

*Consiglio Superiore della Magistratura*

**Incontro di studio sul tema**

**“La riforma del processo esecutivo”**

Roma, 6-8 giugno 2007

---

**LA GRADUAZIONE DEI CREDITI NEL PIANO DI RIPARTO.**

**LE CAUSE DI PRELAZIONE: EFFETTI NEL PROCESSO ESECUTIVO**

**I PRIVILEGI DEL CREDITORE FONDIARIO**

**Dott. Francesco Cottone**  
Giudice del Tribunale di Roma

## I. INTRODUZIONE

Il debitore è chiamato a rispondere delle proprie obbligazioni con tutto il suo patrimonio, presente e futuro (art.2740 c.c.).

Tutti i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione (art.2741 c.c.).

Ogni singolo creditore, munito di titolo esecutivo, ha diritto di aggredire il patrimonio del debitore al fine di veder soddisfatto il proprio credito. Qualora vi siano più creditori concorrenti sulla medesima somma ricavata, essa deve essere distribuita tra essi avuto riguardo alle cause legittime di prelazione (art.510 c.p.c.). A tal fine, non più tardi di trenta giorni dal versamento del saldo del prezzo, il giudice dell'esecuzione deve formare un "progetto di distribuzione" contenente la graduazione dei creditori che vi partecipano (art.596 c.p.c.).

Scopo della presente trattazione è di evidenziare i principali problemi che si pongono in sede di redazione del piano di riparto al fine di fornire un quadro, quanto più possibile completo ed aggiornato, della più recente evoluzione normativa e giurisprudenziale relativa alle questioni che, nella pratica quotidiana, si presentano con maggior frequenza all'attenzione dell'interprete.

L'ambizioso obiettivo (di certo non raggiunto) è quello di fornire un agevole supporto di lavoro; utile, non solo in fase di predisposizione del piano di riparto, ma anche (e soprattutto), nell'ipotesi di sua contestazione.

La nuova formulazione dell'art.512 c.p.c. consegna al giudice dell'esecuzione uno strumento di eccezionale incisività che, se correttamente utilizzato, può assumere notevole efficacia deflattiva del contenzioso distributivo.

Esso, tuttavia, presuppone un giudice consapevole e preparato in grado di risolvere tempestivamente anche questioni di notevole complessità.

Di qui la necessità di concepire uno strumento di lavoro flessibile che non abbia la pretesa di prospettare soluzioni dommatiche (lasciate al singolo interprete) ma di rappresentare i principali indirizzi giurisprudenziali di riferimento.

In quest'ottica si affronteranno:

- a) le principali questioni connesse alla collocazione dei crediti privilegiati ex art.2770 c.c.;
- b) le problematiche relative alla collocazione dei crediti ipotecari; con particolare riguardo all'ambito applicativo dell'art.2855 c.c.;
- c) la collocazione dei crediti di natura fondiaria; con particolare riguardo ai problemi derivanti dall'interazione tra la procedura esecutiva individuale e le procedure concorsuali;
- d) la disciplina della circolazione del credito; con particolare riguardo agli istituti della "cessione dei crediti d'impresa" e della c.d. "cartolarizzazione".

## II. LA COLLOCAZIONE DEI CREDITI PRIVILEGIATI EX ART.2770 C.C.

L'art.2770 c.c. riconosce natura privilegiata sul prezzo degli immobili ai crediti per le spese di giustizia fatte per atti conservativi o per l'espropriazione dei beni stessi.

Pari privilegio è riconosciuto, altresì, al credito dell'acquirente di un immobile per le spese fatte per la dichiarazione di liberazione dell'immobile dalle ipoteche.<sup>1</sup>

L'art.2777 c.c. attribuisce a tale privilegio la prevalenza assoluta su di ogni altro credito "anche pignoratorio o ipotecario".

### **PRIVILEGIO EX ART.2770 C.C. E PREDEDUZIONE**

Un primo problema è stabilire se, ed in che limiti, siano riferibili a questa norma tutti i crediti maturati nell'interesse comune dei creditori o se, alla stregua di quanto avviene nelle procedure concorsuali si debba operare una distinzione tra crediti privilegiati ex art.2770 c.c. e crediti c.d. in "prededuzione".

Il problema si pone giacché nelle procedure esecutive individuali manca una norma come quella prevista dall'art.111 della Legge fallimentare che, nello stabilire l'ordine di liquidazione dei crediti da soddisfare in sede di riparto, stabilisce che debbono essere pagati per primi i crediti maturati per il pagamento delle spese, comprese quelle anticipate dall'erario, e i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa e solo successivamente i crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute.<sup>2</sup>

La questione non è di poco conto. L'estendersi dei meccanismi di delega nell'ambito delle procedure esecutive individuali, l'obbligatoria pubblicazione delle vendite nella forma della pubblicità commerciale, l'estensione dell'ambito della custodia ed, infine, il pressoché obbligatorio ricorso alla divisione giudiziale porta ad un inevitabile levitazione dei "costi dell'esecuzione" ed al conseguente aumento delle possibilità che la procedura esecutiva immobiliare diventi "autoreferenziale" in quanto appena sufficiente (o anche insufficiente) a coprire i costi processuali.

In tale ipotesi, ove si affermasse la non operatività anche in sede esecutiva individuale della distinzione tra crediti prededucibili e crediti privilegiati ex art.2770 si dovrebbe necessariamente affermare il concorso tra le spese di custodia, quelle per la stima, quelle per il pagamento dell'Invim, quelle per la pubblicità delle vendite (certamente prededucibili), con tutte le altre previste specificatamente dall'art.2770 e, quindi, con quelle di conservazione giuridica del garanzia

---

<sup>1</sup> L'art.2755 c.c. riconosce identico privilegio ai crediti per spese di giustizia fatte per atti conservativi o per l'espropriazione di beni mobili nell'interesse comune dei creditori sui beni stessi.

<sup>2</sup> L'art.111 del R.D. 16 marzo 1942, n.267 stabilisce espressamente che: "Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:

per il pagamento delle spese, comprese le spese anticipate dall'erario, e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo è stato autorizzato;

per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge;

per il pagamento dei crediti chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito [...]

I prelevamenti indicati al n.1) sono determinati con decreto del Giudice delegato.

Lo stesso art.111, nel testo in vigore dal 16 luglio 2006 per effetto del Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n.5 ha modificato il n.1 sostituendolo con la dizione "per il pagamento dei crediti prededucibili" e ha modificato l'ultimo comma specificando che "Sono considerati debiti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge [...]"

patrimoniale del debitore, con quelle ordinarie per il processo esecutivo o con quelle di cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli.<sup>3</sup>

Sul punto non si rinviene giurisprudenza di legittimità.

Deve, comunque, ritenersi che, atteso il regime di tipicità e specialità dei diritti di prelazione, la norma dell'art.111 della legge fallimentare esaurisca il suo effetto in ambito concorsuale. Essa, in effetti, individua una ulteriore categoria di crediti privilegiati (i crediti preeducibili) cui attribuisce, limitatamente all'ipotesi di distribuzione in sede fallimentare, un autonomo privilegio distinto da quello dell'art.2770.

Non solo.

A ben vendere i crediti generalmente considerati preeducibili, sono esclusivamente quelli derivanti dall'attività del fallimento. Soggetto distinto dai creditori in esso insinuati.

Nella procedura esecutiva individuale, per converso, la titolarità dell'azione esecutiva è in capo al creditore di volta in volta procedente su cui incombe l'onere di anticipazione previsto dagli artt.90 e 95 c.p.c.

Anche, in quest'ottica, quindi, evidente appare la diversità tra le due procedure e la non estendibilità alla procedura esecutiva individuale del concetto di spesa in preeducazione operante in sede fallimentare.

## **L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART.2770**

### IL CONCETTO DI "SPESA PER ATTI CONSERVATIVI"

Generalmente si ritiene che per "spese di giustizia per atti conservativi", cui fa riferimento l'art.2770 c.c., si intendano anche le spese sostenute per la conservazione materiale del bene.

L'assunto non è condivisibile.

La giurisprudenza di legittimità ha da sempre evidenziato che per spese di giustizia "per atti conservativi" ex art.2770 c.c. devono intendersi unicamente quelle incontrate dai creditori per atti di conservazione giuridica del bene, ossia per atti - quali, ad es., le spese dell'azione surrogatoria o del sequestro conservativo - che, mirando ad impedire la sottrazione del bene alla garanzia dei creditori, siano valse o comunque preordinati a consentirne l'espropriazione.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Per meglio comprendere la reale portata del problema si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui si di un bene di scarso valore commerciale gravi un'ipoteca iscritta per un importo considerevole ed i cui oneri fiscali di cancellazione siano consistenti.

