

Effetti per i creditori

Tribunale di Torino, ord., 10 ottobre 2008 - G.E. Castellino

*Fallimento - Effetti per i creditori - Credito fondiario - Assegnazione provvisoria in sede di azione esecutiva individuale - Definitività in sede di insinuazione al passivo**(legge fallimentare artt. 51, 52, 93 e 94; D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 41, comma 2)*

**L'art. 41, secondo comma del T.U. bancario (D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385), 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. Peraltro, poiché si deve escludere che le disposizioni eccezionali sul credito fondiario 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, incapiente.**

**Il Tribunale (omissis).**

1. Premesso:

A) che con progetto depositato il 21 aprile 2008 l'intera somma ricavata dalla vendita è stata assegnata al creditore ipotecario di primo grado X S.p.a. cessionaria del credito di Y;

B) che all'udienza di discussione tenutasi in data 8 ottobre 2008 il legale della curatela del Fallimento della condebitrice esecutata M.F.G. ha chiesto di precisare i presupposti di tale assegnazione tenuto conto della domanda svolta ex art. 107 l.fall., chiedendo comunque, nel caso in cui venisse ravvisata l'esistenza di un credito fondiario, l'assegnazione al Fallimento dei crediti in prededuzione - relativi alle spese della procedura fallimentare qualificate in euro 10.927,98 - come riconosciuti e ammessi nello stato passivo fallimentare o, in ulteriore subordine, la precisazione della natura meramente provvisoria dell'assegnazione al creditore fondiario;

2. Considerato

che deve trovare applicazione nella specie la disciplina di cui all'art. 41 D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 atteso che: I) pur non essendo tale normativa indicata nell'intestazione del contratto di mutuo risulta richiamata negli allegati; II) benché sia prevista l'iscrizione di ipoteca di secondo grado, tale circostanza non è di per sé ostativa all'operatività dell'art. 38 D.Lgs. 385/1993 che al secondo comma rimette alla «Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, la determinazione dell'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi di cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti» e che nella specie nel contesto stesso del contratto viene prevista l'estinzione anticipata del mutuo con cancellazione dell'ipoteca di primo grado contestualmente al soddisfacimento del cre-

dito dalla stessa garantito mediante versamento diretto con assegno intestato al creditore (cancellazione in effetti avvenuta risultando ora l'ipoteca di X di primo grado);

3. Ritenuto - in ordine al rapporto tra la disciplina concorsuale e quella del credito fondiario - quanto segue:

A) La nuova formulazione dell'art. 41, secondo comma, pur risolvendo espressamente la questione, peraltro ormai pacifica in giurisprudenza, circa la perseguibilità da parte del creditore fondiario della procedura esecutiva in pendenza del fallimento, lascia aperti numerosi interrogativi circa il coordinamento fra le due procedure.

Tuttavia, una preliminare notazione si impone: il dettato del secondo comma dell'art. 41, più restrittivo rispetto al previgente art. 42, secondo comma, è indubbiamente indice di una presa di posizione del legislatore, a fronte del dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la natura sostanziale o processuale del privilegio del creditore fondiario, a favore di quest'ultima soluzione, giustificando una interpretazione restrittiva della normativa di favore del credito fondiario, alla luce della specialità ed eccezionalità della stessa rispetto alle norme della legge fallimentare vigente.

Deve dunque ritenersi che scopo della norma sia quello di consentire alla banca - sotto il profilo procedurale - un più celere realizzo del credito senza con ciò esonerare il creditore fondiario dal concorso sostanziale, autorizzando un soddisfacimento del credito stesso in violazione del principio sostanziale della *par condicio creditorum*.

Tali osservazioni preliminari sono conformi alla prevalente giurisprudenza circa la natura meramente processuale e non sostanziale del privilegio del creditore fondiario, per cui al privilegio processuale si accompagna l'onere della concorsualità (Cass. 12 marzo 1978, n. 2325 - Cass. 15 gennaio 1998, n. 314).

B) Sulla base di tali premesse si pone tuttavia il problema di come realizzare il coordinamento.

Pare di dover rilevare, innanzitutto, che il riconoscimento all'Istituto di credito fondiario di un privilegio solo di natura processuale e non sostanziale si accompagna al rilievo che tale privilegio processuale non è limitato alla fase espropriativa ma si estende a quella distributiva, non essendovi alcuna limitazione in tal senso per cui la procedura individuale deve proseguire sino al soddisfacimento del credito (così Cass. 5806/1994).

Peraltro, se si riconoscesse carattere di definitività al riparto nell'esecuzione individuale si verrebbe ad attribuire un privilegio di natura non solo processuale ma anche sostanziale, esonerando il creditore fondiario dalle regole del concorso.

Parte della dottrina e giurisprudenza individua lo strumento di coordinamento nella facoltà del curatore di intervenire e far valere in sede esecutiva le risultanze della verifica dei crediti fallimentari, eventualmente per il tramite della contestazione *ex art. 512 c.p.c.* (Cass. 19 febbraio 1999, n. 1395: poiché non è necessaria l'insinuazione al passivo della Banca, grava sul curatore l'onere di dimostrare che vi sono crediti di grado poziore da soddisfare in via preferenziale).

