

(Tribunale di Bari, G.E. dott. N.Magaletti, ord. del 18.11.2013)

**MUTUO FONDIARIO – CONCORDATO PREVENTIVO – DIVIETO
AZIONI ESECUTIVE**

*La procedura è improseguibile ed è sospesa fino
all'omologazione*

di Walter Giacomo Caturano

SOMMARIO

*1. Il Commento – 2. Il contesto normativo – 3. Il credito fondiario – 4.
L'interpretazione della normativa e la giurisprudenza della
cassazione – 5. Testo integrale del provvedimento.*

1. Il commento

Il privilegio processuale di cui all'art.41 T.U.B., per il quale il creditore fondiario può iniziare o proseguire azioni esecutive nei confronti del debitore fallito, non opera nei confronti del debitore ammesso al concordato preventivo. Tanto perché la disposizione dettata dall'art. 168 l.f., 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.f. che, nel prevedere analogo divieto quanto ai beni compresi nel fallimento, fa salve le diverse disposizioni di legge.

Così si è espresso il Giudice dell'Esecuzione del Tribunale di Bari, con ordinanza del 18.11.2013, con la quale ha rigettato la richiesta di revoca del provvedimento di improseguibilità della procedura proposta in virtù di un mutuo fondiario contro la debitrice ammessa al concordato preventivo.

La *ratio decidendi* è stata elaborata – così come ben chiarito nell'ordinanza in esame – a partire dalla lettera dell'art.168 L.Fall., il quale va interpretato nel senso che l'ammissione al concordato del debitore vieta **INDEROGABILMENTE** al creditore di iniziare o proseguire l'azione esecutiva, ancorché su impulso del creditore fondiario, e dal confronto di tale norma con l'art.51 L.Fall., che, nel prevedere analogo principio per il caso del debitore fallito, fa espressamente salve le diverse disposizioni di legge e, dunque, l'art.41 T.U.B., al comma 4, che consente espressamente al creditore, che agisce sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari, di iniziare o proseguire l'azione esecutiva anche nei confronti del debitore fallito.

Il Giudice barese ha poi precisato che l'azione esecutiva va dichiarata improseguibile e, come tale, è sospesa e non estinta, perché l'eventuale mancata omologazione del concordato consente al creditore procedente di proseguire l'azione esecutiva individuale, per il venir meno della causa di improseguibilità.

Permane, dunque, la necessità di custodire il compendio pignorato, salva la possibilità da parte del debitore di richiedere la revoca della nomina del custode giudiziario in presenza di fondati motivi.

La decisione del Tribunale, netta e certamente conforme ai principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità (fra tutte, *Cass.Sent. n.2922 del 19.03.1998*), impone una riflessione approfondita sul tema, che non può prescindere dal contesto normativo sulla base del quale la pronuncia è stata resa.

2. Il contesto normativo

Art 39 TUB (Ipotecche), comma 4

Le ipoteche a garanzia dei 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.

Art 41 TUB (Procedimento esecutivo), comma 2

L'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore. Il curatore ha facoltà di intervenire nell'esecuzione. La somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento.

Art. 51 Legge Fallimentare (Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali)

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.

Art. 168 Legge Fallimentare (Effetti della presentazione del ricorso), comma 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.

3. Il credito fondiario

La nozione di credito fondiario si rinviene negli artt.38-42 del d.lgs. 1.9.1993, n. 385 e successive modifiche (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – c.d. TUB).

In particolare, ai sensi dell'art.38, co.1 TUB (Nozione di credito fondiario), *“il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili”*.

Tra le caratteristiche fondamentali va ricordata la presenza di un limite massimo dell'importo finanziabile, pari all'80% del valore dell'immobile.

Al comma 2, l'art.38 TUB prevede, infatti, che la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti. L'attuale limite dell'80% è stato dettato in conformità alla delibera CICR del 22.04.1995.

La Corte di Cassazione ha recentemente precisato che il limite massimo finanziabile, costituendo applicazione dell'art.38 TUB – e non dell'art.117 TUB – rappresenta un presidio di garanzia per le banche mutuanti, volto ad impedire che queste ultime assumano esposizioni finanziarie non adeguatamente garantite. Non si tratta, cioè, di una disposizione a garanzia del cliente, il quale ha tutto l'interesse ad ottenere un finanziamento di importo superiore al limite, ragion per cui il superamento del tetto dell'80% non può essere invocato dal mutuario quale causa di nullità del contratto di finanziamento *ex art.117 TUB* (cfr. Cass.civ., sez. I, sent. n.26672 del 28.11.2013, già oggetto di approfondimento su questa rivista¹).

