

Commerciale

PROCEDURA FALLIMENTARE

Fallimento: il creditore fondiario concorre alle spese anche in caso di esecuzione forzata individuale

venerdì 09 novembre 2018 di Masi Leonardo Avvocato in Firenze

Il decreto in commento si misura con una specifica questione di ordine pratico: se il compenso del curatore, anche in sede di liquidazione dell'acconto ex art. 39, comma 2, l. fall., debba gravare o meno sul ricavato dalla vendita forzata di bene immobile attivata e proseguita individualmente dal creditore fondiario. Per farlo, il Tribunale di Milano ha affrontato il tema generale dei rapporti tra l'esecuzione individuale che il creditore fondiario può, ai sensi dell'art. 41, comma 2, D.Lgs. n. 385/1993 ed in deroga al divieto di cui all'art. 51, l.fall., iniziare o proseguire pur in costanza di fallimento, e la procedura fallimentare, per ribadire il principio per cui la citata disposizione del T.U.B. introduce un privilegio di natura soltanto processuale e non sostanziale. L'attribuzione endoesecutiva di somme a favore del creditore fondiario ha quindi natura provvisoria, atteso che quest'ultimo, anche ove si avvalga della facoltà prevista dall'art. 41, comma 2, T.U.B, dovrà sottostare, da un lato, alle regole del concorso in punto di verifica del credito in sede fallimentare (art. 52 l.fall.), e dall'altro, quale conseguenza, all'obbligo di compartecipazione alle spese generali della procedura concorsuale, compreso il compenso del curatore. Il decreto, pur ribadendo principi generali già acquisiti nella giurisprudenza, anche di legittimità, è innovativo per quanto attiene alla specifica questione del compenso del curatore quale gravante anche sul ricavato dalla vendita all'esito della procedura esecutiva individuale del creditore fondiario.

[Tribunale di Milano, Sez. II, decreto 18 ottobre 2018](#)

Orientamenti giurisprudenziali

Conformi: Cass. Civ. 23572/2004; Cass. Civ. 8609/2007; Cass. Civ. 11014/2007; Cass. Civ. 13996/2008.

Difformi: Cass. Civ. 14631/2018

Il caso concreto e la soluzione

Il Curatore di un fallimento predisponere e depositava il primo progetto di ripartizione parziale delle somme disponibili, ai sensi dell'art. 110 l.fall., prevedendo un acconto sul suo compenso "gravante anche su massa immobiliare", con ciò intendendo che al pagamento di tale acconto avrebbe concorso anche il creditore fondiario, nonostante le somme derivanti dalla vendita del bene immobile in questione fossero state realizzate non nella procedura concorsuale, bensì all'esito del procedimento di esecuzione forzata individuale, come noto consentita anche in caso di fallimento del debitore dall'art. 41, comma 2, T.U.B., in deroga al divieto sancito dall'art. 51 l.fall. di iniziare o proseguire azioni esecutive nei confronti del fallito.

La banca proponeva reclamo ai sensi dell'art. 36 l.fall. assumendo, intanto, che il compenso del curatore non dovesse quantificarsi tenendo conto anche dell'attivo realizzato in esito all'esecuzione forzata individuale (atteso che rispetto al ricavo di tale somma il curatore non aveva svolto alcuna attività di conservazione, amministrazione e/o liquidazione del bene ipotecato), ed inoltre che l'acconto, per le stesse ragioni, non avrebbe dovuto gravare anche su quanto spettante al creditore fondiario in sede di ripartizione.

Il Tribunale di Milano, ritenuto proponibile il reclamo e ricostruite in fatto le vicende relative alle procedure di esecuzione forzata immobiliare che avevano condotto al ricavo della somma poi appresa al fallimento, rigettava il reclamo proposto.

In premessa il decreto richiama, dichiarando di aderirvi, l'orientamento della giurisprudenza prevalente secondo cui il privilegio accordato al credito fondiario dall'art. 41, comma 2, T.U.B. ha natura meramente processuale (consente cioè al creditore solo una maggiore tempestività di riscossione), non invece sostanziale, con la conseguenza che il creditore fondiario dovrà sottostare alla falcidia fallimentare e sopportare pertanto una parte delle spese generali del fallimento.