Tale soluzione non pare peraltro condivisibile in quanto:

– da un lato si consente al curatore di far valere lo stato passivo in ambito extrafallimentare bloccando la distribuzione in sede esecutiva, il che è escluso dalla prevalente giurisprudenza (fra le altre, Cass. 20 maggio 1994, n. 4984; Cass. 28 marzo 1990, n. 2545);

– dall'altro, l'eventuale contestazione *ex art. 512 c.p.c.* dovrebbe portare o ad un conflitto di pronunce ovvero ad un'interferenza del G.E. nella verifica del credito in ambito fallimentare, parimenti non consentita, non potendo la sentenza *ex art. 512 c.p.c.* spiegare alcun effetto in sede fallimentare;

– inoltre, il curatore potrebbe non essere a conoscenza della procedura esecutiva (ove radicata dopo il fallimento) o potrebbe non esservi ancora uno stato passivo definitivo in base al quale contestare la graduazione operata dal G.E. ovvero potrebbe non esservi un lasso di tempo sufficiente affinché il curatore intervenga utilmente nella procedura esecutiva prima della distribuzione.

C) Pare invece preferibile, al fine di rispettare l'esistenza del privilegio processuale del creditore fondiario sino alla distribuzione e, al contempo, di non esonerarlo dalle regole concorsuali, ritenere che l'attribuzione in sede esecutiva sia meramente provvisoria e tale da non sottrarre l'istituto dall'onere di insinuazione e di accertamento del credito in sede concorsuale con conseguente obbligo di restituzione di quanto eventualmente percepito in eccesso.

Rispetto a tale soluzione l'intervento del curatore risponde allora non alla necessità di far valere le regole concorsuali nella procedura esecutiva, ma di ottenere l'attribuzione al fallimento di quanto ecceda la somma spettante al fondiario, nonché di consentirgli di interloquire sullo svolgimento della procedura, legittimandolo ad eventuali opposizioni agli atti esecutivi.

Tramite l'onere di insinuazione e la provvisorietà della distribuzione in sede esecutiva, dunque, si garantisce il coordinamento, consentendo al fondiario di trattenere in via definitiva quanto ottenuto provvisoriamente in sede esecutiva nei limiti di compatibilità col riparto approvato dal G.D.

In questo senso si richiama anche la recente Cassazione civile, sez. III, 14 maggio 2007, n. 11014:

«L'art. 42 R.D. 16 luglio 1905 n. 646 (applicabile nella specie *ratione temporis*, pur essendo stato abrogato dal testo unico 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 indebite e senza che sia configurabile l'obbligo dell'istituto precedente 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 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».

4. Ritenuto, in conclusione, che dall'applicazione dei principi esposti al caso di specie, consegua che:

a) nella presente procedura le spese in prededuzione sostenute dal precedente (già liquidate in euro 10.761,52) vadano imputate in pari misura alle due masse in quanto sostenute nel comune interesse, mentre nulla è dovuto in prededuzione al fallimento intervenuto, non essendo state sostenute da quest'ultimo spese nel comune interesse nella presente sede processuale, salvo quanto *infra* circa la prededuzione in sede fallimentare;

b) quanto alle spese in prededuzione richieste dal fallimento, la liquidazione e la graduazione vadano riservate alla sede fallimentare - in base ai criteri ad essa applicabili per cui la prededucibilità delle spese sostenute nella procedura fallimentare prevale sui crediti ipotecari limitatamente ai crediti che si ricollegano ad attività diretta-

mente e specificamente rivolte ad incrementare, amministrare o liquidare i beni ipotecari (tra le altre, Cass. 11 gennaio 1995, n. 251, Cass. 20 giugno 1994, n. 5913); per l'effetto, il procedente potrà essere tenuto, alla luce della provvisorietà dell'attribuzione in questo procedimento disposta, a restituire quanto percepito in eccesso;

c) pertanto la somma ricavata dalla vendita detratto l'importo delle spese (euro 132.249,41 - euro 10.761,52 = 121.487,89) debba essere suddivisa nelle due masse imputabili ai condebitori F. e G. per il 50% e pertanto per euro 60.743,94 ciascuno;

d) che la somma dovuta in prededuzione (pari ad euro 10.761,52) e la quota relativa al debitore F. pari ad euro 60.743,94 debbano pertanto essere assegnate in via definitiva al creditore X (per un totale di euro 71.505,46);

e) che la somma relativa alla quota del debitore fallito G. pari ad euro 60.743,95 debba invece essere assegnata in via provvisoria al creditore X S.p.a.;

Considerato infine

Che deve essere nuovamente fissata udienza di discussione del presente progetto tenuto conto che l'udienza dell'8 ottobre 2008 non risultava comunicata né al debi-

tore *in bonis* (F.) né alla debitrice G. in proprio (alla quale la comunicazione risulta comunque dovuta nonostante il Fallimento come affermato da Cassazione civile, sez. III, 3 giugno 1996, n. 5081);

P.Q.M.

formula il seguente progetto di distribuzione

i) al creditore procedente

a) in prededuzione *ex artt. 2770-2777 c.c.*: euro 10.761,52

per spese effettuate nell'interesse della procedura come già liquidate nel precedente progetto

b) in via ipotecaria: euro 121.487,89

a titolo di soddisfacimento del maggior credito come già liquidata nel precedente progetto di cui:

– euro 60.743,94 relativa alla massa del debitore F., assegnata in via definitiva;

– euro 60.743,95 relativa alla massa della debitrice G., fallita, da intendersi assegnata in via provvisoria fatta salva l'eventuale restituzione alla curatela di quanto dovuto in sede fallimentare.

(*omissis*).