<sup>4</sup> Vedi Sez. 1, Sentenza n. 2641 del 17/07/1969 (Rv. 342286) che, seppur con riferimento all'eguale privilegio stabilito dall'art.554 del codice della navigazione (il quale enumera testualmente nel primo gruppo dei crediti privilegiati sulla nave e sue pertinenze nonché sul nolo e suoi accessori le spese giudiziali dovute allo stato o fatte nell'interesse comune dei creditori per atti conservativi sulla nave o per il processo di esecuzione) ha evidenziato che: "per 'spese fatte per atti conservativi sulla nave' devono intendersi unicamente quelle incontrate dai creditori per atti di conservazione giuridica del bene, ossia per atti - quali, ad es., le spese dell'azione surrogatoria o del sequestro conservativo - che, mirando ad impedire la sottrazione del bene alla garanzia dei creditori, siano valse o comunque preordinati a consentirne l'espropriazione" mentre "le spese incontrate per la conservazione materiale della nave possono fruire d'identico privilegio unicamente nell'ipotesi - prevista dall'ultima parte del n.1 dell'art.552 cod.nav. - in cui siano state fatte 'dopo l'entrata della nave nell'ultimo porto' ed in quella prevista dal n.6 del citato articolo - che siano state fatte dal comandante in conseguenza di contratti stipulati o di operazioni eseguite in virtù dei suoi poteri legali."

Il concetto di atto conservativo, quindi, secondo la giurisprudenza di legittimità, ha meramente valenza giuridica e deve essere letto come spesa di giustizia diretta a conservare la garanzia patrimoniale del debitore o dei suoi garanti.

Si è quindi escluso tale privilegio:

- a) alle spese sostenute per il sequestro giudiziario;<sup>5</sup>
- b) alle spese sostenute da un creditore per il giudizio di simulazione assoluta della vendita di un bene da parte del debitore;<sup>6</sup>
- c) alle spese sostenute dal creditore che abbia posto in essere l'atto conservativo per il riconoscimento, in sede di giudizio di merito, della fondatezza del proprio diritto;<sup>7</sup>
- d) alle spese di giustizia sostenute dal creditore per il pignoramento di un bene immobile già gravato da ipoteca in suo favore (invero con motivazione assai discutibile attesa l'inidoneità del vincolo ipotecario a garantire il patrimonio del debitore dall'aggressione di altri creditori a lui estranei);<sup>8</sup>

#### LE SPESE DELLA PROCEDURA ESECUTIVA

L'art.2770 cod. civ. pone in privilegio anche le spese sostenute per l'espropriazione dei beni immobili sostenute nell'interesse comune dei creditori.

Sono da considerarsi comprese in questa categoria di crediti privilegiati:

---

<sup>5</sup> Sez. 1, Sentenza n. **3461** del 24/10/1968 (Rv. 336595) secondo cui il privilegio di cui all'art. 2770 cod. civ. per crediti per atti conservativi è diretto ad assicurare una particolare collocazione alle spese di giustizia fatte per atti che tendono a conservare la garanzia patrimoniale costituita dai beni del debitore (art. 2740 cod. civ.) ovvero a realizzare coattivamente il valore di essi (art. 2910 cod. civ.) e siano idonei, almeno potenzialmente, ad avvantaggiare gli altri creditori aventi interesse agli atti conservativi o di esecuzione sul patrimonio del debitore. Esso non può, quindi, estendersi alla diversa ipotesi del sequestro giudiziario perchè le spese sopportate da colui che ottiene la custodia o la gestione dei beni in ordine ai quali vanta una pretesa di proprietà o di possesso sono rivolte ad evitare il pericolo di deterioramenti sottrazione od alterazioni di quel bene della cui proprietà o del cui possesso si controverte, al fine di assicurare l'efficacia pratica del provvedimento definitivo richiesto in ordine ad esso, e non certo a garantire la conservazione del patrimonio del debitore in funzione dell'espropriazione forzata, in conformità dell'interesse degli altri creditori.

<sup>6</sup> Sez. 2, Sentenza n. **2134** del 30/07/1966 (Rv. 324158) secondo cui ai fini dell'art. 2770 cod.civ., il giudizio di simulazione assoluta della vendita di un bene da parte del debitore, promosso vittoriosamente da uno dei suoi creditori non può essere qualificato, per sua natura, -atto conservativo in senso proprio- compiuto nell'interesse comune di tutti i creditori e non può, pertanto, riconoscersi al creditore che tale giudizio abbia promosso, un privilegio sul prezzo dell'immobile per il pagamento delle spese di lite. Gli atti conservativi cui la citata norma si riferisce sono, infatti, solo quelli previsti dagli artt.670 e segg. del cod. proc.civ..

<sup>7</sup> Sez. 1, Sentenza n. **1837** del 09/02/2001 (Rv. 543743) secondo cui il privilegio di cui all'art. 2770 cod. civ. spetta soltanto in relazione alle spese utili alla conservazione del patrimonio del debitore nell'interesse di tutti i creditori, non anche per quelle sostenute dal creditore per il riconoscimento, in sede di giudizio di merito, della fondatezza del proprio diritto.

<sup>8</sup> **Tribunale di Firenze**: Sentenza del 12/05/1989 (Presidente:PARISI. Estensore:PAVONE) secondo cui: "Il credito per spese di giustizia sostenute dal creditore per il pignoramento di un bene immobile già gravato da ipoteca in suo favore non è assistito dal privilegio di cui all'art.2770 cod. civ., in quanto l'attività esecutiva spiegata non ha l'attitudine - né effettiva, né potenziale - a procurare un vantaggio nell'interesse comune dei creditori. (IL FALLIMENTO E LE ALTRE PROCEDURE CONCORDATARIE; anno 1989; pag. 1234).

- a) le spese necessarie alla prosecuzione del processo ovvero tutte quelle spese che non necessitano di preventiva autorizzazione del giudice del giudice dell'esecuzione e che, se non sostenute, conducono all'inefficacia del pignoramento o all'estinzione del processo;
- b) le spese autorizzate ovvero quelle spese che il giudice dell'esecuzione, nell'esercizio del suo potere ordinatorio, abbia posto provvisoriamente a carico di una o più parti al fine di garantire il corretto svolgimento del processo esecutivo;

Devono ritenersi comprese nella prima categoria:

- le spese<sup>9</sup> sostenute per la redazione ed il deposito dell'istanza di vendita;
- le spese sostenute per la richiesta ed il deposito della certificazione ipotecaria e catastale o per la redazione della certificazione notarile sostitutiva;
- le spese sostenute per il pagamento degli oneri di stima e di custodia;
- le spese sostenute per la partecipazione all'udienza di autorizzazione alla vendita ed a tutte le udienze astrattamente idonee a provocare l'estinzione del processo ex art.631 c.p.c.;
- le spese sostenute per l'introduzione del giudizio di divisione;

Devono ritenersi comprese nella seconda categoria:

- le eventuali spese sostenute per l'effettuazione di notificazioni normalmente poste a carico della Cancelleria;
- le eventuali spese per atti diretti a garantire il valore commerciale del bene;
- le spese sostenute per la pubblicità.

Non sono certamente coperte dal privilegio ex art.2770:

- le spese per la redazione dell'atto di precetto e per la notifica del titolo esecutivo<sup>10</sup>;
- le spese relative ai diritti procuratori per la partecipazione alle "udienze" di vendita;<sup>11</sup>
- le spese sostenute dal creditore per l'estensione del pignoramento nell'ipotesi prevista dall'art.499, 4° comma, c.p.c.;
- le spese sostenute per la partecipazione alle udienze fissate a seguito di incidente di esecuzione;
- le spese, i diritti e gli onorari sostenuti per la costituzione nei giudizi di opposizione o per la costituzione nel giudizio di divisione.<sup>12</sup>

È appena il caso di ricordare, infine, che il credito per le spese d'esecuzione, anticipate dal creditore procedente ex art 90 cod. proc. Civ., sorge non già di volta in volta, quando vengono compiuti i singoli atti esecutivi, bensì nel momento in cui viene emessa l'ordinanza di distribuzione, con la quale il giudice dell'esecuzione accerta e liquida le spese anticipate dal creditore e destina al soddisfacimento del relativo credito, con privilegio (artt 2755, 2770 cod. civ.), una parte della somma ricavata. Da ciò consegue che, qualora il giudice ometta per errore di liquidare le spese

---

<sup>9</sup> Compresi gli eventuali diritti procuratori maturati.

<sup>10</sup> Si tratta di spese che seppur propedeutiche all'inizio del processo esecutivo sono ad esso estranee.

