



**INTERFERENZE TRA
PROCEDURE ESECUTIVE E PROCEDURE CONCORSUALI:
IL CREDITO FONDIARIO**

RIFLESSIONI GIURIDICHE E NOTE OPERATIVE

Commissione Consultiva Procedure Concorsuali: il fallimento

a cura di:

Delegato del Consiglio: *Fabrizio Felter*

Coordinatore: *Aldo Galeri*

Componenti Commissione: *Stefano Benetti Serravesi, Filippo Brunori,*

Andrea Cavalleri, Giovanni De Pandis, Oliviero Di Giorgio,

Giovanna Gambarini, Luca Lazzari, Valeria Mattioli, Stefano Midolo,

Maria Caterina Morandini, Cristina Piotti, Flavio Rada, Giorgio

Brescia, settembre 2020

Indice

1. PREMESSA	PAG. 2
2. IL DIVIETO DI AZIONI ESECUTIVE INDIVIDUALI NELLE PROCEDURE CONCORSALE; LA DEROGA PER IL CREDITORE FONDIARIO	PAG. 3
3. IL CREDITO FONDIARIO: NOZIONE-DIFFERENZE RISPETTO AGLI ALTRI CREDITI	PAG. 6
4. LA PROSECUZIONE DELL'AZIONE ESECUTIVA E L'INTERVENTO DEL FALLIMENTO; L'ONERE DI INSINUAZIONE AL PASSIVO	PAG. 9
1. FACOLTÀ PER IL CREDITORE FONDIARIO DI INIZIARE O PROSEGUIRE ESECUZIONE AUTONOMA IN PENDENZA DI FALLIMENTO; POSSIBILITÀ DI OTTENERE IL PAGAMENTO NELL'ESECUZIONE INDIVIDUALE	PAG. 9
2. LE ALTERNATIVE POSSIBILI PER IL CURATORE:	PAG. 10
A) AMMISSIBILITÀ DI DUPLICAZIONE DELLE PROCEDURE DI VENDITA	PAG. 10
B) DECLARATORIA DI IMPROCEDIBILITÀ E VENDITA IN SEDE FALLIMENTARE	PAG. 11
C) INTERVENTO NELLA PROCEDURA ESECUTIVA PENDENTE	PAG. 15
3. NATURA PROCESSUALE DEL PRIVILEGIO FONDIARIO E ONERE DI INSINUAZIONE AL PASSIVO	PAG. 16

1. PREMESSA

Il presente elaborato esamina il tema della - non sempre pacifica - coesistenza tra Procedure Esecutive immobiliari, coltivate dal creditore cd. “fondiario”, e Procedure Concorsuali, con particolare riguardo al caso del fallimento del debitore esecutato.

L’analisi espone alcune essenziali riflessioni giuridiche e prosegue con note operative, ad uso dei Curatori, tratte dalla Prassi e dai recenti orientamenti adottati dal Tribunale di Brescia.

Il Capitolo 2 esamina il tema del generale divieto di azioni esecutive individuali nel caso in cui il debitore sia assoggettato a Procedure Concorsuali.

Il Capitolo 3 analizza le caratteristiche essenziali del credito fondiario e la disciplina di *favor legis* riconosciuta dal legislatore rispetto alla generalità degli altri crediti.

Il Capitolo 4 descrive i profili di interferenza tra esecuzione individuale e procedura fallimentare e le scelte adottabili dal Curatore, con richiami alla recente prassi del Tribunale di Brescia.

2. IL DIVIETO DI AZIONI ESECUTIVE INDIVIDUALI NELLE PROCEDURE CONCORDATARIE - LA DEROGA PER IL CREDITORE FONDIARIO

Come noto, il concorso dei creditori nel rispetto generale della *par condicio creditorum*, fatte salve le cause legittime di prelazione (come sancito dall'art. 2741 c.c.), dà rilevanza processuale all'intera fase concordataria.

Il tema del divieto, per ciascun creditore, di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, in caso di assoggettamento del debitore a fallimento, costituisce la conseguenza immediata della *vis attractiva* esercitata da tale Procedura concordataria sull'universalità dei beni del debitore.

Ciò in ossequio al generale principio, stabilito nel nostro ordinamento, della responsabilità patrimoniale del debitore, che risponde delle proprie obbligazioni con l'universalità del proprio patrimonio (*"il debitore risponde delle proprie obbligazioni tutti i suoi beni, presenti e futuri"*), sancita dall'art. 2740 c.c.

Il divieto delle azioni esecutive individuali è, quindi, ben esplicitato nell'art. 51 LF, ove viene sancito che *"Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento"*.

Unico soggetto esentato da tale divieto è il creditore cd. fondiario, che può proseguire nell'azione esecutiva, con l'obbligo di retrocedere al fallimento la somma eventualmente eccedente la quota spettante alla Banca in sede di riparto: l'art. 41, comma 2, D. Lgs. 385/1993 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – T.U.B.) prevede infatti che *"L'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore. La somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento."*

Accanto alla cd. "regola del concorso", totalmente alternativa a quella di diritto comune, vi è l'obbligatorietà, per ogni creditore, del procedimento di accertamento del passivo per vedere riconosciuta qualsivoglia ragione di credito: il Fallimento obbliga tutti i creditori ad accertare le proprie ragioni esclusivamente attraverso l'accertamento del passivo, come esposto nell'art. 52 comma 2 LF: *"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"*.

Tale obbligo riguarda, come noto, anche il creditore fondiario (art. 52 comma 3 LF), per quanto

soggetto esentato dal divieto generale di promuovere azioni esecutive individuali.

Il divieto posto alle iniziative individuali del creditore è, invero, elemento presente, oltre che nel Fallimento, in tutte le procedure concorsuali. Più precisamente:

- Nel concordato preventivo, l'art. 168 comma 2 LF stabilisce il divieto di azioni esecutive dalla data del decreto di ammissione alla procedura di concordato o dal decreto di concessione termine ex art. 161 6° comma LF e fino alla definitività del decreto di omologa¹.

A differenza del fallimento, nel concordato preventivo è previsto un divieto assoluto di azione esecutiva, con un limite temporale (fino alla data di definitività del decreto di omologa). Nella pratica il divieto si protrae anche oltre il decreto di omologa (vale, a tal proposito, il richiamo sulla obbligatorietà del concordato preventivo, nella percentuale e nella modalità di esecuzione, che vincola tutti i creditori, anche i dissenzienti, obbligando il creditore che volesse proseguire l'azione di recupero a chiederne la risoluzione, per poi fare l'azione individuale).

