chiarito che la definitiva distribuzione delle somme ricavate dall'espropriazione singolare avrebbe dovuto seguire le regole ordinarie, pur mantenendo impregiudicato il diritto all'immediata attribuzione del prezzo.

Ne conseguiva che il pagamento fatto dall'acquirente all'istituto di credito fondiario fuori dai riparti fallimentari fosse da considerarsi pagamento provvisorio, destinato ad acquisire definitività solo "se e quando" il credito dell'istituto risultasse utilmente collocato¹⁶⁸. Pertanto, la partecipazione degli istituti alla procedura fallimentare

¹⁶⁶Tra le molte, si richiama la giurisprudenza ricordata a nota 89 in questo Capitolo. In tal senso per la dottrina nel vigore del T.U. 1905: CIOTOLA, *L'esecuzione degli istituti di credito fondiario nel fallimento del debitore*, in *Dir. Fall.*, 1956, I, p. 21 e ss; BIONDI, *Esecuzione immobiliare e credito fondiario in caso di fallimento del debitore*, in *Dir. Fall.*, 1957, p. 5 e ss; BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, cit., p. 379 e ss.

¹⁶⁷In questo senso BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 192.

¹⁶⁸Così CIOTOLA, *L'esecuzione degli istituti di credito fondiario nel fallimento del debitore*, cit., p. 33; BOZZA, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, cit., p. 378 e 380; conforme BIONDI, *Esecuzione immobiliare e credito fondiario in caso di fallimento del debitore*, cit., p. 17 anche se l'A. si avvale di tale assunto per escludere l'esperibilità da parte del creditore

risultava postulato imprescindibile per l'irrinunciabile comparazione delle ragioni dei creditori concorrenti e delle rispettive cause di prelazione; essa doveva attuarsi nell'ambito del procedimento di verificaione¹⁶⁹.

Il nuovo Testo Unico prevede ancor con maggiore limpidezza che “la somma ricavata dall'esecuzione eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento”. Sulla base della nuova formulazione della norma di cui all'art. 41 e nonostante il *revirement* della seconda metà degli anni Novanta, immediatamente successivo all'entrata in vigore del nuovo dettato normativo, la maggioranza delle posizioni sono progressivamente tornate all'orientamento tradizionale ribadendo il carattere esclusivamente processuale del privilegio concesso al creditore fondiario, e la necessità che il relativo credito venga accertato, al pari di tutti gli altri, in sede fallimentare¹⁷⁰.

Già con l'arresto del 1° dicembre 1994, n. 10256¹⁷¹, la Cassazione, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità dell'accertamento del credito fondiario mediante azione di cognizione ordinaria o decreto ingiuntivo, affrontava incidentalmente la questione della privilegio concesso alle banche. In particolare, la Corte si richiamava all'orientamento primitivo per il quale l'art. 52 l. fall. sarebbe norma “tassativa ed inderogabile”, insuscettibile di essere derogata dagli istituti fondiari, la cui disciplina speciale avrebbe concesso solo lo svolgimento processo esecutivo (come emerge chiaramente anche dalla nuova normativa del T.U.B.). Una disciplina derogatoria, dunque, la cui specialità si sarebbe potuta però misurare solo in relazione all'art. 51 l. fall.¹⁷², senza con ciò sottrarre gli istituti all'esclusività del rito di accertamento del

fondiario dell'esecuzione singolare in costanza di fallimento, ritenendo che esso debba invece avvalersi della procedura concorsuale.

¹⁶⁹CIOTOLA, *L'esecuzione degli istituti di credito fondiario nel fallimento del debitore*, cit., p. 33. Per un'attenta ricostruzione dell'indirizzo elaborato nel vigore del T.U. 1905 si veda anche MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della Riforma*, cit., p. 1233, in particolare nota 9 con ampi richiami bibliografici

¹⁷⁰In questo senso anche CANTELE, osservazioni a Cass. 314/1998, cit., p. 814.

¹⁷¹Cass. 1 dicembre 1994, n. 10256, in *Il Fallimento*, 1995, p. 732.

¹⁷²Così quasi letteralmente Cass. 1 dicembre 1994, n. 10256, cit., in motivazione. In questo senso a titolo esemplificativo già Cass. 6847/1986, cit.

passivo.

Le perplessità evidenziate in precedenza, pur nel permanente contrasto giurisprudenziale e dottrinale che ha investito questa tematica per oltre un decennio¹⁷³, risultano accolte anche da due pronunce successive.

La Cassazione, con sentenza 15 gennaio 1998, n. 314¹⁷⁴ e 28 maggio 1998, n. 5267¹⁷⁵, tornava ad esaminare il tema dei rapporti tra procedura esecutiva individuale per credito fondiario e fallimento. Riconoscendo la competenza esclusiva del giudice delegato nel procedimento di verifica dei crediti e in quello conseguente della distribuzione della somma ricavata dalla vendita forzata posta in essere nell'esecuzione singolare, la S.C. ha ribadito l'obbligo per il creditore fondiario di insinuazione al passivo, anche in caso di intervento della curatela nell'esecuzione speciale¹⁷⁶. L'eventuale somma ricavata in più dall'esecuzione (per la quale il credito non sia stato ammesso o sia risultato incapiente) doveva essere restituita alla massa fallimentare. Si sottolineava come nel giudizio di esecuzione individuale il giudice non potesse sostituirsi al giudice delegato del fallimento nella determinazione della definitiva spettanza del credito. Le ragioni erano molteplici: la legge prevedeva che la verifica fallimentare dovesse avvenire nella relativa sede¹⁷⁷; il giudizio in sede esecutiva individuale in nessun modo avrebbe potuto estendersi fino a comprendere la valutazione delle ragioni di tutti i crediti insinuati in sede fallimentare, posto che esso non potrebbe spiegare efficacia in ambito concorsuale, diversamente pervenendo al concreto rischio di soluzioni antitetiche; una diversa valutazione del concorso nelle due sedi, singolare e collettiva, sarebbe stata perciò tanto inammissibile quanto inconcepibile¹⁷⁸. Quindi, solo dopo aver accertato in sede

¹⁷³ A mero titolo esemplificativo ricordiamo tra le altre Cass. 10017/98, cit., e Cass. 1395/1999, cit., che riprendono la posizione di Cass. 5806/1994 con cui si è aperto il *revirement*, e l'opposta posizione espressa dalle coeve Cass. 314/1998 e Cass. 5267/1998 che ci si appresta a ricordare.

¹⁷⁴ In *Il Fallimento*, 1998, p. 812 con osservazioni di CANTELE e in *Foro. it.*, 1998, p.1934, con nota di MACARIO.

¹⁷⁵ In *Il Fallimento*, 1999, p. 517.

¹⁷⁶ Così Cass. 314/1998, cit.

¹⁷⁷ ex art. 52 l. fall.

¹⁷⁸ Così Cass. 5267/1998, cit.

fallimentare che la somma attribuita all'istituto non avrebbe alterato la *par condicio*, quel pagamento avrebbe potuto essere trattenuto definitivamente¹⁷⁹.

Veniva così sancita la prevalenza dell'accertamento del credito fondiario compiuto in sede fallimentare sull'accertamento che compie il giudice dell'esecuzione singolare nel momento in cui forma il progetto di distribuzione ai sensi dell'art. 596 c.p.c.¹⁸⁰.