<sup>11</sup> Non è, infatti, necessaria la presenza del creditore all'udienza fissata per la vendita. Ad essa, infatti, non si applica la disposizione dell'art.631 c.p.c.;

<sup>12</sup> La partecipazione dei creditori ai c.d. incidenti d'esecuzione in senso lato (giudizi oppositivi, procedimenti di riduzione del pignoramento, di conversione, assegnazione ecc.) è meramente eventuale e non necessaria. Nella sola ipotesi d'introduzione del giudizio di divisione disposto per ordine del giudice, le spese relative alla costituzione in giudizio dell'attore, alla sua partecipazione alle udienze, alla trascrizione della domanda di divisione e quant'altro necessario al corretto svolgimento del giudizio di divisione (ivi comprese le spese di chiamata in causa dei creditori iscritti dei comproprietari) potranno trovare rimborso in privilegio ex art.2770 c.c..

anticipate dal creditore limitandosi ad attribuirgli una somma in soddisfacimento del credito risultante dal titolo esecutivo e questi non produca opposizione al riparto, il pagamento effettuato dal debitore non può che essere imputato al credito risultante dal titolo esecutivo, e non già al credito per le spese processuali anticipate, che ancora non è sorto.<sup>13</sup>

#### LE SPESE PER LE CANCELLAZIONI

Non sussistono dubbi che le spese sostenute dall'aggiudicatario del compendio immobiliare pignorato per la cancellazione delle formalità pregiudizievoli siano rimborsabili in privilegio ex art.2770 c.c.<sup>14</sup>

Non si pongono particolari problemi se esse sono sostenute direttamente dal custode o dal delegato ex art.591bis, n.11 c.p.c. con fondi prelevati dal saldo del prezzo della vendita.

Al contrario, qualora esse siano sostenute direttamente dall'aggiudicatario si è posto il problema se fosse necessario, o no, un formale intervento nell'ambito della procedura esecutiva.

Non si rinviene giurisprudenza di legittimità sul punto.

Sul punto si osserva, tuttavia, che l'aggiudicatario non può essere ritenuto un creditore del debitore esecutato in senso tecnico. Egli è titolare di un diritto di credito nei confronti della procedura a lui derivante direttamente dalla legge.

Non solo, preso atto dell'attuale formulazione dell'art.499, 1° comma, c.p.c., egli, in quanto privo di titolo esecutivo nei confronti del debitore esecutato, non potrebbe spiegare utilmente intervento nella procedura.<sup>15</sup>

Deve quindi concludersi che

- a) l'aggiudicatario non è un contraddittore necessario in sede di riparto (in guisa che non deve essere necessariamente integrato il contraddittorio nei suoi confronti);
- b) egli ha diritto al rimborso delle spese eventualmente anticipate per la cancellazione delle formalità pregiudizievoli;
- c) egli non deve spiegare intervento ex art.499 c.p.c. ma può accedere al riparto previa semplice istanza supportata dalla prova dell'avvenuto pagamento dei relativi oneri;

Si deve, comunque segnalare che, nell'ambito della vendita forzata il giudice dell'esecuzione (o quello delegato al fallimento) può, con proprio provvedimento, porre le spese per la cancellazione delle trascrizioni ed iscrizioni gravanti sull'immobile trasferito a carico dell'aggiudicatario, anziché a carico del debitore (o della massa fallimentare), come disposto dagli artt. 2878 cod. civ. e 586 cod. proc. civ. (nonché 105 della legge fall.), poiché il principio dell'obbligo del pagamento delle spese

---

<sup>13</sup> Sez. 3, Sentenza n. **5310** del 07/12/1977 (Rv. 388972).

<sup>14</sup> Sez. 1, Sentenza n. **929** del 11/02/1980 (Rv. 404368) secondo cui le spese incontrate dall'aggiudicatario per la cancellazione delle ipoteche iscritte sull'immobile sottoposto ad espropriazione forzata, in conformità dell'ordine impartito dal giudice della esecuzione con il decreto di trasferimento (art 586 cod. proc. Civ.) godono del privilegio ex art.2770 cod. civ, come spese di giustizia sostenute per l'espropriazione di beni immobili nell'interesse comune dei creditori.

<sup>15</sup> L'intervento non titolato è consentito solo ai titolari di un diritto di prelazione sull'immobile risultante dai pubblici registri o a coloro che vantano un credito (anteriore al pignoramento) risultante dalle scritture contabili di cui all'art.2214 cod. civ.

predette a carico del debitore (o della massa fallimentare) non può dirsi inderogabile, non essendo tale inderogabilità sancita da alcuna norma di legge, e non avendo esso ad oggetto situazioni soggettive indisponibili.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Sez. 1, Sentenza n. **10909** del 25/07/2002 (Rv. 556187).



### III. IL RIPARTO DEI CREDITI IPOTECARI. PROFILI DI INTERESSE

Il credito ipotecario è ancora oggi in Italia uno dei principali mezzi di finanziamento dei privati. Esso è certamente tra i più azionati nelle procedure esecutive di tipo non concorsuale ed alla sua disciplina, quindi, appare opportuno dedicare notevole attenzione.

#### IL LIMITE DELLA GARANZIA IPOTECARIA

Un primo problema è capire entro che limite opera la garanzia ipotecaria.

Come è noto l'art.2809 c.c. stabilisce espressamente che "l'ipoteca deve essere iscritta su beni specialmente indicati e per una somma determinata in denaro".

La norma costituisce il fondamento normativo dei cosiddetti principi di specialità e determinatezza delle ipoteche:

- **Specialità** nel senso che l'ipoteca deve avere ad oggetto beni esattamente individuati;
- **Determinatezza** (specialità soggettiva) nel senso che per la sua validità il vincolo ipotecario deve essere riferito ad uno specifico credito garantito e per una somma determinata.<sup>17</sup>

Dall'affermazione di tale principio derivano tre effetti:

- a) l'ipoteca è necessariamente accessoria all'obbligazione garantita e quindi non può essere ceduta né trasferita senza il credito garantito;
- b) l'ipoteca viene meno nell'ipotesi in cui venga meno il diritto di credito garantito;<sup>18</sup>
- c) l'ipoteca dà diritto ad aggredire i beni del terzo acquirente nei limiti iscritti della garanzia ipotecaria;<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Confronta Sez. 1, Sentenza n. **23669** del 06/11/2006 (Rv. 593105), secondo cui l'accessorietà dell'ipoteca - che può essere concessa e iscritta soltanto per un determinato credito - ne denota la mancanza di autonomia rispetto all'obbligazione garantita; l'ipoteca non può, quindi, essere ceduta con effetti reali senza il credito garantito né trasferita a un chirografo, cui farebbe acquistare una prelazione prima inesistente. La specialità soggettiva della ipoteca, espressamente affermata dall'art. 2809 cod.civ., indica, a sua volta, che, per la validità stessa del vincolo ipotecario, sono necessarie l'individuazione del credito garantito e la specificazione della somma dovuta; essa è un naturale completamento del principio della determinatezza della garanzia e sta a significare che la legge non consente al creditore di estendere il vincolo ipotecario a un credito diverso da quello garantito. Il connotato dell'accessorietà (che poi si sostanzia anche in un rigido meccanismo di pubblicità legale) comporta, pertanto, l'estinzione dell'ipoteca una volta affermata la simulazione del credito a garanzia del quale era stata concessa; e la specialità soggettiva dell'ipoteca implica l'inesistibilità della garanzia ipotecaria all'obbligazione collegata al contratto dissimulato, poiché estranea al rapporto per la quale era stata prevista.

<sup>18</sup> Sez. 1, Sentenza n. **1724** del 14/03/1980 (Rv. 405336), Sez. 3, Sentenza n. **3145** del 13/07/1977 (Rv. 386677), Sez. 1, Sentenza n. **1275** del 07/05/1974 (Rv. 369343). Sulla scorta di tale assunto, la Cassazione ha ad esempio affermato: a) che la garanzia ipotecaria, concessa con limitato riferimento ad una obbligazione cambiaria, non si estende all'obbligazione derivante dal rapporto sottostante, e, pertanto, viene meno per effetto della estinzione per prescrizione triennale della prima, della quale costituisce un accessorio; b) che la garanzia non si estende al negozio sottostante il negozio simulato garantito.

<sup>19</sup> Sez. 3, Sentenza n. **6471** del 08/06/1995 (Rv. 492738): Poiché il vincolo della garanzia ipotecaria opera in danno del terzo acquirente dell'immobile ipotecato solo nei limiti della somma per la quale è iscritto e delle ulteriori somme alle quali la garanzia è estesa ai sensi dell'art. 2809 cod. civ., il creditore che ha eseguito il pignoramento dell'immobile presso il terzo proprietario non può far valere il suo credito sulla somma ricavata dalla vendita per somme eccedenti i predetti limiti.

Essenziale, è quindi stabilire l'esatta portata dell'art.2809 e comprendere, anche alla luce di quanto stabilito dall'art.2855 c.c., l'ambito di estensione del privilegio ipotecario. Troppo spesso, in fatti, alla sottovalutazione della portata e dell'ambito applicativo dell'art.2855 coincide la compressione della sfera di tutela dei creditori chirografari con evidente violazione dell'art.2741 c.c. che fissa il principio della "*par condicio creditorum*" universalmente operante anche al di fuori delle procedure tipicamente concorsuali.

#### IL CONCETTO DI SOMMA DETERMINATA

In primo luogo occorre circoscrivere con esattezza il concetto di "somma determinata" cui fa riferimento l'art.2089 c.c..