Il caso che solleva le maggiori incertezze è senz'altro relativo agli effetti delle procedure esecutive instaurate prima del deposito della domanda (anche prenotativa). Sul punto non vi è unanimità delle pronunce. Certamente nel CP non vi è revocabilità ex art. 67 LF dei pagamenti eseguiti nella PE ante deposito della domanda, né inefficacia degli stessi, ex art. 44 LF, qualora intervenuti post deposito.

La sentenza della Cassazione n. 25802 del 22.12.2015 chiarisce che la proposizione di una domanda di concordato da parte di un debitore già sottoposto a procedura esecutiva² determina non l'estinzione, ma la non proseguibilità dell'esecuzione, che entra in una situazione di "quiescenza" o "sospensione"; in altre parole, i beni oggetto di P.E. perdono provvisoriamente e *de iure* la destinazione liquidatoria come progettata con il pignoramento, con la conseguenza che il Giudice dell'Esecuzione correttamente provvede, ai sensi degli artt. 486 e 487 cpc, a sospendere la vendita eventualmente fissata³.

- Negli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'art. 182 bis, comma 3, LF chiarisce che *"Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, nè acquisire titoli di"*

¹ *"Dalla data della pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore."*

² di seguito abbreviato anche in P.E..

³ In merito alla sorte dei pagamenti effettuati dall'aggiudicatario in sede di procedura esecutiva, la medesima Corte, con provvedimento n. 24476 del 2.10.2008, aveva stabilito che il divieto di cui all'art. 168 LF non sottrae al creditore pre concordato all'obbligo di restituire alla massa quanto percepito indebitamente, ma libera l'aggiudicatario che adempie, nel corso del concordato e prima del fallimento, all'ordinanza di assegnazione del credito iniziata ante CP.

prelazione se non concordati. Si applica l' articolo 168 secondo comma."

- Nella Liquidazione Coatta Amministrativa vale lo stesso divieto, per rinvio al Capo 3, sezione II della LF (che contiene l'art. 51 LF) fatto dall'art. 201 LF.
- L'Amministrazione Straordinaria delle Grandi Imprese in Crisi (D.Lgs. n. 270 dell'8.7.1999) prevede, all'art. 48, medesima prescrizione: *"Sui beni dei soggetti ammessi alla procedura di amministrazione straordinaria non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali, anche speciali"*.
- Lo stesso dicasi per la disciplina sulla Composizione della crisi da sovraindebitamento: la L. n. 3 del 27.1.2012, all'art. 10 comma 3, disciplina il relativo procedimento: *"All'udienza il giudice, in assenza di iniziative o atti in frode ai creditori, dispone che, per non oltre centoventi giorni, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali ne' disposti sequestri conservativi ne' acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo, da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore"*.

Analogo divieto si ritrova, altresì, per quanto estranea alle Procedure Concorsuali, nella disciplina sul dissesto degli Enti Pubblici, (D. Lgs. N. 267 del 18.8.2000 Testo Unico degli Enti Locali – T.U.E.L.), nelle norme che regolamentano la procedura di riequilibrio finanziario dell'Ente e la pronuncia di dissesto per le Pubbliche Amministrazioni. Infatti:

- L'art. 243 bis prevede la sospensione di esecuzioni nella fase di procedura di riequilibrio finanziario pluriennale dell'ente (sono i comuni in crisi). La Procedura viene approvata dalla Corte dei Conti. La sospensione cessa alla dichiarazione di non approvazione del piano⁴;
- L'art. 248 comma 2 prescrive il divieto assoluto di azioni esecutive tra la data di dichiarazione di dissesto dell'Ente ed il deposito del rendiconto – in grande analogia con le norme del cd. rito concorsuale -; l'estinzione d'ufficio delle procedure esecutive pendenti e l'inserimento delle somme dovute per capitale ed accessori nella massa passiva⁵.

⁴ L'art. 243 bis al comma 4 recita letteralmente: *"Le procedure esecutive intraprese nei confronti dell'ente sono sospese dalla data di deliberazione di ricorso alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale fino alla data di approvazione o di diniego di approvazione del piano di riequilibrio pluriennale di cui all'articolo 243 quater, commi 1 e 3"*.

⁵ Art. 248 comma 2: *"Dalla data della dichiarazione di dissesto e sino all'approvazione del rendiconto di cui all'articolo 256 non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive nei confronti dell'ente per i debiti che rientrano nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione. Le procedure esecutive pendenti alla data della dichiarazione di dissesto, nelle quali sono scaduti i termini per l'opposizione giudiziale da parte dell'ente, o la stessa benché proposta è stata rigettata, sono dichiarate estinte d'ufficio dal giudice con inserimento nella massa passiva dell'importo dovuto a titolo di capitale, accessori e spese"*.

3. IL CREDITO FONDIARIO: NOZIONE – DIFFERENZE RISPETTO AGLI ALTRI CREDITI

Di seguito si richiamano alcune note relative alla disciplina riservata al credito fondiario, al fine di far emergere i principali aspetti che differenziano tale categoria di credito rispetto agli altri creditori ammessi al concorso.

DEFINIZIONE DI CREDITO FONDIARIO

In base all'art. 38 TUB il credito fondiario è un'operazione avente ad oggetto la concessione di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili.

Il secondo comma del medesimo articolo stabilisce che la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, possa determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, il quale deve essere calcolato in relazione al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da realizzare sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisca la concessione di finanziamenti.

L'attuale limite massimo di finanziabilità è fissato dalla delibera del CICR del 22 aprile 1995 (e dalle conseguenti istruzioni applicative di Banca d'Italia) ed è pari all'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sui beni medesimi; tale percentuale può essere innalzata fino al 100% attraverso il rilascio di garanzie integrative.

Gli elementi caratteristici del credito fondiario sono, pertanto, i seguenti:

1. concessione di un finanziamento assistito da un'ipoteca di primo grado sugli immobili che formano oggetto della garanzia;
2. durata medio-lunga del finanziamento;
3. rispetto del un rapporto percentuale tra il valore dei beni ipotecati e l'importo finanziato, determinato dal CICR e dalla Banca d'Italia.

PRIVILEGI DEL CREDITO FONDIARIO

La disciplina di favore concessa dal legislatore per il mutuo fondiario – molto risalente nel tempo e già prevista nel T.U. approvato con R.D. 16 luglio 1905 n. 646 - si concretizza, essenzialmente, nelle seguenti norme agevolative in rapporto alle procedure concorsuali, che non proteggono altri creditori:

1. esenzione da revocatoria per la concessione di ipoteche a garanzia dei finanziamenti, se iscritte da almeno dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza di fallimento (*cd.*

consolidamento breve della garanzia ipotecaria); esenzione da revocatoria per i pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari⁶ (art 39 T.U.B.);

2. diritto degli istituti di credito di poter continuare o iniziare l'azione esecutiva individuale pur in presenza del fallimento del debitore (art 41 T.U.B.);
3. destinazione delle rendite prodotte dagli immobili ipotecati a proprio favore (art 41 T.U.B.).