Il Tribunale di Milano ritiene tale conclusione coerente sia con il tenore dell'art. 107, comma 6, l.fall., che consente il "subentro" (e non il mero "intervento") del curatore nella procedura esecutiva individuale, sia con il fatto che l'attribuzione di somme al creditore fondiario nell'ambito della suddetta esecuzione individuale deve ritenersi provvisoria, potendo quella definitiva attuarsi solo all'esito delle operazioni di verifica dei crediti e di ripartizione delle somme disponibili in sede concorsuale, in forza di specifici provvedimenti del G.D..

La conseguenza di tali premesse è che il creditore fondiario, pur in presenza di procedura esecutiva individuale, deve concorrere alle spese della procedura concorsuale aventi carattere prededucibile, e tra esse quella relativa al compenso del curatore. Diversamente, tali spese sarebbero accollate unicamente agli altri creditori, in violazione della par condicio, alla quale, come detto, neppure il creditore fondiario è legittimato a sottrarsi.

Impatti pratico-operativi

Il decreto in commento rappresenta un apporto sicuramente utile per i curatori, segnatamente per quanto attiene all'attività di ripartizione, provvisoria o definitiva, da eseguirsi allorché tra l'attivo realizzato vi sia quello conseguente alla vendita di beni gravati da ipoteca iscritta a fronte di mutuo fondiario. E ciò non tanto per le ipotesi in cui la vendita avvenga ad opera del curatore (nel qual caso appare sin

troppo evidente l'applicazione delle regole generali), quanto piuttosto nel caso in cui il creditore fondiario abbia esercitato l'opzione prevista dall'art. 41 comma 2, T.U.B., e quindi la vendita sia intervenuta nell'ambito dell'esecuzione individuale.

Si è posto in passato il dubbio, risolto negativamente dal Tribunale meneghino, se questa sorta di affrancamento della procedura esecutiva fondiaria da quella fallimentare investa anche le spese di quest'ultima, che dovrebbero gravare solo sui creditori diversi da quello fondiario. Ma, come si è visto, ad avviso del provvedimento che si annota non è così, essendo per contro conforme a diritto l'onere di compartecipazione alle spese generali della procedura anche in capo al creditore fondiario.

Se il provvedimento del Tribunale trovasse conferma in successivi arresti, le modalità di calcolo del compenso del curatore e le modalità di concorso al pagamento del suddetto tra i creditori saranno le seguenti:

- in primo luogo, per la determinazione dell'ammontare, dovrà farsi riferimento anche alla somma ricavata nell'ambito della procedura di esecuzione forzata individuale, e ciò a prescindere dal fatto che il curatore abbia deciso di intervenire o meno nella suddetta procedura, o dal fatto che egli abbia o meno svolto attività con riferimento al bene di cui trattasi;

- in secondo luogo, una volta stabilito il compenso (o, come nel caso di specie, l'acconto), esso dovrà farsi gravare sia sulla massa mobiliare, che su quella immobiliare, in proporzione rispetto alle rispettive entità.

A tali regole operative dovranno aggiungersi quelle dettate dalla Corte di Cassazione pochi giorni prima (Cass. Civ., 28.9.2018, n. 23482). In tale precedente la Corte ha inteso fornire precise direttive al Giudice dell'esecuzione fondiaria individuale proseguita pur dopo il fallimento del debitore esecutato, stabilendo che essendo quella fallimentare la sede deputata agli accertamenti definitivi in ordine alla spettanza di somme al creditore fondiario e alla relativa gradazione, il Giudice dell'esecuzione, ferma restando la natura provvisoria della distribuzione che egli è chiamato ad operare:

- potrà attribuire somme ricavate al creditore fondiario solo se questi fornisce la prova di aver presentato istanza di ammissione allo stato passivo e di aver ottenuto un provvedimento, quand'anche provvisorio, favorevole;

- potrà decurtare le somme dovute in via provvisoria al creditore fondiario in ragione delle spese prededucibili maturate medio tempore in sede fallimentare (tema che costituisce appunto oggetto del decreto in commento, rientrando tra essi anche l'acconto per il curatore), ma solo se la curatela si è costituita nel processo esecutivo e documenti l'emissione da parte degli organi della procedura di formali provvedimenti che dispongano la graduazione delle suddette spese (es. un piano di ripartizione ex art. 111 l.fall.).