Anche i giudici di merito hanno prevalentemente aderito all'orientamento tradizionale riconoscendo che qualsiasi questione attinente alla determinazione dell'*an* e del *quantum* del credito vantato dalla banca sarebbe devoluta alla competenza esclusiva del foro fallimentare, sulla scorta di un duplice argomento interpretativo: da un lato, si sottolineava la natura meramente processuale del privilegio, efficacemente ricordando che "all'esercizio del privilegio processuale si deve accompagnare l'onere della concorsualità¹⁸¹". Dall'altro, non potendo seriamente contestarsi che il credito dell'istituto dovesse essere sottoposto alla verifica fallimentare per partecipare alla ripartizione, per coerenza e simmetria di sistema, si riconosceva la provvisorietà della somma percepita dall'aggiudicatario (pari all'importo corrispondente al credito vantato), ed il contestuale onere di insinuazione al passivo¹⁸². Quest'ultimo incombente, pur non integrando un presupposto per l'esercizio dell'azione esecutiva, costituirebbe tuttavia adempimento necessario per trattenere definitivamente quanto percepito¹⁸³.

Queste conclusioni trovano una definitiva sistemazione con la pronuncia del S.C. 17

¹⁷⁹CANTELE, osservazioni a Cass. 5267/1998, cit., p. 519.

¹⁸⁰Il giudice dell'esecuzione dunque ben può predisporre il progetto distributivo ripartendo le somme di spettanza dell'istituto e della curatela, ma tale assegnazione ha solo carattere provvisorio, restando riservata alla sede fallimentare l'attribuzione definitiva degli importi. CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, cit., p. 375.

¹⁸¹Così Trib. Ivrea, 10 maggio 1995, in *Il Fallimento*, 1996, p. 183 e ss

¹⁸²Così Trib. Ivrea, 10 maggio 1995, cit. Conformi: Trib. Genova, 14 marzo 1996, in *Il Fallimento*, 1996, p. 1127; Trib. Firenze, 13 settembre 1995, in *Dir. Fall.*, 1996, p. 565 con nota di VINDIGNI, *La posizione degli istituti di credito fondiario nel fallimento*; Trib. Saluzzo, 11 novembre 1999, in *Il Fallimento*, 1999, p. 1945; Trib. Bologna, 18 marzo 2002, in *Riv. Es. Forz.*, 2002, p. 546. Contra: Trib. Pescara, 7 febbraio 1997, cit.

¹⁸³PETRAGLIA, (in nota a Trib. Genova, 14 marzo 1996, cit.), *Rapporti tra credito fondiario, fallimento, esecuzione individuale e prededuzioni*, in *Il Fallimento*, 1996, p. 1129.

dicembre 2004, n. 23572¹⁸⁴, che ha posto fine al periodo di incertezza interpretativa in relazione ai rapporti tra esecuzione individuale di credito fondiario e fallimento, ed alle relative esigenze di coordinamento. Recependo le critiche alla tesi opposta nonché le argomentazioni mosse in precedenza, la Corte ha affermato che le disposizioni eccezionali sul credito fondiario concernono solo la fase di liquidazione dei beni del fallito e non anche quella dell'accertamento del passivo, diversamente venendosi a configurare una eccezione - peraltro non prevista - al principio di esclusività della verifica fallimentare *ex art. 52 l. fall.*¹⁸⁵.

In sintesi, questi i passaggi motivazionali della tesi della S.C: l'assegnazione compiuta in sede di progetto di distribuzione dal giudice dell'esecuzione avrebbe carattere provvisorio; essa acquisterebbe definitività solo dopo che il credito, insinuato e ammesso, sia stato accertato dal giudice delegato e graduato nei riparti fallimentari.

Significativamente, poi, la Corte in questa pronuncia del 2004 aveva perentoriamente escluso l'opportunità di provocare un intervento delle Sezioni Unite. L'osservazione del Collegio si è rivelata corretta, se si considera che, esclusivamente, tutte le

¹⁸⁴In *Il Fallimento*, 2005, p. 1143. Per l'importanza rivestita dalla sentenza ricordata riportiamo la Massima, che così dispone: "L'art. 42 R.D. 16 luglio 1905 n. 646 (applicabile "*ratione temporis*", pur essendo stato abrogato dal T.U. 1 settembre 1993 n. 385, a far data dall'1 gennaio 1994), la cui applicazione è fatta salva dall'art. 51 l. fall., nel consentire all'istituto di credito fondiario di iniziare o proseguire l'azione esecutiva nei confronti del debitore dichiarato fallito, configura un privilegio di carattere meramente processuale, che si sostanzia nella possibilità non solo di iniziare o proseguire la procedura esecutiva individuale, ma anche di conseguire l'assegnazione della somma ricavata dalla vendita forzata dei beni del debitore nei limiti del proprio credito, senza che l'assegnazione e il conseguente pagamento si debbano ritenere indebiti e senza che sia configurabile l'obbligo dell'istituto procedente di rimettere immediatamente e incondizionatamente la somma ricevuta al curatore. Peraltro, poiché si deve escludere che le disposizioni eccezionali sul credito fondiario - concernenti solo la fase di liquidazione dei beni del debitore fallito e non anche quella dell'accertamento del passivo - apportino una deroga al principio di esclusività della verifica fallimentare posto dall'art. 52 l. fall., e non potendosi ritenere che il rispetto di tali regole sia assicurato nell'ambito della procedura individuale dall'intervento del curatore fallimentare, all'assegnazione della somma disposta nell'ambito della procedura individuale deve riconoscersi carattere provvisorio, essendo onere dell'istituto di credito fondiario, per rendere definitiva la provvisoria assegnazione, di insinuarsi al passivo del fallimento, in modo tale da consentire la graduazione dei crediti, cui è finalizzata la procedura concorsuale, e, ove 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 il credito dell'istituto è risultato, in tutto o in parte, incapiante".

¹⁸⁵PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni.*, cit., p. 1148.

pronunce successive, tanto di legittimità quanto di merito, si sono rivelate conformi al principio di diritto affermato¹⁸⁶.

La giurisprudenza, ormai consolidata, risulta avallata anche dalla dottrina maggioritaria.

Si accetta l'idea che anche il creditore fondiario debba sottoporsi al concorso sostanziale¹⁸⁷: del resto, la stessa Relazione ministeriale all'art. 41 muove in questo senso là dove afferma che “L'azione esecutiva individuale in costanza di fallimento viene ricondotta nell'ambito dei privilegi meramente procedurali, escludendo che da essa possano derivare anche effetti di natura sostanziale tali da alterare la *par condicio creditorum*¹⁸⁸”.