La ragione dichiarata di questo *favor legis* era la volontà di favorire l'erogazione di finanziamenti a supporto dell'attività imprenditoriale e del tessuto economico del Paese, garantendo sicurezza nella restituzione delle somme date a mutuo.

E' indubbio, peraltro, che nonostante il tempo trascorso, i numerosi tentativi di riforma ed i propositi della Legge Delega per la Riforma delle procedure concorsuali, i privilegi permangono.

L'impostazione in vigore viene recepita anche nelle norme del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza. Il nuovo C.C.I.I. non prevede alcuna eliminazione delle speciali prerogative riconosciute al creditore munito privilegio fondiario (anche se meramente processuale) previste oggi nell'art. 41 del T.U.B.. Non compare, in altre parole, alcun cenno principio enunciato nell'originario disegno di legge (2017) contenente la Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza che, all'art. 7, comma 4, prescriveva l'adozione di misure dirette ad escludere ogni operatività di privilegi anche fondiari⁷.

Il nuovo C.C.I.I. conferma, altresì, all'art. 166, la esclusione da revocatoria per le operazioni di credito fondiario, oggi disciplinato dall'art. 67, comma 4, LF: *“Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali.”*

La Corte Costituzionale, chiamata più volte ad esprimersi in merito alla legittimità costituzionale del regime privilegiato delle norme sul credito fondiario, ha sempre ribadito la costituzionalità della disciplina agevolativa del credito di natura fondiaria rispetto alle altre forme di credito (cfr. Sent. Corte Cost. n. 175 del 22.6.2004 in tema di legittimità costituzionale dell'art. 38 TUB e 67 LF in tema di revocatoria). Per la Corte tale finalità appare assolutamente legittima e meritevole di tutela

⁶ Disposizione che si ritrova nell'art. 67 LF;

⁷ *“La procedura di liquidazione giudiziale è potenziata mediante l'adozione di misure dirette a: a) escludere l'operatività di esecuzioni speciali e di privilegi processuali, anche fondiari; prevedere, in ogni caso, che il privilegio fondiario continua ad operare sino alla scadenza del secondo anno successivo a quello di entrata in vigore del decreto legislativo ovvero dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della delega di cui all'articolo 1”.*

da parte dell'ordinamento. Anche parte della dottrina ha deciso di pronunciarsi a sostegno della legittimità costituzionale, confermando la disciplina di maggior favore prevista per le banche in relazione alle operazioni di credito fondiario e individuando la *ratio* nell'intento di favorire la valorizzazione della proprietà immobiliare facilitandone l'eventuale smobilizzo.

4. LA PROSECUZIONE DELL'AZIONE ESECUTIVA E L'INTERVENTO DEL FALLIMENTO; L'ONERE DI INSINUAZIONE AL PASSIVO

Se, da un lato, rimane assodato che la regola del fallimento è totalmente alternativa a quella di diritto comune, così da potersi affermare che la procedura fallimentare è universale, coinvolge tutti i beni del debitore e costringe tutti i creditori alla regola del concorso, dall'altro è parimenti vero che il problema dei rapporti tra esecuzione individuale e fallimento non è, ad oggi, risolto.

Gli aspetti essenziali delle “interferenze” e “coesistenze” tra le due Procedure (prendendo ispirazione, tra tutte, dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 23572 del 17.12.2004 che affronta molto chiaramente gli essenziali temi) sono schematizzabili nei punti di seguito indicati, esaminati nel prosieguo:

1. Facoltà per il creditore fondiario di iniziare o proseguire esecuzione autonoma in pendenza di fallimento; possibilità di ottenere il pagamento nell'esecuzione individuale;
2. Le alternative possibili per il Curatore: a) ammissibilità di duplicazione delle procedure di vendita; b) declaratoria di improcedibilità e vendita in sede fallimentare; c) intervento nella Procedura Esecutiva pendente;
3. Natura processuale del privilegio fondiario e onere di insinuazione al passivo.

1. Facoltà per il creditore fondiario di iniziare o proseguire esecuzione autonoma in pendenza di fallimento; possibilità di ottenere il pagamento nell'esecuzione individuale

Il potere dell'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 (Cass. n. 13996/2008). Tale principio trova affermazione indipendentemente dal soggetto che ha dato impulso alla procedura esecutiva. Pertanto qualora sia stato soggetto terzo a promuovere detta procedura, la banca sarà legittimata ad intervenire per chiedere l'assegnazione, in forza del privilegio fondiario, del ricavato della vendita forzata.

2. Le alternative possibili per il Curatore: a) ammissibilità di duplicazione delle procedure di vendita; b) declaratoria di improcedibilità e vendita in sede fallimentare; c) intervento nella Procedura Esecutiva pendente;

a) Ammissibilità di duplicazione delle procedure di vendita

L'esistenza di una P.E. già instaurata dal creditore fondiario non impedisce al fallimento, nelle more intervenute, di promuovere autonoma vendita del bene immobile oggetto di garanzia. L'ordinamento giuridico ammette, in linea di principio, la possibilità di effettuare due distinte procedure di vendita, per quanto tale eventualità sia palesemente non funzionale ed antieconomica, dal punto di vista processuale e sostanziale.

In linea di principio, nell'ipotesi in cui il Curatore abbia argomentazioni valide a supporto della maggiore celerità o vantaggiosità economica della vendita in sede fallimentare, il Giudice Delegato al fallimento, ben potrà disporre l'autonoma vendita dei beni ex art. 107 LF, senza dover attendere l'esito della Procedura Esecutiva.

L'inevitabile conflitto tra i due procedimenti si risolve, per la giurisprudenza maggioritaria (Cass. 28.1.1993, n. 1025 e, più di recente, Cass. 30.11.2015, n. 6377) sulla base dell'antiorità del provvedimento che dispone la vendita. In sostanza, vale il principio per cui "*chi mette in vendita ferma l'altro*".

Il problema è stabilire con esattezza il provvedimento che dispone la vendita, in presenza, non solo nel fallimento ma anche nel Processo Esecutivo, di soggetti delegati alle relative operazioni. Non è sempre chiaro il momento in cui la vendita viene disposta.