Taluni ritengono, infatti, che il limite della somma iscritta costituisca il limite della garanzia anche con riferimento agli interessi di cui all'art.2855, commi secondo e terzo c.c.<sup>20</sup>. Ovvero che l'importo garantito non può mai essere superiore a quello espressamente indicato dalla nota di iscrizione.

Tale tesi restrittiva si basa principalmente sulla lettura coordinata degli artt. 2838 e 2839 n. 4 c.c. secondo cui se la somma di danaro non è determinata negli atti in base ai quali l'iscrizione è eseguita o in atto successivo, essa è, determinata dal creditore nella nota per l'iscrizione e che, qualora tra la somma enunciata nell'atto e quella enunciata nella nota vi sia divergenza, l'iscrizione ha efficacia per la somma minore e che impone al creditore di indicare nella nota di iscrizione la somma per la quale essa è presa.

Tali norme, lette alla luce del mutamento di formulazione rispetto alla corrispondente norma del codice abrogato, nel quale si faceva riferimento alla "somma dovuta" (art. 1978, n. 4), dimostrerebbero, secondo i sostenitori di questa tesi, la fondatezza della stessa nel senso che l'indicazione contenuta nella norma sopra menzionata appare giustificata soltanto riconoscendo che il limite della garanzia è segnato, non dall'ammontare del credito, bensì, dalla somma indicata nell'iscrizione e che anche per gli interessi di cui all'art. 2855 c.c. questo limite non può essere superato.

#### §

La giurisprudenza di legittimità e di merito si sono da tempo assestate su di un'altra posizione sostenendo che gli effetti dell'iscrizione ipotecaria si estendono agli interessi di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 2855 cod.civ., senza che tale estensione possa intendersi contenuta entro i limiti dell'ammontare della somma per la quale è stata compiuta l'iscrizione ipotecaria, purché la misura degli interessi sia indicata nell'iscrizione.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> **Art. 2855 cod. civ. (Estensione degli effetti dell'iscrizione) L'iscrizione del credito fa collocare nello stesso grado le spese dell'atto di costituzione d'ipoteca, quelle dell'iscrizione e rinnovazione e quelle ordinarie occorrenti per l'intervento nel processo di esecuzione. Per il credito di maggiori spese giudiziali le parti possono estendere l'ipoteca con patto espresso, purché sia presa la corrispondente iscrizione.**

**Qualunque sia la spese di ipoteca, l'iscrizione di un capitale che produce interessi fa collocare nello stesso grado gli interessi dovuti, purché ne sia enunciata la misura nell'iscrizione. La collocazione degli interessi è limitata alle due annate anteriori e a quella in corso al giorno del pignoramento, ancorché sia stata pattuita l'estensione a un maggior numero di annualità; le iscrizioni particolari prese per altri arretrati hanno effetto dalla loro data. L'iscrizione del capitale fa pure collocare nello stesso grado gli interessi maturati dopo il compimento dell'annata in corso alla data del pignoramento, però soltanto nella misura legale e fino alla data della vendita.**

<sup>21</sup> Sez. 1, Sentenza n. **1116** del 01/02/1995 (Rv. 490149), Sez. 3, Sentenza n. **1869** del 18/02/2000 (Rv. 534092) e Sez. 2, Sentenza n. 6052 del 30/05/1995 (Rv. 492571).

I sostenitori di tale secondo indirizzo rilevano che l'art. 2838 in correlazione con il principio di specialità dell'ipoteca prevede il caso in cui la determinazione della somma di danaro che si vuole garantire non risulta al momento dell'iscrizione, e consente, per evitare dannose lungaggini, che la somma venga fissata dal creditore (ma in tale situazione il debitore è tutelato attraverso il rimedio della riduzione di cui all'art. 2874); quanto all'art. 2839 n. 4, esso indica uno dei requisiti della nota del quadro della regolamentazione delle formalità, necessarie per l'iscrizione.

Ma, proprio perché, l'indicazione della somma per la quale l'iscrizione è presa non può, garantire gli interessi non ancora venuti ad esistenza, si è resa necessaria la previsione di cui all'art. 2855 per effetto della quale la garanzia ipotecaria si estende ad essi anche al di là dei limiti della somma iscritta.<sup>22</sup>

## §

Tanto detto si deve indagare:

- a) in primo luogo, se sia possibile, in luogo dell'indicazione del capitale e della misura degli interessi iscrivere una somma che comprenda sia il capitale, sia il triennio di interessi coperto da privilegio, sia gli interessi legali successivi al triennio;
- b) in secondo luogo quali siano le conseguenze dell'iscrizione per una somma determinata senza specificazione se essa si riferisca al solo capitale o anche agli accessori del credito;
- c) se sia possibilmente pattiziamente derogare alla norma dell'art.2855, 2° e terzo comma;
- d) che tipo di interessi si estende la garanzia ipotecaria, ovvero, se essa si riferisca ai soli interessi corrispettivi o si riferisca pure agli interessi moratori;
- e) che cosa si debba intendere per misura degli interessi;

### ***Gli effetti dell'iscrizione espressamente onnicomprensiva del capitale e degli interessi***

Quanto al primo profilo si deve certamente concludere per l'esito positivo.<sup>23</sup>

Se, infatti, la ratio del secondo comma dell'art. 2855 c.c., nella parte in cui richiede che sia indicato il tasso di interesse, è quella di permettere agli altri creditori o al terzo proprietario di calcolare quale sia il credito di interessi garantito dall'ipoteca, ove detta determinazione sia effettuata direttamente in sede di iscrizione, con l'individuazione di una somma specifica, viene maggiormente salvaguardata la finalità della norma.<sup>24</sup>

Si deve, infatti, ritenere che il creditore, che iscrive ipoteca volontaria, possa anche volontariamente limitare l'iscrizione solo a parte degli accessori.

E ciò in quanto l'automaticità degli effetti dell'iscrizione ipotecaria, di cui all'art. 2855 c.c., significa solo che detta disciplina opera *ope legis*, pur in assenza della volontà delle parti, espressa nel titolo

---

<sup>22</sup> Sez. 3, Sentenza n. **1869** del 18/02/2000 (Rv. 534092).

<sup>23</sup> Confronta inoltre sull'argomento: Sez. 1, Sentenza n. **4069** del 07/04/1995 (Rv. 491695), Sez. 1, Sentenza n. **9497** del 28/06/2002 (Rv. 555460).

<sup>24</sup> Sez. 1, Sentenza n. **2925** del 20/03/1998 (Rv. 513755), Sez. 1, Sentenza n. **8657** del 29/08/1998 (Rv. 518523), Sez. 1, Sentenza n. **10070** del 17/09/1999 (Rv. 530127) e Sez. 3, Sentenza n. **1869** del 18/02/2000 (Rv. 534092);

costitutivo dell'ipoteca, o del creditore in sede di iscrizione, ma non che essa non sia derogabile, versandosi in ipotesi di diritti disponibili.

Da ciò consegue che, se il creditore ha ritenuto di iscrivere ipoteca per una somma determinata globalmente che, per quanto copra oggettivamente solo una parte degli accessori, è indicata volontariamente come onnicomprensiva di ogni credito accessorio ai fini della garanzia ipotecaria, non può verificarsi l'estensione automatica degli effetti dell'iscrizione, prevista dall'art. 2855 c.c., poiché la volontà del creditore che ha proceduto all'iscrizione è stata quella di limitare alla sola somma iscritta gli effetti automatici dell'iscrizione, con esclusione degli stessi per la parte eccedente dei crediti accessori.

Estrema attenzione, deve, quindi compiersi nell'interpretare l'elemento volontaristico del creditore ipotecario nel momento dell'iscrizione ipotecaria e quindi della formazione della relativa nota.<sup>25</sup>

### *L'omessa indicazione nell'iscrizione della quota parte capitale e della quota parte interessi*

Quanto al secondo profilo (quali siano le conseguenze dell'iscrizione per una somma determinata senza specificazione se essa si riferisca al solo capitale o anche agli accessori del credito) la questione è certamente più complessa .

In primo luogo, si osserva che, la norma dell'art.2855 c.c. interviene a regolare il concorso tra i creditori, cercando "di temperare il pregiudizio che dal cumulo degli interessi a favore di un creditore ipotecario può derivare ai creditori posteriori"<sup>26</sup>. Deve conseguentemente ritenersi che i limiti da essa posti all'estensione degli effetti dell'iscrizione ipotecaria sono operanti anche quando l'importo degli interessi sia già ricompreso nella somma per la quale l'iscrizione ipotecaria è presa, mediante l'indicazione di un importo globale comprensivo di capitale ed interessi e che, conseguentemente, neppure in tal caso la collocazione degli interessi nello stesso grado dell'iscrizione ipotecaria riguardante il capitale può eccedere i limiti fissati dall'art. 2855 c.c..