Non potendo rinvenirsi nell'intervento del curatore l'elemento di coordinamento tra le due procedure, né in riferimento all'abrogata normativa, e ancor meno nel vigore dell'attuale disciplina, esso va piuttosto ricercato (a prescindere dalla scelta processuale del curatore) nell'onere di insinuazione al passivo della banca procedente¹⁸⁹. Detto orientamento trova conferma, come visto in precedenza dalle disposizioni della legge fall. riformata, che sembra aver posto un punto definitivo sul tema, sancendo incontrovertibilmente che quello fondiario sia un mero privilegio

¹⁸⁶Cass. 5 aprile 2007, n. 8609, inedita; Cass. 14 maggio 2007, n. 11014, In *Guida al diritto*, 2007; Cass. 11 giugno 2007, n. 13663, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007; Cass. 28 maggio 2008, n. 13996, In *Diritto e Giustizia*, 2008; Cass. 4 settembre 2009, n. 19217, in *Dir. Fall.*, 2010, p. 286. Trib. Ascoli Piceno, 7 aprile 2005, in *Toga picena*, 2006, p. 101; Trib. Sulmona, 21 novembre 2005, in In *Giur. it.*, 2006, 2, p. 221; Trib. Roma, 16 gennaio 2006, in *Redazione Giuffrè*, 2006; Trib. Santa Maria di Capua Vetere, 4 maggio 2007, in *Dir. e Giur.*, 2008, p. 112; Appello di Torino, 29 giugno 2007, in In *Giur. Merito*, 2008, p. 757 con nota di D'ORAZIO, *Il credito fondiario e le prededuzioni nel fallimento*; Tribunale di Torino, 10 ottobre 2008, in *Il Fallimento*, 2009, p. 1229 e in *Giur. it.*, 2009, p. 1482. Apparentemente contraddittorio Appello di Torino 5 settembre 2007, in *Il Fallimento*, 2008, p. 186 che pur affermando il principio della necessaria insinuazione al passivo fallimentare del creditore fondiario, ne consente una deroga allorché il curatore svolga, in sede esecutiva individuale, una domanda di attribuzione della sola somma ricavata necessaria per soddisfare specifici crediti concorsuali aventi privilegio *potiore*. Cfr. FASCIANO, *Credito fondiario e fallimento alla luce dell'odierna legge fallimentare*, cit., p. 1485, nota 18.

¹⁸⁷COPPOLA, *L'esecuzione individuale di credito fondiario in pendenza di fallimento: possibile regolamentazione di un non semplice rapporto*, cit., p. 127.

¹⁸⁸In *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia*, Roma, 1994, II, n. 32.

¹⁸⁹Così BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 201. Anche TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 258 pur aderendo alle posizioni che individuano nell'intervento del curatore l'elemento di raccordo tra procedura esecutiva singolare e procedura concorsuale, suggerisce comunque l'insinuazione della banca al fallimento in via cautelativa.

processuale, in alcun modo sottratto né al concorso formale (ammissione al passivo), né a quello sostanziale (collocazione nei riparti)¹⁹⁰.

Peraltro, il dettato letterale dell'ultimo inciso del secondo comma art. 41 T.U.B., là dove prevede che “La somma eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca viene attribuita al fallimento” chiarisce definitivamente la sorte dei rapporti tra le due procedure, esecutiva individuale ed esecutiva concorsuale. Atteso che la nuova legge fall. prevede la collocazione nell'ambito dei riparti concorsuali anche dei crediti per i quali non si applica il divieto di azioni esecutive di cui all'art. 51 l. fall., non pare più dubitabile che il riparto cui fa riferimento la norma per la definitiva determinazione delle spettanze sia quello fallimentare¹⁹¹. Oltre alle ragioni logiche e sistematiche ormai acclamate (per cui è in sede collettiva che deve essere stabilita la somma cui la banca ha diritto) il termine “riparto” utilizzato dal legislatore nella norma che si osserva trova corrispondenza lessicale proprio nella legge fall., là dove parla di “ripartizione” (art. 110 l. fall.), mentre nel processo di esecuzione il termine costantemente usato è unicamente quello di “distribuzione della somma ricavata”¹⁹².

Confermativa della tesi così prospettata risulta la previsione in termini di facoltà dell'intervento del curatore nella procedura esecutiva fondiaria: essa sottolinea che il mancato esercizio di tale potere non può arrecare alcun pregiudizio alle posizioni sostanziali dei creditori ammessi al passivo. L'intervento del curatore, oltre a consentire al fallimento di acquisire immediatamente le eventuali somme eccedenti il credito dichiarato dal fondiario, verrebbe a rispondere ad una generica funzione di controllo della legittimità e della regolarità degli atti realizzati nell'ambito della procedura fondiaria; nell'ipotesi di supposta o accertata inesistenza del carattere fondiario del diritto di credito esercitato, l'intervento potrebbe rispondere anche

¹⁹⁰Cfr. COPPOLA, *L'esecuzione individuale di credito fondiario in pendenza di fallimento: possibile regolamentazione di un non semplice rapporto*, cit., p. 127.

¹⁹¹PELLIZZONI-FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio fondiario ex art. 41 comma 2 t.u.l.b. alla luce del decreto correttivo*, cit., p. 615.

¹⁹²In questo senso TEDESCHI, *Credito fondiario e procedura concorsuali*, cit., p. 603.

all'esigenza di paralizzare l'esecuzione¹⁹³.

Il giudice dell'esecuzione singolare quindi opererà una distribuzione provvisoria, sulla scorta del conguaglio tra il credito dichiarato dall'istituto e il prezzo ricavato dalla vendita forzata del bene ipotecato, e l'eventuale residuo sarà già in tal sede attribuito al curatore che sia intervenuto.

Il riparto definitivo, però, sarà solo quello fallimentare operato dal giudice delegato, in cui il credito fondiario sia stato ammesso ed utilmente collocato. L'attribuzione effettuata dal giudice dell'esecuzione a vantaggio del creditore fondiario precedente non si consolida quindi fino al momento in cui il progetto di ripartizione non viene dichiarato esecutivo ai sensi dell'art. 110 ult. comma¹⁹⁴.

Il privilegio si risolve dunque in una anticipazione di valuta, che consente alla banca di disporre quanto a lei spettante, ma non di importi superiori, in via anticipata rispetto al momento in cui si determina, con l'esecuzione del piano di riparto, il *quantum* spettante a ciascun creditore¹⁹⁵. Come abbiamo già avuto modo di evidenziare, la *ratio* del privilegio esecutivo coincide con il riconoscimento per la banca della disposizione di liquidità senza attendere i tempi della procedura, ma non certo nell'attribuire ad essa più di quanto risulta lei spettante in sede fallimentare¹⁹⁶.

La banca, in sostanza, beneficia della facoltà di vendere il bene ipotecato e di trattenere il ricavato della propria vendita, ma solo in via provvisoria; in sede di riparto fallimentare il suo credito dovrà essere ammesso ed utilmente collocato affinché l'attribuzione si stabilizzi. La somma ricavata dall'esecuzione eccedente la quota che risulta in tal modo spettante all'istituto fondiario dovrà essere restituita al fallimento. Di conseguenza, in caso di mancata insinuazione, dovrà essere restituito

¹⁹³PANZANI, *Credito fondiario, esecuzione immobiliare e fallimento*, cit., p. 1168; PELLIZZONI-FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio fondiario ex art. 41 comma 2 t.u.l.b. alla luce del decreto correttivo*, cit., p. 615.

¹⁹⁴PENTA, *I rapporti tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale. Il credito fondiario*, cit., p. 294.

¹⁹⁵BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali nel "Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia"*, in *Giur. Comm.*, 1994, p. 1020.

¹⁹⁶In questo senso anche COSTA, *Le operazioni di credito speciale nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 317.

l'intero¹⁹⁷.