Nella prassi – anche del Tribunale di Brescia - il momento può essere individuato nella pubblicazione del bando di vendita. Ciascuno dei due soggetti potrebbe, in linea di principio, esperire autonomo bando dopo ogni pubblicazione.

In tale situazione – come già detto, possibile – la questione più rilevante è relativa alla sorte degli atti compiuti in violazione di tale divieto (ad esempio, l'avvio di una vendita fallimentare con aggiudicazione a favore di terzi nonostante la pubblicazione di un'asta nella P.E.).

La soluzione adottata nella prassi pare essere quella per cui gli atti in questione, se non tempestivamente impugnati, restano validi.

Nel caso in cui la vendita degli immobili ipotecati a garanzia di un finanziamento fondiario avvenga in sede fallimentare, il Curatore non è tenuto a consegnare anticipatamente al creditore fondiario il ricavato della vendita.

b) Declaratoria di improcedibilità e vendita in sede fallimentare

La richiesta di declaratoria di improcedibilità dell'azione esecutiva promossa dal Curatore si presenta non facile.

I casi immediatamente individuabili a sostegno dell'improcedibilità dell'azione esecutiva sono quelli di seguito individuati:

1. Contestazione sulla titolarità stessa del diritto di credito: tale fattispecie si verifica quando il Curatore, in sede di ammissione allo stato passivo, rigetta la domanda di insinuazione per esclusione della titolarità del diritto di credito in capo all'istante. In tal caso il Curatore può chiedere la declaratoria di improcedibilità della P.E. pendente, per difetto della qualità di creditore fondiario in capo al precedente. Lo strumento di opposizione agli atti esecutivi sarà deciso dal G.E. con ordinanza reclamabile ex artt. 624-669 cpc. Interessante, in tal senso, è l'ordinanza del 28.10.2016, nella quale il Tribunale di Brescia ha rigettato il reclamo proposto dalla precedente (cessionaria di plurimi contratti di finanziamento) contro il provvedimento di sospensione della P.E. disposto dal G.E. (su istanza del Curatore) una volta accertato il rigetto dell'ammissione al passivo nel fallimento. Il motivo del rigetto – accolto poi anche in sede esecutiva - si basava sulla circostanza che l'istante, non titolare originario del finanziamento, ma cessionario di più crediti, asseriva la propria natura di creditore in virtù di una operazione di cd. “*cartolarizzazione*” cumulativa di crediti, operata dall'originaria Banca finanziatrice in suo favore. L'allegazione documentale, però, non consentiva l'individuazione specifica del rapporto contrattuale oggetto di insinuazione al passivo, non permettendo, pertanto, di attribuire in modo inoppugnabile al cessionario la titolarità dello *specifico* rapporto di finanziamento fondiario.
2. Improcedibilità parziale per parte degli immobili sottoposti a P.E.: ipotesi che si verifica quando il creditore precedente agisce, per alcuni immobili, in virtù di un finanziamento non fondiario. Ciò si verifica, ad esempio, quando la Banca stipula con il debitore differenti contratti di finanziamento, garantiti da ipoteca su più immobili, ma dei quali solo uno ha la natura di finanziamento fondiario, garantito solo da *alcuni* immobili (e non dalla totalità degli stessi). In tal caso, il Curatore può proporre istanza di improcedibilità dell'azione esecutiva limitatamente agli immobili oggetto di semplice garanzia ipotecaria, ma *non* posti a garanzia del finanziamento fondiario. Si rende necessario, a tale proposito, analizzare i contratti di finanziamento originari, al di là successivi atti di pignoramento che hanno dato impulso all'azione esecutiva e che la Banca può, legittimamente, avere notificato sulla generalità di tutti gli immobili posti a garanzia.

Al di là delle ipotesi sopradescritte, i profili di contestazione più articolati sembrano essere, sostanzialmente, i seguenti:

- la contestazione della natura fondiaria del finanziamento (posto che la facoltà di proseguire la P.E. è concessa solo al creditore fondiario), come il mancato rispetto dei requisiti essenziali contemplati dall'art. 38 del T.U.B. Ad esempio: *i*) la mancanza dell'elemento soggettivo (per intervenuta cessione del credito ad altro soggetto che non sia qualificabile come Banca o come Istituto finanziario ex art. 106 TUB o società sottoposta a vigilanza); *ii*) la mancanza degli elementi oggettivi essenziali come la natura di finanziamento, la durata minima, il grado dell'ipoteca;
- la presenza di vizi nel contratto che ne compromettono la validità, come la simulazione o la nullità del contratto per mancanza di un elemento essenziale dello stesso (mancanza o illiceità della causa o dell'oggetto, contrarietà a norme imperative).

Sul punto si rileva che la giurisprudenza recente limita i casi nei quali si può far accertare la nullità o la simulazione del contratto di mutuo fondiario.

Sebbene l'art. 38 TUB e la dottrina individuino caratteri ben precisi per la determinazione del credito fondiario (finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili, nell'ammontare massimo dell'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi), vi sono numerose sentenze della Cassazione che svincolano la natura fondiaria del credito dai requisiti appena citati.

La definizione di credito fondiario data dal legislatore rifugge dalla individuazione della particolare categoria contrattuale con la quale il finanziamento viene posto in essere (le tipologie contrattuali di erogazione del finanziamento sono molteplici: innanzitutto, il mutuo, ma anche il contratto di apertura di credito), e dall'oggetto del contratto, che non viene tipizzato dalla norma.

La Suprema Corte, in particolare, si è espressa su diversi aspetti, sia riguardo la funzione di mutuo di scopo (Cass. 4792/2012; 943/2012: è irrilevante la finalità del mutuo fondiario che può essere utilizzato per reperire liquidità o ripianare debiti pregressi), sia riguardanti l'eventuale nullità del mutuo fondiario in relazione all'importo erogato, come di seguito illustrato:

NULLITA' O SIMULAZIONE DEL CONTRATTO PER DESTINAZIONE DELLE SOMME

Il legislatore ha unificato le discipline del credito fondiario e del credito edilizio che prima della riscrittura del Testo Unico Bancario godevano di un trattamento differenziato, in quanto:

- a) il credito edilizio veniva qualificato come *mutuo di scopo*, finalizzato esclusivamente alla costruzione, ristrutturazione o al recupero di beni immobili;
- b) il credito fondiario era privo di una specifica destinazione delle somme erogate.

Nonostante la diversa natura giuridica, era prassi comune ritenere che entrambe le ipotesi di credito fondiario fossero caratterizzate dal comune elemento del “*riferimento pressoché esclusivo alla garanzia ipotecaria di primo grado su immobili prevalentemente abitativi o a uso commerciale, con interventi solo marginali per il finanziamento di edifici alberghieri o a uso ufficio*”.