Evidente, appare, quindi la necessità, in sede di predisposizione del riparto, di individuare, nell'ambito del credito conglobato, le componenti relative al capitale e agli interessi", al fine di

---

<sup>25</sup> Sul punto si legga anche Sez. 1, Sentenza n. **2925 del 1998**, secondo cui non è condivisibile l'assunto che l'art.2855 nella parte in cui stabilisce che la "iscrizione di un capitale che produce interessi" deve essere letto in necessaria coordinazione con l'art. 2838 Cod. civ. nel senso che, poiché quest'ultima norma impone al creditore di specificare l'importo che ritiene garantito da ipoteca, quando l'art. 2855 fa riferimento al "capitale iscritto", non può che far riferimento alla somma effettivamente iscritta, comprensiva di capitale ed interessi. Secondo la Corte, infatti, non v'è alcuna ragione che imponga o giustifichi una lettura coordinata del disposto degli artt. 2855 e 2838 Cod. civ.. Anzi, l'esegesi delle due disposizioni non può che essere autonoma e distinta stante la diversità della loro funzione e della loro disciplina. Ciò, tra l'altro, spiega la diversità delle locuzioni adottate in ciascuna di esse ed impedisce che nonostante la loro diversità dette locuzioni simboleggino un medesimo concetto. Il vero è, infatti, che la disposizione di cui all'art. 2838 Cod. civ., riguarda la particolare ipotesi che al momento dell'iscrizione non risulti l'esatto ammontare del credito che si intende garantire; ed ha lo scopo di contemperare l'attuazione del principio della specificità dell'ipoteca con l'esigenza ad evitare la perdita di tempo connessa alle lungaggini necessarie alla determinazione dell'esatto ammontare del credito, attraverso l'attribuzione al creditore la potestà di determinare unilateralmente l'ammontare dell'entità del credito da garantire, salva il diritto del debitore di instare per la riduzione della misura iscritta. Si tratta, dunque, di una norma che mira esclusivamente alla tutela del creditore, e che giustamente adotta l'anodina locuzione "somma per cui l'iscrizione è eseguita" in luogo di quella di "credito per capitale", una volta che, come si è detto, attiene ad una ipotesi nella quale l'ammontare del credito per capitale non è ancora determinato. Di contro, la disposizione di cui all'art. 2855 Cod. civ. mira ad evitare un accumulo di annualità eccessive di interessi tale da pregiudicare gli altri creditori ed il terzo proprietario. Quindi, mira a tutelare non già il creditore scrivendo, ma i terzi. In quest'ottica, allora, ben si spiega perché distingua tra "capitale iscritto che produce interessi" ed "interessi" prodotti dal credito capitale, prescindendo da qualsiasi riferimento agli interessi iscritti. La realtà è che vuole impedire che, in assoluto, la garanzia ipotecaria si estenda ad un credito per interessi superiore all'ammontare di quelli dovuti per un triennio.

<sup>26</sup> Sul punto si confronti anche la relazione di accompagnamento al codice civile.

verificare se la somma iscritta sia effettivamente limitata al solo triennio ed agli eventuali interessi ulteriori.<sup>27</sup>

In quest'ottica è stato correttamente evidenziato che è da escludere che la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 2855 Cod. civ., possa essere letta nel senso che gli "interessi" assoggettati al regime limitativo dell'effetto estensivo dell'ipoteca ivi previsto, siano esclusivamente quelli non ricompresi nell'ambito della "somma" per la quale è stata compiuta l'iscrizione ipotecaria. Tale ricostruzione, infatti, non trova alcun supporto testuale o sistematico e contrasta con l'univoco significato della locuzione normativa, specie ove si consideri che la norma si limita a far riferimento agli "interessi" in forma generica e generalizzante e senza alcuna specificazione atta a circoscrivere la portata del richiamo.

Le disposizioni di cui al secondo e terzo comma dell'art. 2855 Cod. civ. mirano, insomma ad evitare che, attraverso l'accumulo di annualità eccessive di interessi vengano ad essere pregiudicati i creditori successivi al primo ed i terzi proprietari; mirano ad evitare, cioè, l'eccessiva compressione delle aspettative dei terzi al soddisfacimento dei loro rispettivi diritti e delle relativa garanzia patrimoniale.

La norma, quindi, non ha una funzione di mera "pubblicità" in quanto mirerebbe ad impedire che, a causa del mancato pagamento degli interessi, l'importo per il quale è operante la garanzia assuma dimensioni che gli ulteriori creditori ed i terzi in genere non sono in condizione di conoscere.

Ai fini della validità dell'iscrizione ipotecaria nessun onere è imposto al creditore nella specificazione dell'importo del capitale e degli interessi eventualmente garantiti, giacché la disciplina dell'art.2855 opera a prescindere dalla volontà negoziale delle parti ed impone al Giudice dell'esecuzione, che il titolo deve necessariamente esaminare, l'onere di collocare unicamente gli interessi garantiti da prelazione ex art.2855, 2° e terzo comma.

#### ***L'inderogabilità della norma dell'art.2855, 2° e 3° comma***

Quanto al terzo profilo deve certamente essere esclusa la possibilità per le parti di derogare pattiziamente ai limiti di collocazione dell'art.2855, dovendosi ritenere invalida ogni pattuizione comportante la deroga al regime positivo in tema di limitazione dell'estensione della garanzia ipotecaria nei riguardi del credito per interessi.

Come correttamente evidenziato, infatti, la disciplina positiva salvaguarda la situazione giuridica dei terzi estranei al rapporto di credito assistito da ipoteca. L'eventuale pattuizione derogatoria degli effetti dell'art.2855 quindi, produrrebbe effetti pregiudicanti su soggetti che non hanno partecipato alla convenzione, in deroga alla posizione giuridica ad essi riconosciuta dall'ordinamento.<sup>28</sup>

#### ***La natura degli interessi cui fa riferimento l'art.2855, 2° comma***

Deve ora essere risolto il problema se l'estensione alla garanzia ipotecaria degli interessi sia relativa a tutti gli interessi maturati nel triennio o se essa debba intendersi limitata ai soli interessi convenzionali.

---

<sup>27</sup> Sez. 1, Sentenza n. **8657** del **1998** ed anche Sez. 1, Sentenza n. **2925** del **1998**.

<sup>28</sup> Lo stesso secondo comma dell'art. 2855 Cod. civ., per altro, dispone che la collocazione degli interessi nel grado del credito per capitale è limitata ai due anni anteriori a quello in corso alla data del pignoramento "ancorché sia stata pattuita l'estensione ad un maggior numero di annualità".

Secondo alcuni l'art. 2855, 2° comma, c.c. non fa alcuna distinzione tra interessi corrispettivi e moratori, onde non è legittimo ritenere che questi ultimi, a differenza dei primi, debbano avere collocazione chirografaria anziché ipotecaria, tanto più che, con la locuzione "capitale che produce interessi", il legislatore ha voluto soltanto distinguere il capitale fruttifero da quello infruttifero, non certamente affermare che gli interessi moratori non siano anch'essi prodotti dal capitale.

Non solo, secondo i sostenitori di tale tesi, la norma in questione, facendo riferimento agli interessi relativi all'annata in corso al giorno del pignoramento, rende evidente che anche gli interessi successivi al pignoramento medesimo (purché rientranti in quel periodo) godono della collocazione ipotecaria e che tali interessi sono necessariamente moratori, atteso che il creditore può promuovere l'esecuzione forzata solo a tutela di un credito scaduto ed esigibile. Essi osservano, inoltre, che l'ipoteca può garantire anche interessi moratori.

Orbene, tale tesi non appare condivisibile.

Si osserva, infatti, che nessun argomento a favore della collocazione ipotecaria degli interessi di mora maturati prima del pignoramento può essere tratto dalla circostanza che l'art. 2855, 2° comma, c.c. non distingue tra interessi corrispettivi e moratori: se, infatti, il legislatore si fosse riferito a tutti i capitali (anche, cioè, a quelli infruttiferi), gli "interessi dovuti" non avrebbero potuto essere altro che quelli moratori; ma, avendo precisato di riferirsi ai soli capitali fruttiferi, gli interessi dovuti devono ritenersi quelli prodotti dal capitale e non dalla mora.<sup>29</sup> Gli interessi moratori, trovano il loro presupposto in un ritardo imputabile (e quindi in un inadempimento) del debitore, mentre gli interessi compensativi (o corrispettivi), previsti dall'art. 1282 c.c., costituiscono una remunerazione del capitale e, appunto per questo, sono qualificati come "frutti civili" (art. 820, terzo comma, c.c.). Frutti civili cui fa effettivamente riferimento la norma dell'art.2855.<sup>30</sup>

Ne, peraltro, come si è detto, appare pattiziamente possibile scardinare il divieto normativo posto dall'art.2855 c.c. dovendosi, quindi, ritenere che se anche l'iscrizione abbia fatto espresso riferimento agli interessi moratori detta iscrizione deve ritenersi *tamquam non esset*, in quanto posta in violazione della *par condicio creditorum* sancita dall'art.2741 c.c..

