



ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI PISTOIA

Organismo di studio Area giudiziale
Sezione procedure concorsuali

***IL PRIVILEGIO FONDIARIO ALLA LUCE DEL NUOVO
CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA***

Federico Paolini - Pistoia, 4 luglio 2024

Organismo di studio Area giudiziale

Sezione procedure concorsuali

IL RAPPORTO TRA PRIVILEGIO FONDIARIO, LEGGE FALLIMENTARE E L. 3/2012: IL QUADRO NORMATIVO IN SINTESI

- Art. 51 l.f.: «*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. 52 l.f.: «1. Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito. 2. Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell'art. 111, primo comma, n. 1), nonché ogni altro diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo V, salvo diversa disposizione della legge. 3. **Le disposizioni del secondo comma si applicano anche ai crediti esentati dal divieto di cui all'art. 51**».
- Art. 107, c. 6, l.f.: «6. Se alla data di dichiarazione di fallimento sono pendenti procedure esecutive, il curatore può subentrarvi; in tale caso si applicano le disposizioni del codice di procedura civile; **altrimenti, su istanza del curatore il giudice dell'esecuzione dichiara l'improcedibilità dell'esecuzione, salvi i casi di deroga di cui all'art. 51**».
- Art. 110, c. 1, l.f.: «1. Il curatore, ogni quattro mesi a partire dalla data del decreto previsto dall'art. 97 o nel diverso termine stabilito dal giudice delegato, presenta un prospetto delle somme disponibili ed un progetto di ripartizione delle medesime, riservate quelle occorrenti per la procedura. 2. **Nel progetto sono collocati anche i crediti per i quali non si applica il divieto di azioni esecutive e cautelari di cui all'art. 51**. Omissis.»
- Art. 14 quinquies, c. 2, l. 3/2012: «2. Con il decreto di cui al comma 1 il giudice: a) ove non sia stato nominato ai sensi dell'art. 13, c. 1, nomina un liquidatore, da individuarsi in un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 28 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; si applicano gli articoli 35, comma 4-bis, 35.1 e 35.2 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; b) **dispone che, sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni cautelari o esecutive né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio oggetto di liquidazione da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore; c), d), e), f) Omissis**».
- Art. 14 novies, c. 2, l. 3/2012, ultimo periodo: «2. Omissis. Se alla data di apertura della procedura di liquidazione sono pendenti procedure esecutive il liquidatore può subentrarvi»
- Art. 41 t.u.b.: «1. Omissis. 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. 3. Omissis. 4. **Con il provvedimento che dispone la vendita o l'assegnazione, il giudice dell'esecuzione prevede, indicando il termine, che l'aggiudicatario o l'assegnatario che non intendano avvalersi della facoltà di subentrare nel contratto di finanziamento prevista dal comma 5, versino direttamente alla banca la parte del prezzo corrispondente al complessivo credito della stessa**. L'aggiudicatario o l'assegnatario che non provvedano al versamento nel termine stabilito sono considerati inadempienti ai sensi dell'art. 587 del codice di procedura civile. 5. Omissis. 6. Omissis.»

Organismo di studio Area giudiziale

Sezione procedure concorsuali

IL RAPPORTO TRA PRIVILEGIO FONDIARIO, LEGGE FALLIMENTARE E L. 3/2012: LA TUTELA ACCORDATA AL CREDITO FONDIARIO

La *ratio* della disciplina di favore riconosciuta al credito fondiario è quella di rendere la realizzazione coattiva maggiormente sicura, veloce ed efficiente. Ad essa rispondono, oltre al privilegio accordato in ambito processuale dal comma 2 dell'art. 41 T.u.b.:

- ✓ L'esonero dall'obbligo di notificare il titolo esecutivo prima di dare corso all'esecuzione forzata (art. 41, c. 1, T.u.b.)
- ✓ La possibilità per il creditore fondiario di ottenere il versamento del prezzo della vendita direttamente dall'aggiudicatario, e quindi di ottenere l'immediata (ma provvisoria) soddisfazione del proprio credito senza necessità di attendere la predisposizione, approvazione ed esecuzione del progetto di distribuzione (art. 41, c. 4, T.u.b.)
- ✓ L'esonero da revocatoria fallimentare delle ipoteche costituite a garanzia del finanziamento ed iscritte sino a dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza della dichiarazione di fallimento (oggi, di apertura della liquidazione giudiziale) e dei pagamenti effettuati dal debitore a fronte del credito fondiario (art. 39 c. 4 T.u.b.)
- ✓ Il diritto di ottenere dal custode dei beni pignorati o dal curatore il versamento delle rendite degli immobili ipotecati, dedotte le spese di amministrazione ed i tributi, sino al soddisfacimento del credito vantato (art. 41, c. 3)