A seguito dell'unificazione dei due istituti è venuta meno ogni possibilità di considerare il credito fondiario come “*mutuo di scopo*”. Non sussistendo più l'obbligo di destinazione delle somme erogate a fronte di finanziamenti ex art. 38 TUB, il percettore non ha alcun vincolo di utilizzo delle somme; pertanto le stesse possono essere utilizzate per l'estinzione di un preesistente debito nei confronti della medesima banca erogante.

Il raggiungimento di tale conclusione, non privo di dibattito, appare oggi consolidato (tra tutti, Cass. sent. n. 19282 del 12.9.2014⁸).

La soluzione adottata dalla Corte ha portato ad ammettere che il contratto di mutuo fondiario possa essere utilizzato per il conseguimento delle finalità più varie e, quindi, anche per risanare una situazione di crisi, senza che gli possa essere contestata la simulazione del contratto di mutuo o l'illiceità della causa. Pertanto, lo strumento tipico di cui agli artt. 38 e ss del T.U.B. ben può essere utilizzato per il conseguimento delle finalità più varie, ivi compresa quella di ripianamento di una passività pregressa. La destinazione della somma erogata non deve essere, necessariamente, un'opera edilizia ed è precluso ogni controllo da parte dell'autorità giudiziaria in merito all'effettivo impiego delle somme⁹.

⁸ La Corte ha evidenziato che: “(...) essendo il contratto di credito fondiario connotato dalla concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili, lo scopo del finanziamento non entra nella causa del contratto, che è data dall'immediata disponibilità di denaro a fronte della concessione di garanzia ipotecaria immobiliare, con restituzione della somma oltre il breve termine (nei limiti ed alle condizioni previste dalla normativa secondaria di settore); laddove, invece, nel mutuo di scopo, legale o convenzionale, la destinazione delle somme mutate è parte inscindibile del regolamento di interessi e l'impegno assunto dal mutuatario ha rilevanza corrispettiva nell'attribuzione della somma, quindi rilievo causale nell'economia del contratto”.

⁹ Stesso orientamento in Cass. 26 marzo 2012, n. 4792; da ultimo, Cass., 13 settembre 2013, Sez. I, n. 21020 “la somma erogata non deve essere destinata necessariamente ad un'opera fondiaria o edilizia e che, quindi, è precluso ogni controllo all'autorità giudiziaria in relazione all'effettiva utilizzazione della somma”.

Giova precisare che le sopraillustrate argomentazioni sono state richiamate dalla Corte di Cassazione per argomentare anche in ordine alla revocabilità in sede fallimentare ex art. 67 LF di un contratto di mutuo ipotecario destinato a ripianare debiti pregressi oppure sulla nullità dell'operazione di finanziamento, in quanto artificiale mantenimento di un'impresa ormai decotta, con possibili reati di bancarotta semplice e ricorso abusivo al credito di cui agli artt. 217 n. 4 e 218 LF (Cassazione, 16081 del 14.6.2019). Le argomentazioni inserite in tale filone giurisprudenziale sono separate da quelle in questa sede esaminate.

NULLITA' O SIMULAZIONE DEL CONTRATTO PER SUPERAMENTO DEL LIMITE FINANZIABILE

Come già precedentemente esposto, l'art 38 TUB al secondo comma stabilisce che è compito della Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da realizzare sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisca la concessione di finanziamenti.

La delibera del CICR del 22 aprile 1995, e dalle conseguenti istruzioni applicative di Banca d'Italia, fissa l'attuale limite massimo di finanziabilità nella misura pari all'80% del valore dei beni ipotecati (credito fondiario) o del costo delle opere da eseguire sui beni medesimi (credito edilizio); fatta salva la possibilità di elevare tale percentuale al 100% attraverso il rilascio di garanzie integrative.

Se in passato la giurisprudenza di merito¹⁰ aveva affermato che l'inosservanza dei limiti indicati comportasse la nullità del contratto limitatamente alla parte esuberante (che si converte in un finanziamento ipotecario ordinario), con il passare degli anni l'orientamento di legittimità è stato modificato, fino alle ultime decisioni che registrano, nuovamente, un cambio di rotta.

Secondo l'orientamento precedente (Cass. 28.11.2013 n. 26672), si affermava come, dalla violazione del suddetto limite di finanziabilità, pari all'80% del valore dell'immobile, non potesse discendere la nullità del contratto di mutuo fondiario (concretizzandosi, in altre parole, un'ipotesi di **nullità cd. virtuale**), per contrarietà del contratto a norme imperative, in difetto di espressa previsione. La disposizione sul limite di finanziabilità era univocamente considerata un limite prudenziale al quale doveva attenersi la Banca: una norma di buona condotta per l'Istituto, e non una norma inderogabile sulla validità del contratto. Ne è sempre conseguito che il superamento del limite di finanziabilità avrebbe comportato non la nullità del contratto, ma la possibilità di irrogazione di sanzioni previste dall'ordinamento bancario, nonché eventuale responsabilità verso

¹⁰ Tribunale di Venezia 10 maggio 2012 (pronuncia in merito alla validità di un contratto di mutuo fondiario a seguito del superamento del limite massimo finanziabile).

gli amministratori della banca, ma in ogni caso senza configurare una causa di nullità, parziale o totale, del contratto di mutuo.

Radicale, tuttavia, è stato il cambiamento di rotta negli ultimi tre anni: con sentenza n. 17352 del 13.7.2017¹¹ – e, da ultimo, Ordinanza Cassazione 1193 del 21.1.2020 - la Corte infatti è tornata a ribadire che il mutuo fondiario concesso per una somma superiore all'80% del valore del bene ipotecato è nullo, in quanto contrario a norme imperative, e non più solamente irregolare/annullabile – in quanto la soglia di finanziabilità è uno degli elementi essenziali affinché il mutuo sia considerato fondiario. Nella sentenza del 2017 la Cassazione aggiunge che la nullità non è parziale, limitata all'importo eccedente l'80%, ma totale; lo sconfinamento di esso conduce automaticamente alla nullità dell'intero contratto fondiario, salva la possibilità di conversione di questo in un ordinario finanziamento ipotecario ove ne risultino accertati i presupposti.

Appare, pertanto, possibile escludere la natura fondiaria del contratto di mutuo essenzialmente mediante una valutazione della effettiva capienza patrimoniale dell'immobile al momento della stipula dei contratti rispetto all'importo del finanziamento, oltre che alla durata del contratto.