Si deve, quindi, senz'altro concludere nel senso che la prelazione ipotecaria prevista dall'art.2855 c.c. è limitata unicamente agli interessi corrispettivi e non si estenda agli altri "fattori accessori" del credito quali gli interessi di mora, i diritti di commissione, le provvigioni speciali e simili<sup>31</sup>

### ***La misura degli interessi***

L'ultima delle questioni proposte in realtà non pone particolari questioni:

Per quanto di maggior interesse basterà sottolineare che:

- a) gli artt. 2788 e 2855 cod. civ., nel disporre che la prelazione ipotecaria per gli interessi maturati dopo la scadenza dell'annualità in corso al giorno del pignoramento e fino alla data

---

<sup>29</sup> Sez. 1, Sentenza n. **11033** del **1997**

<sup>30</sup> Sez. 1, Sentenza n. **8657** del **1998**

<sup>31</sup> Confronta sul punto anche se con particolare riferimento ai rapporti tra art.2855 e l'art.54 L.F. in materia di credito fondiario: Sez. 1, Sentenza n. **7148** del 03/12/1986 (Rv. 449227) Sez. L, Sentenza n. **6952** del 25/11/1986, Sez. 1, Sentenza n. **2196** del 02/03/1988, Sez. 3, Sentenza n. **4944** del 27/09/1982, Sez. 1, Sentenza n. **2734** del 25/10/1973.

della vendita ha luogo solo nella misura legale, si riferiscono all'interesse legale del 5% previsto dall'art. 1284 cod. civ.. è escluso, quindi, ogni riferimento a saggi d'interesse stabiliti in misura superiore da norme speciali;<sup>32</sup>

- b) occorre necessariamente la produzione in giudizio della nota di iscrizione di ipoteca ai fini della collazione in sede di riparto e ciò, in quanto, occorre necessariamente verificare non solo la corretta iscrizione della misura degli interessi ma anche del relativo capitale.<sup>33</sup>

IL CONCETTO DI ANNO IN CORSO ALLA DATA DEL PIGNORAMENTO (ART.2855, 2° COMMA)

L'art.2855, 2° comma, c.p.c. stabilisce espressamente che "La collocazione degli interessi è limitata alle due annate anteriori e a quella in corso alla data del pignoramento".

Tanto detto, si osserva sinteticamente che, ai fini della corretta applicazione della norma:

- 1) l'anno in corso, menzionato dall'art. 2855 cod. civ., va inteso non come anno solare, ma come arco di tempo della durata di dodici mesi, il cui inizio corrisponde a quello del debito per interessi.<sup>34</sup>
- 2) nell'ipotesi di coesistenza tra la procedura esecutiva individuale ed il fallimento del debitore esecutato, ai fini dell'applicazione dell'art. 2855 e per la determinazione degli interessi da considerare collocati nello stesso grado del credito assistito da iscrizione ipotecaria, deve aversi riguardo non alla data dell'originario pignoramento bensì a quella della dichiarazione del fallimento, giusto il disposto dell'art. 54, ultimo comma legge fall..<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Sez. 1, Sentenza n. **7148** del 03/12/1986 (Rv. 449227).

<sup>33</sup> Sez.1, Sentenza n. **15111** del 28/11/2001 (Rv. 550689) secondo cui Dalla disposizione del secondo comma dell'art. 2855 cod. civ. (a norma del quale, qualunque sia la specie d'ipoteca, l'iscrizione di un capitale che produce interessi fa collocare nello stesso grado gli interessi dovuti, purché ne sia enunciata la misura nell'iscrizione) si evince che l'enunciazione nell'iscrizione ipotecaria della misura degli interessi è condizione per il riconoscimento della prelazione degli stessi. Ne consegue che il giudice delegato al fallimento, senza che sia prodotta la nota d'iscrizione ipotecaria, non può ammettere al passivo con prelazione (neppure nella misura legale) gli interessi relativi al credito indicato nella cambiale ipotecaria.

<sup>34</sup> Sez. 1, Sentenza n. **4124** del 26/04/1999 (Rv. 525734) e Sez. 1, Sentenza n. **4079** del 03/04/1992 (Rv. 476571). Osserva, in particolare, la Suprema Corte che nell'interpretare la norma, si deve tenere conto della differenza concettuale fra "anno" e-o "annate" e "calendario comune", nelle espressioni legislative che li riguardano. Per calendario comune o civile si intende quello (attuale) "gregoriano" di durata variabile tra i 365 ed i 366 giorni. Per anno o annata si intende, invece, un arco di tempo di durata di 12 mesi, il cui inizio segna il rinnovarsi di un qualsiasi momento convenzionale o attività periodica. È evidente, allora, che l'espressione "anno" non significa spazio temporale con inizio dal mese di gennaio e dal giorno uno di esso, giacché il riferimento al termine iniziale appartiene alla situazione cui si riferisce l'intento pubblico o privato (si pensi alle espressioni, da un lato, al concetto di anno scolastico, accademico, liturgico, giudiziario, finanziario e, dall'altro, agli anniversari delle nascite, del matrimonio oppure dei contratti privati delle locazioni, dei mutui ecc.). In quest'ottica deve essere letto l'art. 2963 c.c. in connessione con l'art. 155 c.c.: se il 2 comma dell'art. 2963 c.c. sancisce che il "dies a quo" (cioè il termine iniziale dell'anno civile) non si computa nei 365 giorni da calcolare per la determinazione dell'anno, è evidente che questo non corrisponde all'anno solare (1 gennaio - 31 dicembre), ma a quell'anno che si realizza solo dopo la "determinazione" del termine iniziale. Questa si effettua in funzione del rapporto giuridico della cui temporalità si deve avere riguardo.

<sup>35</sup> Sez. 1, Sentenza n. **5987** del 1992. Osserva la Suprema Corte che la Legge Fallimentare delinea e disciplina un unico tipo di procedimento per la determinazione del concorso dei creditori sull'attivo liquidato e per la partecipazione dei concorrenti alla ripartizione della liquidità acquisita. Nessuna norma delinea espressioni disciplinari eccezionali in virtù delle modalità di acquisizione della liquidità, sia essa dovuta a somme trovate nel possesso del fallito ed inventariate all'origine, sia essa conseguita con la vendita fallimentare di beni inventariati, sia essa conseguente alla riscossione, volontaria o giudiziale, di crediti del fallito.

Secondo il dettato dell'art. 110, comma 1, L.F., il progetto di riparto, su cui si imposta tutta la procedura di distribuzione dell'attivo, viene eseguito sulle "somme disponibili", senza che alcuna distinzione venga fatta in sede normativa in

---

relazione alla fonte della disponibilità. È sufficiente rilevare la connessione logica e strutturale tra la disciplina degli artt. 52 e 53 L.F. (secondo cui la partecipazione al concorso, anche dei crediti ipotecari, richiede il necessario accertamento secondo le norme del procedimento di verifica), quella dell'art. 97 L.F. (secondo cui, nell'interpretazione decisamente prevalente, il decreto di esecutività dello stato passivo costituisce un provvedimento giurisdizionale di carattere decisorio che, quanto meno nell'ambito della procedura fallimentare, fa stato con effetto preclusivo), con la disciplina degli artt. 110 e 111, comma 1, n. 2 e 3 L.F. (secondo cui i redditi, ancorché muniti di titolo di prelazione, partecipano alla distribuzione delle somme se ed in quanto ammessi al passivo e secondo i dati quantitativi e qualificativi della ammissione esecutiva), per rendersi conto che l'istanza di ammissione al passivo (ed il provvedimento che ad essa corrisponde) non costituisce solo un accertamento fine a se stesso, ma integra la modalità necessaria, unica e preclusiva di partecipazione al concorso, dando contenuto al titolo esecutivo unico del procedimento concorsuale, rappresentato dalla sentenza dichiarativa di fallimento, nonché il titolo della partecipazione del singolo creditore alla distribuzione dell'attivo.

La struttura, unica, lineare e monolitica nella sua logica essenziale, delineata dalla Legge fallimentare per l'instaurazione e l'esecuzione del concorso, con fasi processuali progressive, connesse ed inscindibili, non può essere superata con riferimento alla disciplina del I, del III e del IV comma dell'art. 107 L.F., nella quale non si individua con chiarezza un'eccezione al principio rilevato, sia pure con riferimento alla liquidità che il fallimento acquisisca da una procedura esecutiva ordinaria in corso, nella quale il curatore sia succeduto, facendosi assegnare le somme derivanti dalla vendita forzata.

Non si ritiene che deroga, o eccezione alcuna, al sistema unico ed indistinto delineato, con ordinamento settoriale e speciale per il fallimento, possa derivare dal subentro del curatore nell'esecuzione immobiliare" per il fatto che "gli effetti sostanziali del pignoramento immobiliare restano acquisiti a favore della massa", con la conseguenza che le "somme provenienti dall'esecuzione individuale mantengono le caratteristiche loro proprie" e, tra gli effetti e le caratteristiche che si verserebbero nel fallimento, vi sarebbe anche la determinazione degli interessi fruenti di prelazione, da effettuarsi con riferimento alla data del pignoramento, anziché a quella del fallimento.