Schematizzando, le caratteristiche del credito fondiario sono le seguenti:

¹ Cfr. <http://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/mutuo-fondiario-la-violazione-del-limite-di-finanziabilita-non-costituisce-causa-di-nullita-del-contratto.html>

FINANZIAMENTO A MEDIO E LUNGO TERMINE	<i>È tale il finanziamento contraddistinto da una scadenza contrattuale superiore a diciotto mesi. Si parla al riguardo anche di “credito di scopo”, dal momento che si rende necessario stabilire una relazione tra il prestito erogato e l’investimento destinato ad essere finanziato.</i>
IPOTECA DI PRIMO GRADO SU IMMOBILI	<i>Tale privilegio garantisce all’istituto di credito, in caso di inadempimento, la soddisfazione integrale del credito prima di qualunque altro creditore</i>
LIMITE MASSIMO FINANZIABILE	<i>La ratio è quella di evitare che l’istituto di credito assuma un’esposizione finanziaria non sufficientemente garantita.</i>

Ulteriore privilegio per la banca mutuante è statuito dall’art.39, comma 4 TUB, a norma del quale *“le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento”*.

A ciò si aggiunga che, in caso di fallimento del debitore, la banca può iniziare o proseguire l’azione esecutiva individuale sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari, come previsto dall’art.41 TUB.

Uno dei vantaggi per il debitore, invece, deriva dal fatto che la minore esposizione della banca e le maggiori garanzie da cui il mutuo fondiario è assistito fanno conseguire un tasso d’interesse mediamente inferiore ai finanziamenti non fondiari.

4. L’interpretazione della normativa e la giurisprudenza della cassazione

Tornando alla pronuncia in esame, l’orientamento espresso dal Tribunale di Bari richiama i principi consolidatisi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Questa, già sotto la vigenza della vecchia legge bancaria, antecedente al TUB del ’93, aveva sancito l’esclusione del privilegio processuale, oggi previsto dall’art.41 TUB, per il creditore fondiario nel caso di debitore ammesso al concordato preventivo (si veda *Cass.Civ., sez. I, sent. n.11879 del 07.11.1991*).

La prevalenza dell'interpretazione letterale, sancita dall'art.12, comma 1 delle disposizioni sulla legge in generale (c.d. "preleggi"), per cui "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore", non consente di sfuggire alla notazione per la quale l'art.168 L.Fall. non ammette deroghe al divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore ammesso al concordato preventivo. La norma in questione, cioè, non contiene – a differenza dell'art. 51 L.Fall. l'inciso "salvo diverse disposizioni di legge".

Tale criterio ermeneutico, unitamente alla valutazione della specialità della disposizione in esame impedisce, poi, qualunque tentativo di interpretazione estensiva o analogica, che potrebbe giustificarsi sul presupposto dell'identità di *ratio* dell'art.41 TUB rispetto alla tutela del creditore fondiario nel caso di ammissione al concordato preventivo.

Se, infatti, l'art.41 TUB prevede una netta deroga al principio della *par condicio creditorum*, in favore del creditore fondiario (e lo fa, si noti, ad esecuzione concorsuale già iniziata), potrebbe non comprendersi l'esclusione di analogo privilegio nel caso in cui si tenti la soluzione "concordata" della crisi del debitore, caso in cui l'apertura della procedura fallimentare sarebbe solo eventuale, giungendo – peraltro non più automaticamente – all'esito della mancata omologazione del concordato stesso.

Il dubbio, destinato a rimanere insoluto, è il seguente: l'esclusione del privilegio di cui all'art.41 TUB per il caso del debitore ammesso al concordato è il frutto di una dimenticanza del legislatore, o affonda le radici in una specifica valutazione? E, se così fosse, qual è la *ratio*?

Ad oggi, restando irrisolta la questione, non può che aderirsi all'interpretazione fornita dalla prevalente giurisprudenza e ribadita dal Tribunale di Bari con la pronuncia qui in esame.

5. Testo integrale del provvedimento

TRIBUNALE DI BARI

RGE 990/10

Ordinanza

Il G.E.

Ritenuto

Che l'eccezione di inammissibilità dell'istanza di revoca del provvedimento dichiarativo dell'improseguibilità della esecuzione immobiliare promossa dalla Banca è infondata non vertendosi in ipotesi di estinzione della procedura esecutiva immobiliare bensì di sospensione della stessa fino al passaggio in giudicato della sentenza che decide sulla domanda di concordato preventivo che, ove non omologato, consente al creditore procedente di proseguire l'azione esecutiva individuale per il venir meno della causa di improseguibilità;

che in pendenza di una causa di sospensione della procedura esecutiva permane la necessità di custodire il compendio pignorato, salva la possibilità da parte del debitore di richiedere la revoca della nomina del custode giudiziario in presenza di fondati motivi;

che per consolidata giurisprudenza il privilegio processuale riconosciuto dalla legge al titolare di credito fondiario non opera nei confronti del debitore ammesso al concordato preventivo.

Infatti, la disposizione dettata dall'art.168 legge 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 che, nel prevedere analogo divieto quanto ai beni compresi nel fallimento, fa salve le diverse disposizioni di legge (cfr per tutte Cass. sent. n.2922 del 19.03.1998).

PQM

Rigetta l'istanza sopra indicata.

Bari, 18.11.13

Il G.E.

Dott. Nicola Magaletti