La documentazione a disposizione del Curatore è l'atto costitutivo del credito fondiario, ovvero l'atto notarile, in cui andranno reperiti gli eventuali elementi sopra citati (carenza di capienza e/o durata) per poter richiedere l'improcedibilità.

L'istanza andrà quindi presentata al Giudice per le Esecuzioni che dovrà provvedervi, decidendo anche la sorte della P.E. pendente nelle more.

Appare chiaro come, al di là delle maggiori argomentazioni oggi disponibili per il Curatore, a seguito del nuovo orientamento giurisprudenziale, l'opzione della declaratoria di improcedibilità si presenti non priva di incognite come, *in primis*, la sorte della P.E. nelle more del giudizio.

Nel caso in cui venisse dichiarata l'improcedibilità dell'esecuzione promossa dal creditore fondiario, l'immobile sarà acquisito alla disponibilità del fallimento (non essendo venuta meno, *ab origine*, la proprietà) che potrà disporre la vendita secondo quanto stabilito dall'art. 107 L.F.

c) Intervento nella Procedura Esecutiva pendente

L'alternativa alle strade sopradescritte è, per il Curatore, l'intervento nella Procedura Esecutiva pendente, al fine di far valere le spese di Procedura da anteporre al creditore fondiario.

Trattasi, tipicamente, delle seguenti spese:

¹¹ In senso conforme, Cass. 16 marzo 2018, n. 6586; Cass. 12 aprile 2018, n. 9079; Cass. 9 maggio 2018, n. 11201; Cass. 11 maggio 2018, n. 11543; Cass. 28 maggio 2018, n. 13285; Cass. 28 maggio 2018, n. 13286; Cass. 3 ottobre 2018, n. 24138; Cass. 24 settembre 2018, n. 22459; Cass. 19 novembre 2018, n. 29745; Cass. 28 giugno 2019, n. 17439; Cass. 27 novembre 2019, n. 31057.

- Spese intervento nella procedura;
- Imu - Tasi - spese condominiali;
- Quota di compenso astrattamente spettante al Curatore.

Mentre sul riconoscimento delle spese di intervento nella P.E. e delle imposte locali/spese condominiali non pare emergano, dalla prassi, criticità di rilievo, le decisioni relative sia al riconoscimento della quota di compenso spettante al Curatore, che alla modalità di calcolo dello stesso, non sono univoche. Mentre parte della giurisprudenza (Cass. Civ. 11500/2010) ritiene pacifico che, qualora il curatore sia intervenuto in P.E. individuali (aventi ad oggetto immobili intestati al fallimento), l'onorario vada conteggiato tenendo anche conto del ricavato della vendita (per quanto effettuata da un soggetto terzo), molti Tribunali ritengono non ammissibile il riconoscimento del compenso al Curatore, non essendovi stato svolgimento di attività conservativa/migliorativa su un bene sottratto – *de iure* - alla disponibilità del fallimento, amministrato e venduto da terzi, ma solo attività di accertamento, nel passivo, dei diritti reali e di credito vantati dal creditore fondiario.

Analogamente, non vi è univocità sulla modalità con la quale la quota dell'onorario deve essere, eventualmente, calcolata. Al proposito vi sono due orientamenti:

- 1) (orientamento minoritario): il ricavo della vendita esecutiva immobiliare va sommato alle altre entrate mobiliari ed immobiliari del fallimento per giungere a determinare l'attivo realizzato utilizzato ai fini del calcolo dell'onorario secondo quanto disposto dal D.M. 30/2012;
- 2) (orientamento prevalente): posta la minore attività svolta in caso di intervento nell'esecuzione rispetto alla vendita fallimentare, la quota di compenso astrattamente spettante al Curatore va genericamente ottenuto "*ponendo a confronto l'attività svolta nell'interesse generale e quella esercitata nell'interesse del creditore garantito*" (Cass. 11500/2010). La prededucibilità delle spese sostenute per la procedura deve essere limitata alle sole spese collegate all'amministrazione ed alla liquidazione dei beni, ovvero attinenti all'attività di amministrazione direttamente rivolte all'incremento di beni stessi o comunque destinate a realizzare una specifica utilità relativa ai creditori garantiti (Cass., sentenza 9 giugno 1997, n. 5104).

Sul punto si segnala la recente prassi della sezione fallimentare il Tribunale di Brescia che ha parzialmente modificato il precedente orientamento (tradizionalmente propenso ad escludere la quota di compenso spettante al Curatore). Gli ultimi provvedimenti vanno nella direzione di riconoscere al Curatore intervenuto nella P.E. una quota di compenso determinata con riferimento al solo parametro del "*passivo accertato*" richiamato dal DM 30/2012.

Pare chiaro che tale decisione si ispiri al riconoscimento dell'attività del Curatore nella fase di accertamento del credito insinuato nel Fallimento dal creditore procedente.

La quantificazione del compenso è effettuata con decreto dal Tribunale Fallimentare, previa apposita istanza di liquidazione depositata dal Curatore. Il decreto di liquidazione sarà, a sua volta, inserito nella P.E. nella precisazione di credito ritualmente depositata nel relativo fascicolo.

Le spese prededucibili riconosciute nella P.E. individuale potranno essere liquidate al Fallimento in sede di distribuzione delle somme ex art. 596 cpc.

3. Natura processuale del privilegio fondiario e onere di insinuazione al passivo

Come già ribadito, l'articolo 41 T.U.B. deroga soltanto il divieto di azioni esecutive individuali previsto dall'articolo 51 L.F., ma non alla norma imperativa di cui all'articolo 52 L.F., secondo la quale ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione, deve essere accertato secondo le norme della legge fallimentare, salvo diverse disposizioni della legge.

Il creditore fondiario può vedersi assegnate provvisoriamente le somme con provvedimento del Giudice dell'Esecuzione che può prevedere, se richiesto dal creditore, il versamento diretto, da parte dell'aggiudicatario, del prezzo corrispondente al credito, prima della predisposizione del progetto di distribuzione o successivamente all'approvazione del progetto di distribuzione medesimo.

Tale versamento (Cass. n.18227 del 26.8.2014) *“costituisce un'assegnazione meramente provvisoria, e non esime il giudice delle esecuzioni dalla verifica sulla quantificazione finale del credito, o, in presenza di creditori intervenuti, dalla predisposizione del progetto di graduazione e di distribuzione in occasione del quale effettuare le necessarie verifiche sull'ammontare e sulla collocazione del credito del creditore procedente in concorso con gli intervenuti”*.

Il G.E. si limiterà, in sostanza, a disporre in favore del fondiario il pagamento di quanto spettante per capitale, interessi e spese.