Il raccordo così individuato sembra porsi come la soluzione intrinsecamente più equilibrata e maggiormente rispondente alle norme dei due sistemi normativi, quello fallimentare e quello bancario, idonea a garantire il funzionamento del sistema fallimentare nel rispetto del *favor* attribuito al creditore fondiario. Tale configurazione nulla toglie al privilegio accordato all'istituto mutuante (consistente nella possibilità di entrare più rapidamente nella disponibilità delle somme ad esso dovute, anche attraverso la riscossione delle rendite dell'immobile ipotecato). Al tempo stesso, non deroga sul piano sostanziale all'esigenza, ormai tassativamente prescritta dalla legge fallimentare, che ogni credito debba essere accertato dal giudice delegato esclusivamente nell'ambito del fallimento e nelle forme previste per questo processo¹⁹⁸, nel rispetto del generale principio della universalità dell'esecuzione fallimentare¹⁹⁹.

13. Rimedi necessari per ottenere la restituzione dell'eventuale surplus attribuito all'istituto in sede esecutiva

Stabilita la natura esclusivamente processuale del privilegio esecutivo attribuito

¹⁹⁷Cass. 13996/2008, cit., ha stabilito che qualora in creditore fondiario non abbia chiesto l'ammissione al passivo il curatore può (*recte*, deve) chiedergli la restituzione della somma che gli è stata assegnata in sede esecutiva. In questo senso anche BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 202, PENTA, *I rapporti tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale. Il credito fondiario*, cit., p. 295.

¹⁹⁸TEDESCHI, *Credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 604.

¹⁹⁹Inteso nel senso che questa investe la totalità del patrimonio del fallito per destinarlo al soddisfacimento di tutti i creditori attraverso l'organizzazione giudiziaria del concorso. Così TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, cit., p. 563. Nello stesso senso anche CANTELE, osservazioni a Cass.5267/1998, cit., p. 519; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 202; COPPOLA, *L'esecuzione individuale di credito fondiario in pendenza di fallimento: possibile regolamentazione di un non semplice rapporto*, cit., p. 128.

all'istituto erogatore del finanziamento a medio e lungo termine garantito da ipoteca di primo grado, non è più possibile indugiare sulla necessità che il credito fondiario, unitamente alla garanzia ipotecaria che lo assiste, debba essere (al pari di tutti gli altri crediti) oggetto di verifica in sede fallimentare.

La distribuzione della somma ricavata dalla liquidazione promossa in sede esecutiva potrà attuarsi (provvisoriamente) già nell'ambito dell'espropriazione individuale sulla base del riparto operato dal giudice dell'esecuzione; il curatore potrà esercitare la facoltà di intervenire per farsi attribuire la somma che eventualmente residuasse dopo la soddisfazione del credito (ancorché nel fallimento il suo diritto al concorso non sia ancora stato accertato).

Una volta che il giudice delegato avrà approvato il piano di riparto però, là dove al creditore fondiario sia riconosciuto una somma inferiore a quella provvisoriamente attribuitagli, l'istituto sarà tenuto a restituire quanto risulterà aver riscosso in eccedenza rispetto alla quota che gli spetta²⁰⁰.

Se poi, come evidenziato in precedenza²⁰¹, l'istituto non sia ammesso al passivo (o non abbia avanzato la richiesta di insinuazione) ovvero non sia utilmente collocato nei riparti, avrà l'onere di restituire integralmente al fallimento le somme percepite²⁰².

Così, del resto, si legge nell'inciso, più volte ricordato, del comma 2 dell'art. 41 T.U.B. là dove dispone che "La somma (provvisoriamente attribuita al termine dell'esecuzione singolare) eccedente la quota che in sede di riparto (fallimentare) risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento"²⁰³.

In numerose pronunce, è stato puntualizzato che il curatore che pretenda, in tutto o in parte, la restituzione di quanto l'istituto di credito fondiario ha conseguito nella

²⁰⁰In tal senso TEDESCHI, *Credito fondiario e procedure concorsuali*, cit., p. 603.

²⁰¹V. p. 185-186.

²⁰²A titolo esemplificativo Cass. 13996/2008, cit. e Trib. Santa Maria di Capua Vetere, 4 maggio 2007, cit.

²⁰³Medesima interpretazione è proposta da COSTA, *Le operazioni di credito speciale nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 316; BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali nel "Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia"*, cit., p. 1019.

procedura esecutiva individuale, ha l'onere di dimostrare che il credito dell'istituto è risultato, integralmente o parzialmente, incapiente²⁰⁴.

Si pongono numerosi i problemi qualora, in conformità alla prospettiva che nel corso dell'indagine ci si è proposti di criticare, l'onere così attribuito al curatore prescindendo dalla partecipazione dell'istituto alla procedura fallimentare e l'intervento del curatore sia l'unico adempimento ritenuto idoneo a realizzare il coordinamento tra le due procedure. Ragionando invece nei "nostri" termini, dunque considerando irrinunciabile l'insinuazione del credito fondiario al passivo (pena la totale inutilità dell'espropriazione singolare per il creditore procedente, che in assenza di conguaglio con la procedura fallimentare nulla avrà diritto a trattenere a soddisfazione del proprio credito), una volta che sia intervenuta la graduazione dei crediti e che il piano di riparto sia stato approvato e reso definitivo, il curatore non avrà difficoltà a dimostrare che il credito dell'istituto è risultato incapiente.

Peraltro, ci sembra indiscusso che alla fattispecie in esame non si applichi il principio di irripetibilità di quanto distribuito in sede di riparto di cui all'art. 114 l. fall.; l'attribuzione operata in sede esecutiva riveste carattere meramente provvisorio ed è disposta al di fuori dei riparti fallimentari, verso solo i quali l'art. 114 l. fall. è destinato²⁰⁵.

Dovendosi escludere la possibilità di un "doveroso esercizio di *self-restraint*" da parte del giudice dell'esecuzione²⁰⁶, si ritiene che, qualora la banca non proceda spontaneamente a restituire al fallimento gli importi ricevuti in eccedenza, l'azione di ripetizione dell'indebito prevista dall'art. 2033 c.c. sia il rimedio esperibile dal curatore per la restituzione delle somme (possiamo ora aggiungere, indebitamente

²⁰⁴Così tra le altre Cassazione 23572/2004, cit.

²⁰⁵In questo senso PELLIZZONI-FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio processuale fondiario ex art. 41 comma 2 t.u.l.b. alla luce del decreto correttivo*, cit., p. 615.

²⁰⁶Così Trib. Ivrea, 10 maggio 1995, cit., p. 185. I giudici affermano che tutte le volte che risulti la mancata ammissione al passivo il giudice dell'esecuzione debba, in attuazione di una "elementare istanza di logica ed economia dei mezzi giuridici", arrestare l'esecuzione del credito fondiario sin quando la questione relativa alla ammissibilità del credito sia definitivamente risolta innanzi il suo giudice naturale, ovvero davanti al foro fallimentare.

percette)²⁰⁷.

14. Osservazioni conclusive

A seguito dell'indagine condotta, la *vexata quaestio* dei rapporti tra disciplina speciale sul credito fondiario e quella sulle procedure esecutive concorsuali, alla luce del tessuto normativo attuale e delle difficoltà emerse nella pratica, potrebbe, in sintesi, essere risolta come segue:

- in deroga al divieto di azioni esecutive di cui all'art. 51 l. fall. all'istituto erogatore di finanziamento fondiario è concesso di procedere direttamente *in esecutivis* nonostante l'intervenuto fallimento del mutuatario inadempiente, ed a prescindere dalla domanda di ammissione al passivo fallimentare.
- Alla banca è inoltre riconosciuto il diritto ad incassare *medio tempore* dal curatore, nelle vesti di custode dell'immobile pignorato, le rendite dell'immobile ipotecato; ad essa è inoltre attribuito il diritto all'immediata assegnazione, già in sede esecutiva, della somma ricavata dalla vendita fino a concorrenza del credito in virtù del quale l'istituto ha esercitato l'azione esecutiva.