Innanzitutto non si vede come una diversa decorrenza degli interessi consensuali e legali per il primo ipotecario, individui un interesse per la "massa" passiva fallimentare, da realizzarsi al di fuori delle tipiche modalità alimentari, volta che anche il creditore ipotecario è "massa", e componente di essa. Se per massa passiva fallimentare si intende l'insieme unitario dei creditori concorrenti, e se il concorso è dato dall'ammissione al passivo cui tutti i creditori concorsuali sono soggetti per divenire concorrenti, ne discende che anche i creditori ipotecari, che al procedimento di ammissione sono soggetti, sono componenti della massa. Individuare, quindi, un interesse della "massa" come criterio cui debba essere improntata la condotta della curatela (anche nella scelta tra fare proseguire, o no, la procedura esecutiva immobiliare pendente alla data del fallimento, così come nella condotta processuale da attuare), può assumere un duplice significato, e cioè:

A) un interesse che coinvolga tutti i concorrenti in quanto tali, indipendentemente dall'entità e dal titolo della loro partecipazione al concorso. In tale ambito è compreso indubbiamente l'interesse della curatela, in quanto sussista, ad avvalersi delle attività già espletate in una procedura esecutiva ordinaria in corso, per il minore aggravio di spese ed impiego di tempo che esso comporterebbe rispetto all'inizio ex novo di una parallela liquidazione fallimentare; non è compreso, invece, un interesse connesso all'entità della partecipazione al concorso del creditore ipotecario, giacché essa non delinea una situazione che coinvolga unitariamente la massa creditoria, ma che contrappone singolarmente l'interesse di alcuni creditori ad altri (quello del primo ipotecario agli ipotecari di grado deteriorato; quella degli ipotecari rispetto ad altri privilegiati o ai chirografari, e così via). La funzione della sostituzione processuale di cui la curatela possa avvalersi nella fattispecie dell'art. 107, comma 1, L.F., non è quella di subentrare alla posizione sostanziale di alcuni creditori contro altri, né di sostenere alcuni a discapito di altro, ma molto semplicemente quella di avvalersi, quale elemento strumentale di liquidazione e di acquisizione del provento della liquidazione, delle modalità della procedura esecutiva in corso, volta che tra esenzione individuale ed esecuzione concorsuale vi è concordanza di finalità liquidative ed acquisitive, e fino al limite in cui detta concordanza sussista.

B) Sotto un diverso profilo, interesse della "massa", di cui la curatela sia portatrice nell'intervento nell'esecuzione singolare, è anche quello connesso all'equilibrio delle posizioni reciproche dei creditori concorrenti (entità dei crediti e dei relativi titoli di prelazione) in attuazione del fondamentale principio della "par condicio creditorum". Peraltro detto principio, nella procedura fallimentare si attua con il procedimento di verifica dei crediti ai cui dati è indissolubilmente connessa la fase del riparto, non già con procedimenti extrafallimentari o prefallimentari, ove si consideri che anche il creditore munito di titolo esecutivo (sia pur anche esso di natura giudiziale), non può opporre direttamente il titolo alla massa per partecipare al riparto, ma deve sottoporlo alla verifica del procedimento di ammissione al passivo. Non differentemente alla verifica deve sottostare che il titolo abbia già fatto valere promuovendo o intervenendo in una procedura esecutiva immobiliare in corso alla data della dichiarazione di fallimento, le cui risultanze non sostituiscono per nulla le fasi essenziali con cui la procedura fallimentare attua il principio della par condicio creditorum, nella necessaria espressione dell'università soggettiva ed oggettiva cui il fallimento è improntato. Non per nulla anche la valida voce di dottrina che ha sostenuto, nella fattispecie dell'art. 107 L.F., la possibilità della distribuzione del prezzo in base alle norme del codice di procedura civile (509, 510, 596 c.p.c.), con la sostituzione del giudice delegato al giudice dell'esecuzione, non richiede l'applicazione dell'art. 598 c.p.c. al



---

progetto di distribuzione del prezzo, essendo sufficiente la corrispondenza di tale progetto ai dati dello stato passivo ed al progetto di cui all'art. 109 L.F., evidenziando così l'inderogabilità delle risultanze della verifica dei crediti, qualunque sia la fonte di acquisizione della liquidità da distribuire, e ponendo nella situazione processuale dell'art. 107 L.F., non una deroga al principio della par condicio, ma tutt'al più una differente modalità di sua attuazione.

Alla tesi nel suo complesso, peraltro, può ben opporsi che se si ammette che la distribuzione debba essere fatta dal giudice delegato, il richiamo alle norme del codice di rito non appare più di alcuna necessità, pervenendo ad un'applicazione contraddittoria di norme legate a diverse strutture procedurali. Non per nulla, inoltre, chi in dottrina ipotizza che nel terzo comma dell'art. 107 L.F. sia insita in una deroga alla par condicio creditorum, valorizzando la letteralità del terzo comma in esame allorché prevede la necessità della integrazione del procedimento con l'intervento del curatore, sostiene altresì che la distribuzione dell'attivo debba avvenire da parte dello stesso giudice dell'esecuzione nel concorso tra i creditori ipotecari (i quali in tesi potrebbero anche non essersi insinuati nel fallimento) intervenuti nella procedura esecutiva ordinaria ed il curatore, lasciando intatti i principi e le modalità tipiche della procedura concorsuale per cui, quando la fase dell'esecuzione individuale sia superata e chiusa con l'attribuzione alla curatela dell'intero provento netto della vendita coattiva, il riparto può essere eseguito solo dal giudice delegato secondo le modalità tipiche della concorsualità sistematizzata, con il rilevato vincolo tra i dati dello stato passivo definitivo e la partecipazione al riparto.

Giova rilevare, peraltro, che anche questa tesi nel suo complesso, collegata al tenore letterale del terzo comma dell'art. 107 L.F. ed all'opinione che nell'ipotesi in esame si sia al di fuori del fallimento, perché la norma in esame avrebbe portato una deroga al divieto di proseguire azioni esecutive individuali, non è accoglibile. In primo luogo, infatti, l'art. 107, comma 3, L.F., non implica alcuna deroga al principio dell'art. 51 L.F., poiché a proseguire la procedura esecutiva ordinaria non è il creditore procedente o creditori intervenuti, ma la curatela del fallimento quale portatrice degli interessi della massa, e non i singoli creditori. In secondo luogo, rilevato che la legge delinea la sostituzione della curatela al creditore istante, se avvenuta prima del procedimento della distribuzione del prezzo, e l'integrazione del procedimento con l'intervento del curatore, se al momento del fallimento nella esecuzione ordinaria era in corso il procedimento della distribuzione del prezzo, ma non regola espressamente la distribuzione del prezzo allorché l'intervento del curatore sia avvenuto nel momento con le modalità del primo comma (ed è pacifico che anche in tale caso debba esservi una distribuzione, essendo il fine dell'attività sostitutiva della curatela), non vi è ragione di interpretare lo "intervento" del terzo comma con modalità e funzione diversa dalla sostituzione del primo comma, sostituzione che realizza pur essa latu sensu un intervento.

Tutto il problema, quindi, viene riportato alla funzione del primo comma dell'art. 107 L.F., alla funzione della sostituzione processuale del curatore al creditore procedente. Il curatore opera la sostituzione nella funzione, funzione che attribuisce a lui, quale esponente dell'ufficio fallimentare, determinati poteri sull'attivo del fallito, e determinati doveri d'ufficio per la realizzazione delle finalità istituzionali della procedura concorsuale. Il fatto stesso che l'ufficio fallimentare, nel suo organo esterno, possa proseguire la procedura esecutiva ordinaria in corso alla dichiarazione di fallimento ovvero, avvalendosi dei poteri insiti nel fallimento, possa procedere alla liquidazione in sede fallimentare, a seconda di una valutazione di convenienza connessa alle finalità della funzione propria dell'Ufficio fallimentare, è di per sé dimostrativo del fatto che la curatela, con la sostituzione, non perde per nulla i poteri propri dell'Ufficio, ma è proprio in virtù di quei poteri, e per la realizzazione delle finalità istituzionali che al loro esercizio sono connesse, che la sostituzione può avvenire. Poiché la funzione dell'Ufficio fallimentare è quella di acquisire la disponibilità dell'attivo fallimentare, liquidarlo e distribuirlo ai creditori, previamente oggetto di accertamento con il procedimento di verifica, secondo il principio della par condicio, è in virtù di questa funzione che la sostituzione avviene, e la procedura esecutiva individuale viene perseguita, o no, senza che vi sia spazio per il rilievo degli interessi di singoli creditori, ai quali è inibito qualsiasi potere nella procedura esecutiva, in virtù della generale disciplina concorsuale dell'art. 51 L.F..