L'insinuazione al passivo costituisce un onere per la banca mutuante al fine dell'esercizio del diritto di trattenere definitivamente, nei limiti del "*quantum*" spettante a ciascun creditore concorrente, all'esito del piano di riparto in sede fallimentare, le somme provvisoriamente percepite a titolo di anticipazione in sede esecutiva (Cass. 6377/2015). L'assegnazione è quindi da ritenersi sempre provvisoria, essendo onere della banca, per renderla definitiva, di insinuarsi al passivo del fallimento in modo tale da consentire la graduazione dei crediti a cui è finalizzata la procedura concorsuale. Solo in sede di ammissione al passivo il credito della Banca avrà la sua definitiva cristallizzazione.

In tale modo i privilegi processuali mantenuti per i crediti fondiari si risolvono in una mera

anticipazione di valuta in favore delle Banche erogatrici dei finanziamenti (nel senso, cioè, di consentire alle stesse di disporre di quanto loro spettante), ma non di importi superiori in via anticipata rispetto al momento nel quale si determina, con l'esecuzione del piano di riparto, il *quantum* spettante a ciascun creditore concorrente.

In sostanza, la sede fallimentare è l'unica sede deputata a discutere dei profili sostanziali relativi a natura, rango e collocazione del credito fondiario ed è solo in tale sede che dovrà stabilirsi se ed in che misura il creditore fondiario potrà trattenere le somme attribuitegli in via provvisoria.

La Cassazione si è più volte espressa circa la necessità che il credito fondiario venga accertato in sede fallimentare, escludendo quindi che le disposizioni eccezionali sul credito fondiario possano portare ad una deroga alla norma di cui all'art. 52 LF, secondo la quale ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o esentato dal divieto di azioni esecutive, deve essere accertato nelle forme previste dalla legge fallimentare (Cass. n. 23572/2004; Cass. n. 8609/2007; Cass. n. 11014/2007; Cass. n. 13996/2008; Cass. n. 17368/2012; Cass. n. 6377/2015¹²).

Tale orientamento – seguito anche dal Tribunale di Brescia – non è stato sempre condiviso.

Nella sentenza n. 2540 del 9.2.2016, la Corte di Cassazione aveva escluso, nel caso di fallimento del terzo datore di ipoteca, che il creditore ipotecario avesse onere di insinuazione al passivo ex art. 52 LF, ammettendo, per il creditore fondiario che fosse anche ipotecario, la possibilità di continuare l'esecuzione senza insinuarsi al passivo, ma seguendo gli artt. 602 e ss. cpc. L'orientamento della Corte di Cassazione¹³ nella citata pronuncia – invero, non condivisibile - pare, in effetti, anche contraddire la “nuova” formulazione dell'art. 52 comma 2 LF (post riforma 2006), che parla di necessità di accertamento del passivo per ogni credito e per “ogni diritto reale o personale”, intendendosi compreso in questo caso, l'accertamento del creditore ipotecario.

Il fallimento può e deve verificare il credito ipotecario, nell'*an* e nel *quantum*, la validità ed efficacia della garanzia ipotecaria.

La mancata insinuazione dell'istituto di credito al passivo fallimentare rende inefficace il privilegio fondiario previsto dall'art.41 TUB. Le risultanze dello stato passivo fanno fede anche nell'esecuzione individuale e producono effetti sulla definitiva attribuzione delle somme a favore

¹² Cass. n. 6377/2015: “L'insinuazione al passivo costituisce un onere per la banca mutuante al fine dell'esercizio di trattenere definitivamente, nei limiti del quantum spettante a ciascun creditore concorrente all'esito del piano di riparto in sede fallimentare, le somme provvisoriamente percepite”.

¹³ La sentenza è ispirata a una ripetizione fatta dal Curatore verso un fondiario che aveva incassato il prezzo senza insinuarsi. La Cassazione aveva dato torto al curatore.

del creditore, sia per quanto concerne la natura privilegiata o chirografaria del credito e il relativo importo. Le decisioni prese in sede fallimentare avranno conseguenze sulle somme provvisoriamente assegnate dalla P.E.. A titolo esemplificativo, si possono avere:

Contestazioni sulla natura fondiaria del finanziamento:

Il discrimine è sempre l'art. 52 LF. Si possono avere due casi:

- Se il credito è stato ammesso al passivo, con la ricognizione da parte del Curatore della presenza degli elementi tipici del finanziamento fondiario, tale circostanza deve ritenersi definitivamente assodata in sede endoconcorsuale;
- Se il credito non è stato ammesso al passivo, spetta al Giudice dell'Esecuzione accertare la natura fondiaria o meno del creditore e provvedere in merito alla prosecuzione o meno dell'esecuzione. Questo anche in presenza di sospensione dell'azione esecutiva da parte del curatore ex art. 295 cpc. (Sul punto si richiamano le note già illustrate nel Punto b) del Paragrafo 2) del presente Capitolo).

Contestazioni sull'esistenza del privilegio ipotecario:

Il mancato riconoscimento della natura privilegiata al creditore fondiario, a seguito dell'ammissione al passivo del fallimento quale creditore chirografario, comporta per il creditore la perdita del privilegio ipotecario anche in sede di esecuzione immobiliare. Tale principio è enunciato chiaramente in Cass. n. 6738/2014: *“La collocazione del credito fondiario in via chirografaria nello stato passivo del debitore, espropriato all'esito dell'esecuzione immobiliare, proseguita in costanza di fallimento, preclude al giudice dell'esecuzione la collocazione, nel progetto di distribuzione del ricavato, del medesimo credito con privilegio ipotecario”*.

Parimenti, in caso di rigetto dell'insinuazione, non potrà al creditore precedente essere attribuito il ricavato della vendita (Cassazione, sent. n. 23482 del 13.7.2018).

La giurisprudenza, in sostanza, ha chiarito che la tutela della *par condicio* non consente due differenti criteri di ripartizione dell'attivo e presuppone l'unicità del procedimento di acquisizione e distribuzione che coinvolge tutti i creditori, ivi incluso il creditore fondiario. Sarebbe pertanto illogica una differente determinazione del credito da parte del G.E., perché ciò è già avvenuto in via definitiva nella sede propria fallimentare.