Organismo di studio Area giudiziale

Sezione procedure concorsuali

IL RAPPORTO TRA PRIVILEGIO FONDIARIO, LEGGE FALLIMENTARE E L. 3/2012: GLI APPRODI DELLA GIURISPRUDENZA E DELLA PRASSI

- Stante la previsione dell'art. 41 c. 2 T.u.b., nel vigore della legge fallimentare e della l. 3/2012, si riteneva pacificamente che: a) l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari poteva essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento, a differenza di quanto accadeva nella liquidazione del patrimonio del sovraindebitato; b) il curatore manteneva la facoltà di intervenire nell'esecuzione singolare promossa dal creditore fondiario; c) la somma ricavata dall'esecuzione fondiaria, eccedente la quota di riparto che risultava spettante alla banca, era attribuita al fallimento.
- In altre parole, nel caso di procedura iniziata o proseguita dal creditore fondiario, il curatore poteva limitarsi a partecipare alla distribuzione del ricavato senza compiere alcuna attività processuale, posto che il giudizio *in executivis* sarebbe comunque proseguito in sua assenza.
- E' pur vero che l'autonomia d'impulso dell'esecuzione fondiaria voluta dalla legge rispetto alla procedura concorsuale non escludeva ogni interferenza della seconda sulla procedura singolare, al contrario imponendosi un raccordo tra questi due sistemi.
- Sebbene infatti il creditore fondiario avesse indiscutibilmente, nel sistema previgente, il potere (conferitogli dall'art. 41 c. 2 T.u.b.) di iniziare o proseguire l'azione esecutiva sui beni ipotecati, non vi era alcuna norma che espressamente escludesse il potere del giudice delegato di disporre la vendita dei medesimi beni in sede concorsuale. Il rapporto tra le due procedure, più che su un piano di incompatibilità, si poneva su un piano di concorrenza: «In generale, il cit. art. 41 attribuisce al titolare del credito fondiario la facoltà di iniziare e proseguire l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia del credito medesimo, nei confronti del debitore, nonostante il fallimento di questi, ma tale facoltà non esclude il potere del giudice del fallimento di disporre la liquidazione degli stessi beni in sede fallimentare: le 2 procedure non sono cioè incompatibili, ma devono coordinarsi tra loro e, per tale aspetto, concernente l'individuazione del giudice cui spetta di vendere, il coordinamento è operante sulla base del criterio temporale, e dunque in considerazione dell'antiorità del provvedimento che dispone la vendita» (Cass. sent. n. 12673/2022).

Organismo di studio Area giudiziale

Sezione procedure concorsuali

IL RAPPORTO TRA PRIVILEGIO FONDIARIO, LEGGE FALLIMENTARE E L. 3/2012: GLI APPRODI DELLA GIURISPRUDENZA E DELLA PRASSI (SEGUE)

Sulla scorta dei più recenti indirizzi giurisprudenziali di legittimità in materia (Cass. Civ. 28 settembre 2018 n. 23842; Cass. Civile 20 aprile 2022 n. 12673), era stato chiarito che la provvisoria distribuzione delle somme ricavate dalla vendita di un immobile nell'ambito dell'esecuzione iniziata o proseguita dal creditore fondiario, doveva essere operata dal G.E. sulla base dei provvedimenti, anche non definitivi, emessi in sede concorsuale ai fini dell'accertamento, della determinazione e della graduazione del credito fondiario. In particolare:

- per ottenere l'attribuzione (seppur in via provvisoria, e fatti salvi i definitivi accertamenti della procedura concorsuale) delle somme ricavate dalla vendita, il creditore fondiario doveva – anche a prescindere dall'avvenuto intervento del curatore nella procedura singolare – documentare al giudice dell'esecuzione di aver proposto l'istanza di ammissione al passivo e di aver ottenuto un provvedimento favorevole (ancorché non definitivo);
- per ottenere la graduazione di eventuali crediti di massa maturati in sede concorsuale con preferenza rispetto a quello fondiario, e quindi l'attribuzione delle relative somme a valere sugli importi attribuiti alla banca procedente, il curatore era onerato dell'intervento nel processo esecutivo nel cui ambito doveva documentare l'avvenuta emissione da parte degli organi della procedura concorsuale dei provvedimenti che avevano disposto la suddetta graduazione;
- la distribuzione così operata dal giudice dell'esecuzione aveva in ogni caso carattere provvisorio e poteva stabilizzarsi solo all'esito degli accertamenti definitivi operati in sede concorsuale, legittimando in tal caso il curatore ad ottenere la restituzione delle somme eventualmente riscosse in eccedenza.