²⁰⁷ ABETE, *Il credito fondiario tra concorso sostanziale e concorso formale*, cit., p. 564; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, cit., p. 198; PELLIZZONI-FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio processuale fondiario ex art. 41 comma 2 t.u.l.b. alla luce del decreto correttivo*, cit., p. 615; parla espressamente di azione restitutoria anche Trib. Santa Maria di Capua Vetere, 7 maggio 2007, cit. nella cui massima si legge: "(...) l'attribuzione esecutiva, se da un lato è pienamente legittima, dall'altro è provvisoria e non preclude l'azione restitutoria della curatela nell'ipotesi di mancata ammissione o non utile collocazione fallimentare". Del resto già SALETTI, *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, cit., p. 663, pur inserendosi nella prospettiva che negava la necessaria insinuazione del credito fondiario al passivo, ritenendo che ogni questione debba essere risolta in sede esecutiva mediante intervento del curatore, riconosce la *ripetio indebiti* quale strumento di attuazione della *par condicio* laddove in seguito alla chiusura dell'esecuzione individuale, nel prosieguo del fallimento siano emersi crediti di grado *potiore*. V. p. 164-166.

- Le somme incassate rivestono carattere provvisorio in quanto la pretesa del creditore fondiario deve essere vagliata dagli organi preposti alla verifica del passivo in relazione agli altri crediti e delle relative cause di prelazione. Il diritto alla ritenzione degli importi ricavati dalla liquidazione posta in essere in sede singolare esime la banca dalla immediata restituzione; esso deve ritenersi giustificato dalla volontà di evitare che il privilegio esecutivo si trasformi in un gravoso e non remunerato onere privo di ogni concreta utilità per il creditore procedente.
- Nel corso dell'esecuzione fondiaria, al curatore è riconosciuta la facoltà di intervenire al fine di esercitare una generica funzione di controllo e di far attribuire al fallimento, già in sede esecutiva, le somme eccedenti il credito fondiario azionato.

Il momento di raccordo tra procedura esecutiva individuale e procedura concorsuale non può però essere rimesso (come peraltro si è cercato di sostenere) esclusivamente alla partecipazione del curatore all'esecuzione promossa dalla banca. La soluzione non ci sembra praticabile per due motivi: l'intervento della curatela è previsto in termini di facoltatività; pertanto esso non sarebbe idoneo a garantire la *par condicio creditorum* ed il rispetto degli eventuali crediti di grado anteriore. Infatti, anche là dove il curatore disponesse di uno stato passivo definitivo, non sarebbe legittimato a farlo valere in ambito *extra* fallimentare; inoltre, non potrebbe essere attribuito in alcun modo carattere definitivo e vincolante anche nei confronti del concorso all'accertamento compiuto dal giudice dell'esecuzione nella sede che gli è propria, giusta la mancanza delle tutele e delle garanzie invece assicurate nell'ambito del procedimento di accertamento e di verifica dei crediti nella procedura fallimentare. Infine, non si deve trascurare la natura meramente processuale del privilegio esecutivo concesso al fondiario, costantemente ribadita in dottrina e in giurisprudenza; ragionando diversamente, si finirebbe

per attribuire al privilegio una veste sostanziale.

- Perciò, sia che il curatore sia intervenuto nella procedura esecutiva individuale, sia che non abbia esercitato tale facoltà, non è possibile prescindere dall'onere del creditore fondiario di insinuarsi al passivo fallimentare per sottoporre a verifica il proprio credito e la relativa collocazione, in conformità al disposto dell'art. 52 co. 3 l. fall.

Pertanto, l'assegnazione provvisoria eseguita in sede esecutiva deve necessariamente attendere l'accertamento fallimentare e l'utile collocazione nel relativo piano di riparto, per poter divenire definitiva.

- Là dove, sulla base della graduazione operata dal giudice delegato al fallimento, la banca dovesse aver percepito degli importi in eccedenza, essa sarà tenuta a restituire al fallimento lo scarto tra ciò che ha ricevuto dall'aggiudicatario in sede di esecuzione individuale e ciò che le risulta spettante in sede di riparto fallimentare. Avrà l'obbligo di restituire l'intero qualora non figuri nel riparto per non essersi insinuata. Quando l'istituto non proceda spontaneamente alla restituzione degli importi, il curatore sarà legittimato a procedere nei suoi confronti mediante azione di ripetizione dell'indebito.

BIBLIOGRAFIA

INDICE DEGLI AUTORI E DELLE OPERE CITATE

ABETE, *Il credito fondiario tra concorso sostanziale e concorso formale*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1996, p. 558.

ANDRIOLI, voce “*Fallimento*” (dir. Priv. e proc.), in *Enc. dir.*, Milano, 1967, XVI, p. 447.

BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*, Trento, 2008, p. 297 e ss.

BIONDI, *Esecuzione immobiliare e credito fondiario in caso di fallimento del debitore*, in *Dir. Fall.*, 1957, p. 5 e ss.

BONELLI, *Del fallimento (commentario al codice del commercio)*, 3° ed. rielaborata in rapporto alla nuova legislazione, alla dottrina e alla giurisprudenza, Milano, 1938-1939, vol. I, n. 314, p. 692.

BONFANTE, *Domanda di ammissione al passivo e normative sul credito fondiario*, in *Giur. Comm.*, 1978, II, p. 896.

BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali nel “Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia”*, in *Giur. Comm.*, 1994, p. 1010.

BONGIORNO, *Esecuzione forzata per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1966, I, p. 419.

BONSIGNORI, *Della liquidazione dell'attivo*, sub. art. 105, in *Commentario alla legge fallimentare*, (a cura di) Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 41.

—, *Fallimento e credito fondiario ancora in Cassazione*, in *Dir. Fall.*, 1974, p. 454.

—, nota a Cass. 10 aprile 1974, n. 1012 in *Dir. Fall.*, 1974, II, p.454.

—, sub. art. 201, in *Commentario alla legge fallimentare*, (a cura di) Scialoja-Branca,

Bologna-Roma, 1974, p. 151 e 152.

BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo Testo Unico Bancario*, Padova, 1996.

—, *Il difficile coordinamento tra la normativa sul credito fondiario e quella fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 1985, II, p. 369 ss.

—, *La perpetuazione dei privilegi degli istituti di credito fondiario*, in *Il Fallimento*, 1994, p. 785.

BRUSCHETTA, *Legittimazione del curatore nell'esecuzione di credito fondiario*, in *Il Fallimento*, 2004, p. 1320.

CAMPESE, *L'espropriazione forzata immobiliare*, Milano, 2006, p. 244-249.

CANTELE, osservazioni a Cass. 15 gennaio 1998, n. 314 in *Il Fallimento*, 1998, p. 814.

—, osservazioni a Cass. 28 maggio 1998, n. 5267 in *Il Fallimento*, 1999, p. 518.

CARBONE, *Il credito fondiario tra risoluzione speciale ed esecuzione individuale*, in *Il Fallimento*, 1996, p. 1145.

CARNACINI, *Sulla vendita fallimentare del bene ipotecato dal credito fondiario*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1985, p. 246.

CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1939, p. 909.

CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1925, p. 615.

CIOTOLA, *L'esecuzione degli istituti di credito fondiario nel fallimento del debitore*, in *Dir. Fall.*, 1956, I, p. 21 e ss.

COLOMBINI, osservazioni a Cass. 19 febbraio 1999, n. 1396 in *Il Fallimento*, 2000, p. 80.

—, *Tutela del credito fondiario nel fallimento*, in *Il Fallimento*, 1996, p. 186.

CONSOLO, sub. art. 524, in *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007, p. 3816 e ss.

—, sub. art. 550, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., p. 3914 e ss.

—, sub. art. 555, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., p. 3947e ss.

—, sub. art. 561, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., p. 3983 e ss.

COPPOLA, *L'esecuzione individuale di credito fondiario in pendenza di fallimento: possibile regolamentazione di un non semplice rapporto*, in *Dir. e Giur.*, 2008, I, p. 112.

COSTA, *Il credito fondiario nelle procedure esecutive e nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. Fall.*, 1994, p. 563.

—, *Le operazioni di credito speciale nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. Fall.*, 1995, p. 313.

COSTANTINO, *Le espropriazioni forzate speciali*, Milano, 1984, p. 145 e ss.

—, *Sui rapporti tra fallimento, espropriazione per credito fondiario ed esecuzione esattoriale*, in *Foro It.*, 1985, p. 1726.

COSTI, voce "Crediti speciali: I, disciplina sostanziale", in *Enc. Giur. Trecc*, X, Roma, 1988, p. 2.

CROCI, *L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lgs. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo*, in *Riv. Es. Forz.*, 2004, p. 349.

DEMARCHI, *Fallimento e altre procedure concorsuali: normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2009.

DI CORRADO, sub. art. 51, in *La legge fallimentare : commentario teorico-pratico*, (a cura di) Ferro, Padova, 2008, p. 51.

DI GRAVIO, *Fallimento e credito fondiario: una coesistenza non più pacifica*. in *Dir. Fall.*, 1982, p. 488 e ss.

—, *Lo slalom gigante dell'espropriazione fra credito fondiario e fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1997, II, p. 398.

DIDONE, *Credito fondiario e fallimento: due privilegi in cerca di una ratio*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 953.

D'ORAZIO, *Il credito fondiario e le prededuzioni nel fallimento*, in *Giur. Merito*, 2008, p. 763.

ESPOSITO, *Il programma di liquidazione: profili applicativi*, in *Il nuovo diritto*

fallimentare, (diretto da) Jorio (coordinato da) Fabiani, II, Bologna, 2007, p. 1670 e ss.

FALCONE, *Riflessioni sulla nozione di "finanziamento" negli artt. 38 e segg. del decreto legislativo n. 385 del 1993: il credito fondiario come contratto*, in *Dir. Fall.*, 1999, I, p. 659 e ss.

—, sub. art. 38, in *Testo Unico bancario. Commentario*, (a cura di) Porzio, Belli, Losappio, Rispoli, Farina, Santoro, Milano, 2010, p. 367.

FASCIANO, *Credito fondiario e fallimento alla luce dell'odierna legge fallimentare*, in *Giur. It.*, 2009, p. 1483 ss.

FOSCHINI, voce "*Fallimento: effetti per i creditori*", in *Enc. Giur. Trecc*, XIII, Roma, 1988, p. 1.

GUALANDI, *Creditori iscritti e creditore sequestrante nell'espropriazione forzata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1959, p. 214 e ss.

—, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 160.

INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori : art. 51-63 sub. art. 51*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1988.

LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, p. 209 e ss.

LANFRANCHI, *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, Milano, 1982, p. 67 e ss.

LASCARO, *Le deroghe al divieto di esecuzioni individuali nel fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2005, p. 1062-1064.

LO CASCIO, sub art. 51, in *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, p. 414.

MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della Riforma*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 1231.

MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di petitum e causa petendi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1984, p. 463 e ss.

MARIANI, *Credito fondiario e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1998, p. 577.

MARTINELLI, *Diritto di difesa e impugnazione dei provvedimenti di liquidazione*

fallimentare, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1967, p. 466.

MARTINETTO, *Rapporti tra fallimento ed espropriazione forzata*, in *Dir. Fall.*, 1969, I, p. 193.

NARDECCHIA, *Il difficile rapporto tra credito fondiario e fallimento: irrisolte incertezze interpretative e recenti novità legislative*, in *Il Fallimento*, 2008, p. 189.

OLIVIERI, *In tema di credito fondiario e azione esecutiva individuale*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2000, p. 277.

ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, in *Studi in onore di L. Montesano*, Padova, 1997, II, p. 839.

PADOVINI *Concorso della liquidazione fallimentare con l'azione esecutiva immobiliare degli istituti di credito fondiario?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1985, p. 575.

PANZANI, *Credito fondiario, esecuzione immobiliare e fallimento*, in *Il Fallimento*, 1994, p. 1163.

—, *Esecuzione promossa dal credito fondiario e nomina del custode dell'immobile*. in *Il Fallimento*, 1994, p.1277.

PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 1145.

PELLIZZONI-FIORENTIN, *Osservazioni sul privilegio processuale fondiario ex art 41 comma 2 t.u.l.b. alla luce del decreto correttivo*, in *Il Fallimento*, 2008, p. 613.

PENTA, *I rapporti tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale. Il credito fondiario*, in *Dir. Fall.*, 2010, p. 286.

PETRAGLIA, *Contratto di finanziamento e formalità ipotecarie nel credito fondiario*, in *Notariato*, 1997, p. 187.

—, *Crediti fondiari: esecuzione individuale e procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 52.

—, *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997, p. 33 e ss.

—, *Rapporti tra credito fondiario, fallimento, esecuzione individuale e preclusioni*, in *Il Fallimento*, 1996, p. 1129.

PIGA, *La risoluzione per inadempimento e il ritardo nell'adempimento delle operazioni di credito fondiario*, in *Giust. Civ.*, 1996, p. 54.

POMPONIO, *Esecuzione individuale e fallimento del debitore*, in *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, (a cura di) Cendon, Milano, 2006, III, p. 1623.

—, *L'esecuzione per crediti fondiari*, in *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, (a cura di) Cendon, Milano, 2006, II, p. 1186.

PURCARO, *Esecuzione esattoriale e fallimento*, Milano, 1978, p.6.

QUATRARO ed ESPOSITO, sub. *art. 104 ter*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, (diretto da) Jorio (coordinato da) Fabiani, cit., p. 1660 e ss.

RAFFONE, *In tema di credito fondiario e fallimento*, in *Dir. e Giur.*, 2008, 2, p. 188.

RAGONESI, *Manuale di diritto e pratica fallimentare*, Milano, 1995, p.93.

RICCI, *Espropriazione forzata e fallimento*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, p. 958.

—, *Lezioni sul fallimento*, II, Milano, 1998, p. 56-63.

SALETTI, *Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, p.799.

—, *Espropriazioni per crediti speciali e fallimento*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, p. 646.

—, *L'espropriazione per credito fondiario alla luce delle modifiche normative e dei primi orientamenti interpretativi*, in *Riv. Es. Forz.*, 2000, p. 15.

—, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, p. 977.

—, *Questioni attinenti alla custodia dell'immobile pignorato*, in *Giur. it.*, 1989, c. 140.

SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 154 e ss.

—, *Diritto processuale civile*, Padova, 1969, p. 47 e ss.

—, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964, p. 256.

—, *Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, p. 173.

SCHETTINI, *Sulla non applicabilità della legge sul credito fondiario, per l'esecuzione immobiliare, in costanza del fallimento del mutuatario*, in *Dir. Fall.*, 1966, p. 231.

SEPE, sub. art. 38, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994, p. 204.

—, sub. art. 41, in Capriglione, *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 318.

STEFANI, *Sulla esperibilità dell'esecuzione fondiaria in pendenza di fallimento*, in *Giust. Civ.*, 1994, I, p. 275 ss.

TARDIVO *Il finanziamento fondiario nella nuova legge bancaria: aspetti processuali nell'art. 41*, in *Studi in onore di L. Montesano*, Padova, 1997, p. 791.

—osservazioni a Cass. 28 luglio 1991, n. 7982 in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1992, p. 505.

—, *Esecuzione fondiaria individuale e insinuazione nel fallimento* in *Vita Notarile*, 1995, p. 193 e ss. e in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 1995, p. 672 e ss.

—, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano, 2006.

—, *Le operazioni di finanziamento immobiliare e il contratto di mutuo: innovazioni normative e giurisprudenziali e recente evoluzione nella prassi bancaria*, in *Vita Notarile*, 2006, p. 106.

—, *L'esecuzione di credito fondiario nel fallimento: un caso anomalo di sostituzione processuale e di capacità del fallito?*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1988, II, p. 273.

—, *Litispendenza e interesse nel processo esecutivo*, in *Riv. Amm.*, 1986, p. 821.

TARZIA, *Azioni esecutive speciali e fallimento*, in *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, cit., p. 514 e in *Riv. Dir. Proc.*, 1989.

—, *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, Padova, 1994.

—, *Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 1957.

—, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. Dir. Proc.* 1978, p. 214.

—, *Interferenze tra l'espropriazione per credito fondiario e il fallimento*, in *Banca Borsa*

e Titoli di credito, 1973.

—, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961.

—, *Processi pendenti e fallimento*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990.

TEDESCHI, *Credito fondiario e procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2002, p. 597.

TERENGI, *Esecuzione di credito fondiario e fallimento*, in *Il Fallimento*, 1999, p. 1073.

TOTA, *Sui rapporti tra azione esecutiva di credito fondiario ed esecuzione fallimentare: una coesistenza problematica*, in *Riv. Es. Forz.*, 2002, p. 553.

VERBENA, *Il credito fondiario: profili legali ed operativi*, Torino, 2005.

VERDE, voce *“Il pignoramento in generale”*, in *Enc. Diritto*, XXXIII, Milano, 1983, p. 789 e ss.

VIANELLO, *Un “revirement” della Cassazione in tema di esecuzione per credito fondiario e concordato preventivo*. in *Dir. Fall.*, 1992, p. 743.

VINDIGNI, *La posizione degli istituti di credito fondiario nel fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1996, II, p. 565.

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA RICHIAMATA

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. 24 febbraio 1958, n. 617, in *Foro it.*, 1958, I, c. 715.

Cass. 19 luglio 1959, n. 2231, in *Foro it.*, 1959, I, c. 1853.

Cass. 15 maggio 1967, n. 1017, in *Foro it.*, I, p. 1152.

Cass. 10 aprile 1974, n. 1012, in *Dir. Fall.*, 1974, II, p. 454 (con nota di BONSIGNORI).

Cass. 10 gennaio 1975, n. 101, inedita.

Cass. 23 giugno 1975, n. 2504, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1976, II, p. 167.

Cass. 2 febbraio 1978, n. 458, in *Giust. Civ. Mass.*, 1978, p. 184; in *Foro it.*, 1978 e in *Mass. Giur. it.*, 1978, p. 103.

Cass. 13 febbraio 1981, n. 76, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce "Fallimento", n. 239.

Cass. 17 giugno 1981, n. 3934, in *Dir. Fall.*, 1981, II, p. 378.

Cass. 10 novembre 1981, n. 5944, in *Dir. Fall.*, 1982, II, p. 334; in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1982, II, p. 17 e in *Rep. Foro it.*, 1982, voce "Fallimento", p. 241.

Cass. 20 novembre 1982, n. 6254, in *Dir. Fall.*, 1983, II, p. 17; in *Il Fallimento*, 1983, p. 599; in *Giust. civ. Mass.* 1982, fasc. 10-11 e in *Foro it.* 1983, I, c. 350.

Cass. 14 aprile 1983, n. 2599, in *Giust. Civ. Mass.*, 1983, fasc. 4.

Cass. 21 ottobre 1983, n. 6186, in *Giust. Civ. Mass.*, 1983, fasc. 9.

Cass. 30 gennaio 1985, n. 582, in *Dir. Fall.*, 1985, p. 383 (con nota di BOZZA) e in *Foro it.*, 1985, I, p. 1722 e ss. (con nota di COSTANTINO).

Cass. 2 aprile 1985, n. 2252, in *Il Fallimento*, 1985, p. 1039 e in *Giust. Civ. Mass.*, 1985,

IV.

Cass. 6 novembre 1986, n. 6487, in *Giust. Civ. Mass.*, 1986, fascicolo 11.

Cass. 3 dicembre 1986, n. 7148, in *Dir. Fall.*, 1987, p. 383.

Cass. 11 marzo 1987, n. 2532, in *Il Fallimento*, 1987, p. 943; in *Giust. civ. Mass.*, 1987, fasc.3; in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 543; in *Foro it.*, 1987, I, p. 2101; in *Banca borsa e Titoli di Credito*, 1988, II, p. 273 (con nota adesiva di TARDIVO).

Cass. 2 marzo 1988, n. 2196, in *Il Fallimento*, 1988, p. 557; in *Foro it.*, 1988, I, p. 2290.

Cass. 7 giugno 1988, n. 3847, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2915; in *Il Fallimento*, 1988, p. 1173.

Cass. 20 dicembre 1988, n. 6952, in *Foro it.*, 1989, I, p. 3174.

Cass. 16 novembre 1989, n. 4882, in *Giust. civ. Mass.* 1989, fasc. 11.

Cass. 14 maggio 1990, n. 4140, in *Il Fallimento*, 1990, p. 1095.

Cass. 9 giugno 1990, n. 5641, in *Il Fallimento*, 1990, p. 1109.

Cass. 23 novembre 1990, n. 11324, in *Il Fallimento*, 1991, p. 558 e in *Dir. Fall.*, 1992, p. 204.

Cass. 7 dicembre 1990, n. 11727, in *Il Fallimento*, 1991, p. 568.

Cass. 28 luglio 1991, n. 7982 in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1992, II, p. 505 (con osservazioni di TARDIVO).

Cass. 7 novembre 1991, n. 11879, in *Il Fallimento*, 1992, p. 149 e in *Dir. Fall.*, 1992, p. 743 (con nota di VIANELLO).

Cass. 18 settembre 1992, n. 10965, in *Dir. Fall.*, 1993, p. 337.

Cass. 28 gennaio 1993, n. 1025, in *Dir. Fall.*, 1993, II, p. 802 e in *Il Falimento*, 1993, p. 720.

Cass. 16 marzo 1993, n. 3127, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, p. 505.