OBBLIGATORIETA' DELL'INSINUAZIONE AL PASSIVO ANCHE PER I CREDITORI INTERVENUTI

I creditori intervenuti nell'esecuzione promossa dal creditore fondiario o i promotori stessi dell'esecuzione nella quale successivamente sia intervenuto un creditore fondiario subiscono l'effetto sancito dall'art. 51 LF. La dichiarazione di fallimento per tali creditori comporta

l'improcedibilità della procedura esecutiva, non potendo essi più pretendere nulla nell'esecuzione individuale e partecipare alla distribuzione del ricavato. L'insinuazione allo stato passivo del fallimento permette loro invece di vedere riconosciuto il proprio credito ed in particolare di godere del privilegio di cui all'art.2770 c.c. nel caso in cui abbiano sostenuto spese per atti conservativi (come per esempio l'istaurazione della procedura esecutiva) che abbiano avvantaggiato la massa.

ONERE DI RESTITUZIONE DELLE SOMME PROVVISORIAMENTE APPRESE E RIMEDI CONTRO I PROVVEDIMENTI DEL G.E.

L'attribuzione definitiva della somma a favore del creditore fondiario avverrà solo in sede di riparto finale del fallimento, quando le somme provvisoriamente assegnate al creditore saranno definitivamente incise delle spese e degli oneri del concorso. L'eventuale eccedenza percepita dalla Banca dovrà essere restituita alla Procedura fallimentare.

Parimenti, nel caso in cui non sia avvenuta l'insinuazione del credito o non ne sia avvenuto il riconoscimento (anche parziale) in sede di esame dello stato passivo, il creditore fondiario non potrà ritenere le somme già provvisoriamente ricevute nel corso della procedura individuale e dovrà restituirle in parte o per intero su richiesta del curatore.

Nel caso in cui il provvedimento del G.E. di riconoscimento del credito fondiario non sia conforme a quanto determinato dal Curatore, si possono verificare due casi, a seconda che il credito sia stato già accertato/contestato o meno in sede fallimentare:

1. Il credito fondiario è stato accertato in sede di stato passivo (ammesso o escluso, in tutto o in parte, al privilegio o al chirografo) e non risulta contestato: in questo caso, per ragioni di opportunità ispirate al cd. "*giusto processo*", e di mera economia processuale, è opportuno che il Curatore intervenuto nella P.E. comunichi le diverse decisioni assunte in sede fallimentare, al fine di permettere al Giudice dell'Esecuzione di adeguarsi al provvedimento del Giudice Delegato. A tal fine la soluzione è offerta dal combinato disposto degli articoli 598 e 512 cpc, con il quale, in difetto di approvazione del progetto di distribuzione predisposto ex art. 596 cpc, si prescrive che il giudice dell'esecuzione provveda alla ripartizione con ordinanza impugnabile ex art. 617, secondo comma, cpc, cioè con l'opposizione agli atti esecutivi (Tale soluzione è percorribile nel caso in cui la curatela sia intervenuta nella procedura esecutiva, abbia partecipato all'udienza fissata per l'approvazione del progetto di distribuzione, abbia formalizzato in tale sede le necessarie doglianze relative al trattamento previsto per il credito fondiario, abbia proposto tempestiva opposizione ex art.617 cpc, avverso l'ordinanza del GE).

2. Il credito fondiario non è stato accertato nello stato passivo oppure è stato accertato ma è contestato (pende opposizione). In tal caso non si ravvisa la necessità che il Curatore comunichi la decisione presa al G.E., posta, appunto, la non definitività dell'accertamento del credito.

INSINUAZIONE AL PASSIVO: RICHIAMI SULLE SOMME DA RICONOSCERE AL CREDITORE FONDIARIO CON PRIVILEGIO IPOTECARIO

In sede di ammissione allo stato passivo della procedura fallimentare al creditore ipotecario vengono riconosciuti quali crediti con collocazione privilegiata capitale, interessi e spese.

Non essendo prevista alcuna deroga all'art. 2855, commi 2 e 3, cod. civ. per l'insinuazione al passivo fallimentare di un credito fondiario che produce interessi, sono collocati al privilegio soltanto gli interessi corrispettivi maturati al tasso convenzionale nelle due annate anteriori ed a quella in corso nel giorno della dichiarazione di fallimento ed al tasso legale dopo il compimento dell'annata in corso alla data del fallimento sino alla vendita. E' esclusa la collocazione al privilegio degli interessi moratori *“dovendosi ritenere l'espressione capitale che produce interessi circoscritta ai soli interessi che costituiscono remunerazione del capitale medesimo, senza che, neppure in via analogica, possano ritenersi in essi inclusi quegli interessi che trovano il loro ritardo imputabile al debitore “* cass. 8696/2015.

Inoltre, non essendo gli artt. 54 L.F. e 2855 c.c. suscettibili di interpretazione in via analogica, la collocazione al privilegio è limitata al capitale, agli interessi ed alle spese, con esclusione di qualsiasi altra voce accessoria, quali eventuali commissioni e/o provvigioni o penali non contemplate espressamente dalle disposizioni regolanti il privilegio, ancorché contrattualmente previste e riportate nella nota di iscrizione ipotecaria.

Al riguardo si precisa che quanto riportato nelle note (quadro D) dell'iscrizione ipotecaria, laddove determini la composizione di tutte le voci contrattuali per le quali era stata concessa l'ipoteca, non vale ad ampliare il dettato normativo a crediti non previsti come privilegiati.

Le spese assistite da prelazione ipotecaria comprendono quelle:

- per l'atto di costituzione dell'ipoteca, cioè il documento contrattuale da cui essa risulta;
- per l'iscrizione e rinnovazione essendo entrambe a carico del debitore anche se sostenute dal creditore (art.2846);
- per l'attivazione o l'intervento nel processo di esecuzione.

Per quanto riguarda quest'ultima voce di spese si può fare un'ulteriore distinzione a seconda che tali spese siano state sostenute nell'interesse della massa dei creditori o nell'interesse individuale del

singolo creditore, come nel caso in cui il creditore fondiario decida di procedere individualmente con l'esecuzione e non dia mandato alla curatela di procedere alla vendita comunque in sede concorsuale.

Gli interessi sono ammessi al privilegio a condizione che nell'iscrizione (quadro A) ne sia enunciata la misura. Nel caso in cui gli interessi siano già ricompresi nella somma per la quale l'iscrizione ipotecaria è presa, occorre scindere nell'ambito del credito conglobato le componenti relative al capitale e quelle relative agli interessi, riconoscendo al credito per capitale rango ipotecario e a quello per interessi rango ipotecario o prelatizio sulla base della disciplina dettata dall'art.2855 c.c.. Trovano collocazione chirografaria fino alla data del fallimento gli interessi moratori, gli interessi corrispettivi al tasso convenzionale maturati prima delle due annualità e gli interessi non iscritti o eccedenti il limite del tetto ipotecario.