Anche dalla sentenza della Suprema Corte n. 23482/2018 è quindi ricavabile il principio, espresso dal decreto in commento, per cui anche il creditore fondiario dovrà sopportare le spese prededucibili della procedura fallimentare.

Tornando al decreto del Tribunale di Milano, le conclusioni cui esso è pervenuto sono condivisibili e rappresentano l'approdo di un percorso di ricostruzione sistematica dei rapporti tra credito fondiario e fallimento, che vale la pena in questa sede di ripercorre, sebbene in sintesi.

I rapporti tra credito fondiario e fallimento

Storicamente, il credito fondiario (i.e. quello concesso a medio e lungo termine, garantito da ipoteca di primo grado su immobili) ha goduto e gode di una sorta di salvaguardia rispetto alle regole del concorso tra i creditori. Ci si riferisce in particolare al risalente R.D. 16.7.1905, n. 646 (Approvazione del testo unico delle leggi sul credito fondiario), il cui art. 42 recitava appunto che "le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario sono sempre applicabili anche in caso di fallimento del debitore per i beni ipotecati dagli istituti di credito fondiario". Il R.D. del 1905 è stato abrogato dall'art. 161 del citato D.Lgs. n. 385 del 1993 (Testo Unico in materia bancaria), che tuttavia ne conferma il principio, atteso che l'art. 42 del T.U.B. contiene appunto, al secondo comma, la riedizione della sopra richiamata clausola di salvaguardia, affermando che "l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del 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".

Le ragioni del mantenimento (sino al 1993) e poi della conferma (dal 1994) di un tale risalente regime speciale e di favore possono rinvenirsi tra le maglie dello stesso ordinamento costituzionale, in particolare negli articoli 42, secondo comma e 47, secondo comma della Costituzione, che da prospettive diverse ugualmente individuano nell'agevolazione all'accesso alla proprietà privata uno dei principi fondamentali dello Stato repubblicano. Il peculiare e limitato privilegio concesso al creditore fondiario per l'ipotesi di inadempimento del mutuatario rappresenta quindi un incentivo affinché tale forma di credito si diffonda nel paese.

Il sistema normativo generale si è tuttavia preoccupato di conciliare le sopra appena tratteggiate ragioni di un siffatto regime di favore con alcuni principi quantomeno di pari rango, quali soprattutto quello della tutela del credito, segnatamente nella sua applicazione in termini di parità di trattamento tra tutti i creditori, ferme le cause legittime di prelazione.

Ed allora la giurisprudenza, come bene ha ricordato il decreto in commento, da anni si è preoccupata di individuare i confini del privilegio attribuito al credito fondiario dalle disposizioni che si sono ricordate, soprattutto per evitare che tale privilegio si traducesse nell'applicazione concreta in un vantaggio ingiusto in quanto esorbitante rispetto alle esigenze che fondavano e fondano la sua ratio.

Si è così giunti, per effetto di molteplici contributi della Corte di Cassazione, alcuni dei quali ricordati dal decreto in commento (Cass. Civ. 23572/2004, Cass. Civ. 8609/2007, Cass. Civ. 11014/2007, Cass. Civ. 13996/2008) a definire il punto fermo nei rapporti tra credito fondiario e procedura fallimentare: il privilegio attribuito al creditore fondiario dell'art. 41, comma 2, T.U.B. ha natura meramente processuale, consente cioè, attraverso la facoltà di intraprendere o proseguire la procedura esecutiva individuale, una maggiore tempestività della riscossione. Ma non comporta una diversa configurazione sostanziale del credito, che come tale non

potrà sottrarsi alla disciplina del concorso, soprattutto per quanto attiene alla sua verifica nell'ambito della procedura fallimentare (la regola dal 2007 è anche codificata: cfr. art. 52, comma 3, l.fall.).