Cass. 5 luglio 1993, n. 7323, in *Fallimento*, 1993, p. 1238 e in *Giur. It.*, 1994, 5.

Cass. 20 settembre 1993, n. 9624, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, p. 1419.

Cass. 12 novembre 1993, n. 11191, in *Il Fallimento*, 1994, p. 372.

Cass. 2 giugno 1994, n. 5352, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1995, II, p. 672 (con nota di TARDIVO); in *Il Fallimento*, 1994, p. 1273 (con nota di PANZANI); in *Vita Notarile*, 1995, p. 193 (nota di TARDIVO),

Cass. 15 giugno 1994, n. 5806, in *Il Fallimento*, 1994, p. 1161 (con nota critica di PANZANI); in *Vita Notarile*, 1995, p. 193 (con nota di TARDIVO); in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 1995, p. 672 (con nota di TARDIVO).

Cass. 1 dicembre 1994, n. 10256, in *Il Fallimento*, 1995, p. 732.

Cass. 3 febbraio 1995, n. 1335, in *Il Fallimento*, 1995, p. 933.

Cass. 3 giugno 1996, n. 5081, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 422; in *Il Fallimento*, 1997, p. 49 (con nota di PETRAGLIA); in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 807.

Cass. 15 aprile 1997, n. 3228, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1998, p. 1 (con nota di TARDIVO).

Cass. 11 giugno 1997, n. 5235, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, p. 963.

Cass. 15 gennaio 1998, n. 314 in *Il Fallimento*, 1998, p. 812 (con osservazioni di CANTELE); in *Foro it.* 1998, I, p. 1934.

Cassazione 19 marzo 1998, n. 2922, in *Il Fallimento*, 1999, p. 363.

Cass. 9 aprile 1998, n. 2801, inedita.

Cass. 28 maggio 1998, n. 5267, in *Il Fallimento*, 1999, p. 517 (con osservazioni di CANTELE); in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1150.

Cass. 9 ottobre 1998, n. 10017, in *Il Fallimento*, 1999, p. 1072 (con nota di TERENCE).

Cass. 19 febbraio 1999, n. 1395, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 2000, II, p. 277 (con nota di OLIVIERI); in *Il Fallimento*, 2000, p. 80 (con osservazioni critiche di COLOMBINI).

Cass. 22 febbraio 2002, n. 2573, in *Il Fallimento*, 2002, p. 250.

Cass. 11 marzo 2003, n. 3550, in *Il Fallimento*, 2003, p. 1295.

Cass. 15 marzo 2004, n. 4522, in *Il Fallimento*, 2004, p. 1050.

Cass. 17 dicembre 2004, n. 23572, in *Fallimento*, 2005, p. 1143 (con nota di PATTI).

Cass. 25 agosto 2006, n. 18513, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 9.

Cass. 20 febbraio 2007, n. 3983, in *Guida al Diritto*, 2007, 14, 49.

Cass. 5 aprile 2007, n. 8609, inedita.

Cass. 14 maggio 2007, n. 11014, in *Guida al diritto*, 2007.

Cass. 11 giugno 2007, n. 13663, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007.

Cass. 28 maggio 2008, n. 13996, in *Guida al diritto*, 2008, p. 41 e in *Diritto e Giustizia*, 2008.

Cass. 4 settembre 2009, n. 19217, in *Dir. Fall.*, 2010, p. 286.

Cass. 17 marzo 2009, n. 6426, in *Guida al diritto*, 2009, 20, 85.

GIURISPRUDENZA DI MERITO

App. Bologna, 24 giugno 1986, in *Dir. Fall.* 1987, II, p. 103.

App. Roma, 17 luglio 1990, in *Giust. Civ.*, 1990, I, p. 2413.

App. Torino, 29 giugno 2007, in *Giur. Merito*, 2008, p. 757 (con nota di D'ORAZIO).

App. Torino, 5 settembre 2007, in *Il Fallimento*, 2008, p. 186.

Trib. Roma, 20 giugno 1955, in *Foro it.*, 1955, I, p. 1579.

Trib. Roma, 30 maggio 1981, in *Dir. Fall.*, 1982, p. 488 (con nota di DI GRAVIO).

Trib. Vicenza, 29 novembre 1981, in *Il Fallimento*, 1986, p. 785.

Trib. Roma, 9 luglio 1982, in *Dir. Fall.*, 1982, II, p. 1957 e in *Il Fallimento*, 1983, p. 600.

Trib. Prato, 27 febbraio 1984, in *Dir. Fall.*, 1984, II, p. 1075.

Trib. Latina, 30 luglio 1984, in *Temì Romana*, 1985, p. 161.

Trib. Firenze, 13 dicembre 1984, in *Dir. Fall.*, 1985, II, p. 575.

Trib. Roma, 13 luglio 1985, in *Il Fallimento*, 1986, p. 216.

Trib. Milano, 9 ottobre 1986, in *Dir. Fall.*, 1986, II, p. 861.

Trib. Lucca, 9 dicembre 1986, in *Dir. Fall.*, 1987, II, p. 530.

Trib. Siena, 9 gennaio 1987, in *Dir. e Giur. Agr.* 1987, p. 358.

Trib. Monza, 9 novembre 1987, in *Il Fallimento*, 1988, p. 491.

Trib. Firenze, 14 febbraio 1989, in *Foro it.*, 1990, I, p. 2299.

Trib. Roma, 7 febbraio 1990, in *Foro it.*, 1990, I, p. 2295.

Trib. Lucca, 24 marzo 1992, in *Giust. Civ.*, 1994, p. 273 (con nota di STEFANI).

Trib. Ivrea, 10 maggio 1995, in *Il Fallimento*, 1996, p. 183 (con nota di COLOMBINI).

Trib. Firenze, 13 settembre 1995, in *Dir. Fall.*, 1996, p. 565 (con nota di VINDIGNI).

Trib. Genova, 6 novembre 1995, inedita.

Trib. Genova, 14 marzo 1996, in *Il Fallimento*, 1996, p. 1127 (con nota di PETRAGLIA).

Trib. Roma, 10 gennaio 1997, in *Dir. Fall.*, 1997, II, p. 398 (con nota di DI GRAVIO).

Trib. Pescara, 7 febbraio 1997, in *Dir. Fall.*, 1998, p. 577 (con nota di MARIANI).

Trib. Roma, 9 gennaio 1998, in *Il Fallimento*, 1997, p. 540.

Trib. Saluzzo, 11 novembre 1999, in *Il Fallimento*, 1999, p. 1945.

Trib. Bologna, 18 marzo 2002, in *Riv. Es. Forz.*, 2002, p. 546.

Trib. Ascoli Piceno, 7 aprile 2005, in *Toga picena*, 2006, p. 101.

Trib. Roma, 26 luglio 2005, in *Giur. Merito*, 2006, p. 642.

Trib. Sulmona, 21 novembre 2005, in *In Giur. it.*, 2006, 2, p. 221.

Trib. Roma, 16 gennaio 2006 in *Redazione Giuffrè*, 2006.

Trib. Napoli, 12 maggio 2006, in *Diritto e Giustizia*, 2006, p. 42.

Trib. Santa Maria di Capua Vetere, 4 maggio 2007, in *Dir. e Giur.*, 2008, p. 112.

Trib. Torino, 10 ottobre 2008, in *Il Fallimento*, 2009, p. 1229 e in *Giur. it.*, 2009, p. 1482 (con nota di FASCIANO).