Organismo di studio Area giudiziale

Sezione procedure concorsuali

IL RAPPORTO TRA PRIVILEGIO FONDIARIO, LEGGE FALLIMENTARE E L. 3/2012: GLI APPRODI DELLA GIURISPRUDENZA E DELLA PRASSI (SEGUE)

Si sono poi consolidate, presso alcuni Tribunali (Tribunale di Alessandria; Tribunale di Piacenza; Tribunale di Spoleto), alcune «buone» e sostanzialmente omogenee prassi, con l'obiettivo di chiarire e agevolare l'attività di Curatori, Professionisti Delegati alle vendite nelle procedure esecutive e creditori fondiari, le quali prevedono:

- ✓ Il fondiario deve sempre insinuare il suo credito al passivo del fallimento.
- ✓ Il fondiario può iniziare l'azione esecutiva sull'immobile del debitore fallito, sempre che non sia stato già messo in vendita dal curatore.
- ✓ Il fondiario può proseguire l'azione esecutiva già pendente contro il debitore fallito. In tal caso: a) il curatore deve intervenire per far valere i diritti della massa dei creditori diversi dal fondiario; b) i creditori intervenuti non partecipano alla distribuzione del ricavato; c) al fondiario sono assegnati i frutti dell'immobile, al netto delle spese di amministrazione, di procedura e dei tributi, oltre al ricavato della vendita del bene pignorato; d) l'assegnazione ha carattere provvisorio, con conseguente obbligo per il fondiario di restituire al fallimento quanto incassato in eccedenza rispetto al credito ammesso al passivo fallimentare e ai crediti di grado posteriore.
- ✓ Il curatore intervenuto nell'esecuzione fondiaria predispone un piano/prospetto degli oneri prededucibili (IMU, spese condominiali, spese assicurative, spese legali sostenute per l'intervento) sopportati dal fallimento (ivi compresa un'aliquota dei costi generali), al fine di accertare la somma che il creditore fondiario ha diritto di ricevere in sede fallimentare;
- ✓ Il piano/prospetto viene sottoposto al GD per l'apposizione di un visto («di esecutività» o di autorizzazione») e poi prodotto in sede esecutiva.
- ✓ I compensi per gli ausiliari liquidati dal GE sono posti a carico della procedura e corrisposti in sede di riparto esecutivo, trattandosi di compensi per prestazioni rese anche nell'interesse della massa dei creditori e destinati, in ogni caso, ad avere natura prededucibile in quanto parificabili ai compensi liquidati ai coadiutori/delegati del curatore.
- ✓ Nel caso in cui in sede esecutiva il fondiario non dimostri di aver presentato domanda di ammissione al passivo e di essere stato ammesso al passivo del fallimento (anche con provvedimento non definitivo), il curatore sarà legittimato a richiedere al Delegato l'attribuzione dell'intera somma ricavata dalla vendita.

Organismo di studio Area giudiziale

Sezione procedure concorsuali

IL RAPPORTO TRA PRIVILEGIO FONDIARIO E PROCEDURE CONCURSUALI: IL PROGRESSIVO VENIR MENO DELLE RAGIONI DELLA TUTELA SPECIALE