Si tratta quindi (il processo esecutivo e la procedura fallimentare) di due vasi comunicanti nel cui rapporto, come bene ha ribadito la citata e recente Cass. Civ., 23482/2018, la seconda svolge una funzione di guida, essendo appunto quella fallimentare la sede dove le ragioni del creditore fondiario devono trovare definitiva declinazione.

Privilegio processuale del creditore fondiario e par condicio tra i creditori concorsuali. Casistica

Una volta stabilito che il privilegio del creditore fondiario ha natura esclusivamente processuale e non sostanziale, e che quest'ultimo è a tutti gli effetti investito dalle regole del concorso, non v'è da stupirsi se nei repertori si rinvengono precedenti che, in attuazione del caposaldo testé ricordato, tendono a restringere i margini di manovra del creditore fondiario ed amplificano gli effetti che l'evoluzione della procedura fallimentare ha sul processo esecutivo individuale.

Ad esempio, una volta intervenuto il fallimento del debitore, il creditore fondiario che abbia deciso di intraprendere o proseguire l'azione esecutiva individuale e quindi affidarsi alla disciplina del c.p.c., non avrà poteri processuali illimitati, bensì conformati rispetto alle esigenze della procedura fallimentare. E quindi, per citare un caso, sarà precluso al creditore fondiario chiedere la sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 624-bis, c.p.c., essendo prevalente l'interesse del fallimento alla celere liquidazione del bene (Trib. Reggio Emilia, 11.4.2012).

Altro profilo che chiarisce i rapporti tra il creditore fondiario che si avvale dell'art. 41, comma 2, T.U.B. e il fallimento è che, come già ricordato, le attribuzioni eseguite all'esito della procedura esecutiva individuale sono provvisorie, in quanto sarà quella fallimentare a stabilire in via definitiva l'an, il quantum e il grado delle pretese del suddetto creditore. Avremo allora che nell'ipotesi in cui all'esito della fase di verifica ed accertamento dei crediti in sede fallimentare quello asseritamente fondiario sia stato definitivamente accertato come chirografario, il giudicato endofallimentare travolge l'attribuzione provvisoria che il creditore fondiario aveva ottenuto in sede di esecuzione forzata individuale, essendo perciò tenuto alle necessarie restituzioni (Cass. Civ., 6738/2014).

Così come non potrà disporsi in sede esecutiva un riparto, quand'anche provvisorio, di somme al creditore precedente se egli ha visto respingersi la domanda di ammissione allo stato passivo (Cass. Civ., 23482/2018).

La sostanza del ragionamento affinato dalla giurisprudenza è la prevalenza della sede fallimentare per quanto attiene alla determinazione definitiva del credito spettante al creditore fondiario, del suo ammontare e del relativo grado. Con la conseguenza che laddove in tale sede siano già intervenuti accertamenti sul punto, sarebbe del tutto illogico dare corso ad adempimenti nell'ambito dell'esecuzione individuale che siano incompatibili con le statuizioni intervenute in sede fallimentare, che è appunto quella cui è devoluto l'accertamento definitivo della pretesa del creditore fondiario.

E ciò anche per evitare, quando possibile, le altrimenti necessarie restituzioni.

In conclusione, la facoltà del creditore fondiario di iniziare o proseguire l'azione esecutiva individuale se da un lato rappresenta un sicuro strumento di efficace tutela del credito, dall'altro si colloca in posizione comunque subalterna alle ragioni e alle regole del concorso, quale principio superiore che tollera sì l'eccezione all'art. 51, l.fall., ma che con l'aiuto della giurisprudenza si è progressivamente riappropriato di spazi sempre più estesi nei vari ambiti in cui le interferenze tra i due processi possono configurarsi, non ultimo quello della determinazione e del regime del compenso del curatore, con il quale il decreto del Tribunale di Milano qui annotato si è misurato.

Esito della domanda:

respinta.

Riferimenti normativi:

Artt. 51, 52, 107, 110, 111 l.fall.;

Art. 41, comma 2, D. Lgs. 395/1993.

Copyright © - Riproduzione riservata



Copyright Wolters Kluwer Italia
Riproduzione riservata