- A ben vedere, nel corso del tempo, il privilegio fondiario ha perduto quella che tradizionalmente ne era stata la ragione ispiratrice, la quale risiedeva nell'esigenza di «consentire alla banca un più celere realizzo della garanzia, senza dover attendere i tempi e la definizione della procedura fallimentare». Ancor prima dell'entrata in vigore del CCII, il sistema delle procedure concorsuali è stato interessato da interventi legislativi che, da un lato, hanno condotto ad un potenziamento dell'attività di liquidazione, rendendola più celere, trasparente ed efficace; dall'altro, hanno stimolato la distribuzione dell'attivo ai creditori nel corso della procedura.
- In questa direzione, già la riforma del 2006, con l'introduzione del «nuovo» art. 104 *ter* l.f., ha imposto che la liquidazione dei beni acquisiti all'attivo sia frutto non più di un'attività estemporanea e disordinata del curatore, ma di una puntuale pianificazione compiuta sin dalla fase iniziale della procedura.
- Sempre alla riforma del 2006 si deve la scelta di rendere la liquidazione dell'attivo un'attività non più riservata al (solo) giudice delegato, ma compiuta, per scelta del curatore, anche direttamente da quest'ultimo o da altri professionisti, con modalità pur sempre ispirate al principio della massima trasparenza, informazione e partecipazione degli interessati, si caratterizzano per maggiore snellezza e flessibilità rispetto a quelle disciplinate dal c.p.c..
- ✓ Il D.L. n. 83/2015, convertito con L. n. 132/2015, è intervenuto sull'art. 104 *ter*, introducendo, tra gli altri: (i) l'obbligo di specificare nel programma di liquidazione il termine entro il quale sarà completata l'attività di liquidazione, stabilendo che tale termine non può – tendenzialmente – eccedere i due anni dal deposito della sentenza di fallimento (salvo che il curatore ritenga necessario un termine maggiore, ma limitatamente a determinati cespiti, e motivando specificamente le ragioni che giustificano il maggior termine); (ii) quale causa di revoca del curatore, l'inosservanza senza giustificato motivo del termine di 180 giorni dalla dichiarazione di fallimento per la predisposizione del programma di liquidazione e dei termini previsti dal programma di liquidazione; (iii) sempre quale causa di revoca del curatore, il mancato rispetto dell'obbligo di procedere a riparti parziali ogni 4 mesi, in presenza di somme disponibili per la ripartizione.

IL RAPPORTO TRA PRIVILEGIO FONDIARIO E PROCEDURE CONCORDSUALI: IL PROGRESSIVO VENIR MENO DELLE RAGIONI DELLA TUTELA SPECIALE (SEGUE)

Il CCII è andato oltre:

- per l'art. 136 c. 2, le operazioni di liquidazione devono essere compiute contemporaneamente a quelle di accertamento del passivo;
- per l'art. 213, c. 5, il primo esperimento di vendita deve aver luogo entro otto mesi dall'apertura della procedura;
- sempre l'art. 213, c. 5, ha fissato il termine per completamento dell'attività di liquidazione in 5 anni (estensibile a 7 in caso di eccezionale complessità);
- l'art. 216, c. 2, stabilisce che per i beni immobili devono essere fissati almeno tre esperimenti di vendita all'anno;
- l'art. 220, c.1, stimola la fase concorsuale del riparto, imponendo al curatore, ogni quattro mesi a partire dal decreto di esecutività dello stato passivo o nel diverso termine stabilito dal Giudice Delegato, di trasmettere a tutti i creditori un prospetto delle somme disponibili, e laddove l'entità del passivo accertato consenta una ripartizione in misura apprezzabile, di predisporre un progetto di ripartizione delle medesime.

Organismo di studio Area giudiziale

Sezione procedure concorsuali

LE MODIFICHE APPORTATE DAL CCII: IL NUOVO QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

- Art. 7, c. 4, lett. a), L. 155/2017 (Legge Delega): «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 continui 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'art. 1».
- Art. 150: «Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura».
- Art. 151: «1. La liquidazione giudiziale apre il concorso dei creditori sul patrimonio del debitore. 2. Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o prededucibile, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo III del presente titolo, salvo diverse disposizioni della legge. 3. Le disposizioni del comma 2 si applicano anche ai crediti esentati dal divieto di cui all'art. 150».
- Art. 216 c. 10: «10. Se alla data di apertura della liquidazione sono pendenti procedure esecutive, il curatore può subentrarvi; in tale caso si applicano le disposizioni del codice di procedura civile; altrimenti, su istanza del curatore, il giudice dell'esecuzione dichiara l'improcedibilità dell'esecuzione, fermi restando gli effetti conservativi sostanziali del pignoramento»
- Art. 270 c. 5: «5. Si applicano l'art. 143 in quanto compatibile e gli articoli 150 e 151; per i casi non regolati dal presente capo si applicano altresì, in quanto compatibili, le disposizioni sul procedimento unitario di cui al titolo III.»
- Art. 349: «Nelle disposizioni normative vigenti i termini «fallimento», «procedura fallimentare», «fallito» nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituite, rispettivamente, con le espressioni «liquidazione giudiziale», «procedura di liquidazione giudiziale» e «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale» e loro derivati, con salvezza di continuità della fattispecie.»
- Art. 369, il quale contiene alcune disposizioni di coordinamento volte ad armonizzare la nuova disciplina del Codice e il T.u.b., ha modificato, dal punto di vista lessicale, diverse disposizioni del T.u.b., sostituendo il termine «fallimento» e i suoi derivati con il nuovo termine «liquidazione giudiziale», senza tuttavia modificare il testo dell'art. 41.