L'unica eccezione, di conseguenza, che la sostituzione del curatore comporta rispetto alla disciplina dell'art. 51 L.F., non è la tutela dell'interesse di singoli creditori, né il potere di essi di fare valere nell'esecuzione ordinaria diritti quesiti non individuabili al di fuori del concorso fallimentare, ma solo il potere del curatore, ed unicamente della curatela, di dare, o non, impulso alla procedura singolare unicamente per la realizzazione delle finalità concorsuali. Il sistema della Legge fallimentare, le esigenze dell'esecuzione collettiva ed il fine pubblicistico della stessa, non consentirebbero che il subentro della curatela corrisponda alla tutela di interessi di singoli creditori, volta che, come pure esattamente è stato rilevato in dottrina, l'apertura del fallimento non consente la sopravvenienza dell'espropriazione singolare come esercizio di azione esecutiva individuale, ma la traduce in un modo di svolgimento della liquidazione fallimentare che si vale del procedimento già in corso solo come mezzo tecnico, quale struttura efficiente ed operante, per convergerla a fini dell'esecuzione collettiva. In questa prospettiva l'uso dell'impulso processuale che spetta unicamente al curatore, per le finalità tipiche della procedura concorsuale, comporta che il gettito della vendita così ottenuta pervenga unicamente nella disponibilità della curatela (come nella specie in effetti è avvenuto), per la distribuzione secondo le norme del sistema della concorsualità sistematizzata, già sopra richiamata. Con questa prospettiva, e non in contrasto con essa, ben si coordina la previsione del 4 comma dell'art. 107 L.F., secondo cui la necessità di tenere in un conto speciale il provento degli immobili e dei frutti, corrisponde proprio alle esigenze di attuazione dell'art. 111 L.F., per l'attribuzione ai creditori che, nel riparto fallimentare, abbiano titoli di prelazioni riconosciuti con la verifica, sugli immobili liquidati e sul provento della loro liquidazione, non diversamente da quanto avviene di norma quanto alla liquidazione

- 3) gli interessi maturati dopo l'annata in corso alla data del pignoramento decorrono sino alla data del deposito del decreto di trasferimento; e che nell'ipotesi di vendita di più lotti garantiti egualmente da ipoteca, ogni singolo versamento (corrispondente al deposito di ogni singolo decreto di trasferimento) dovrà essere considerato alla stregua di un pagamento da parte del debitore esecutato e, quindi, considerato a deconto del suo maggior debito secondo i normali criteri di imputazione;<sup>36</sup>

### *Considerazioni finali*

In conclusione, quindi, devono considerarsi assistiti dal privilegio ipotecario:

- a) le spese per l'atto di costituzione dell'ipoteca volontaria;<sup>37</sup>
- b) le spese per l'iscrizione e la rinnovazione dell'ipoteca;<sup>38</sup>
- c) le spese ordinarie per l'intervento nel processo esecutivo;<sup>39</sup>
- d) il capitale iscritto (nei limiti dell'iscrizione e del credito effettivamente esistente);<sup>40</sup>
- e) gli interessi corrispettivi maturati sul capitale iscritto nell'anno in corso al momento del pignoramento e nel biennio anteriore, purchè ne sia enunciata la misura;
- f) gli interessi legali maturati successivamente all'anno in corso e sino alla vendita del bene.<sup>41</sup>

Devono, invece, ritenersi esclusi dalla garanzia ipotecaria:

---

provvedano gli stessi organi fallimentari, senza che da esso possa trarsi la conclusione della permanenza, e della permanente efficacia, nel fallimento, di situazioni già evidenziate nel corso della procedura esecutiva singolare ed in difformità delle risultanze dello stato passivo. Le somme attribuite al fallimento da una procedura esecutiva immobiliare in corso alla data del fallimento e proseguita ad istanza della curatela che sia subentrata al creditore procedente a norma dell'art. 107 L.F., debbono essere distribuite ai creditori unicamente secondo i criteri del riparto fallimentare, vincolati alle risultanze dello stato passivo esecutivo, essendo inammissibile nel fallimento qualsiasi forma di riparto ai creditori concorrenti al di fuori delle forme degli artt. 109 e 111 L.F. che richiamano, quanto ai creditori concorrenti, le risultanze del procedimento di verifica dei crediti.

<sup>36</sup> Sez. 1, Sentenza n. **5526** del 08/09/1983 (Rv. 430460), Sez. 1, Sentenza n. **5623** del 27/10/1982 (Rv. 423392), Sez. 1, Sentenza n. **4137** del 16/07/1979 (Rv. 400649) e Sez. 3, Sentenza n. **176** del 08/01/1966 (Rv. 320338)

<sup>37</sup> Da cui devono, senz'altro, ritenersi escluse le spese per la formazione del titolo.

<sup>38</sup> Devono intendersi comprese in questa voce le sole "spese" necessarie per l'iscrizione e la rinnovazione dell'ipoteca e, quindi, le imposte e tasse di iscrizione e rinnovazione, le spese per il rilascio di copie. Non devono ritenersi incluse le eventuali spese notarili o di agenzie specializzate.

<sup>39</sup> Devono ritenersi comprese in detta categoria le sole spese, diritti ed onorari liquidati dal giudice per l'intervento nel processo esecutivo. Qualora il creditore ipotecario avesse introdotto il processo esecutivo, le medesime spese troveranno collocazione ex art.2770 c.c..

<sup>40</sup> Deve intendersi come capitale iscritto anche il capitale al lordo degli interessi (sia compensativi, sia moratori) eventualmente maturati su di esso al momento dell'iscrizione.

<sup>41</sup> Nulla impedisce agli ulteriori interessi eccedenti il triennio di essere coperti da diversa garanzia ipotecaria purchè essa sia presa dopo la loro scadenza (per altro con atto inefficacie ai fini del riparto in sede esecutiva e, quindi, preso al solo fine di tutelarsi dall'eventuale estinzione della procedura esecutiva).

- a) gli interessi (sia convenzionali, sia moratori) scaduti e non rimborsati prima del biennio anteriore all'anno in corso alla data del pignoramento;<sup>42</sup>
- b) la differenza tra gli interessi convenzionali (corrispettivi e/o moratori) e gli interessi legali maturati successivamente all'anno in corso alla data del pignoramento e sino alla data della vendita.

---

<sup>42</sup> Si deve rilevare che, generalmente, i contratti di mutuo prevedono il loro ammortamento con il versamento di rate periodiche posticipate. In tal caso, ogni rata, contiene una quota parte relativa al rimborso del capitale ed una quota parte relativa al rimborso degli interessi maturati nel periodo precedente. Ne consegue che, ai fini dell'applicazione dell'art.2855 c.c., la prima rata da ammettere interamente al privilegio non è la prima che scade nel biennio, ma quella immediatamente successiva.

## IV. QUESTIONI APERTE IN MATERIA DI REDAZIONE DEL PIANO DI RIPARTO IN PRESENZA DI CREDITI DI NATURA FONDIARIA

### **BREVI CENNI SULLE ORIGINI, SULLA NATURA E SULLA DISCIPLINA DEL CREDITO FONDIARIO.**

Il credito fondiario è oggi, sostanzialmente, una forma di credito speciale avente per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine, per un dato importo ed a condizioni prestabilite, diretti (principalmente) al miglioramento, alla costruzione o all'acquisto delle proprietà immobiliari rurali o urbane e garantiti da ipoteca di primo grado sulle stesse.

Esso, quindi, è principalmente teso a soddisfare la domanda di finanziamento per l'abitazione. Per questo motivo (poiché, credito finalizzato alla tutela dell'interesse pubblico alla casa, indirettamente tutelato dall'art.2 della Costituzione) il legislatore attribuisce a tale forma particolare di credito una serie di privilegi (per lo più di carattere processuale) tesi, in primo luogo, a garantire un rapido ripianamento delle posizioni in sofferenza e, quindi, in ultima analisi, a rendere più conveniente (a basso costo per il consumatore finale) l'esercizio del credito stesso.

Pur in presenza di una forte delegificazione dell'istituto (attraverso l'affidamento di compiti specifici di regolamentazione alla Banca d'Italia ed al Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio), la disciplina del credito fondiario è oggi essenzialmente contenuta nel Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

Si deve, però ricordare che, per effetto di quanto disposto dall'art.161 della citata norma, "i contratti già conclusi e i procedimenti esecutivi in corso alla data di entrata in vigore" del TUCR restano regolati dalla leggi anteriori.

Nel tracciare la disciplina dei contratti di mutuo fondiario, quindi, si dovrà avere riguardo anche alle seguenti norme:

- a) Regio Decreto 16 luglio 1905, n.646
- b) D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7
- c) Legge 6 giugno 1991, n. 175

Di cui, la seconda è stata abrogata dalla terza, mentre la prima e la terza, dal Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n.385.

Le finalità della presente trattazione non consentono un esame puntuale della struttura del credito fondiario, e delle diversità che di volta in volta lo hanno caratterizzato.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Quanto alla struttura ontologica del credito fondiario appare tuttavia opportuno evidenziare il cambio di prospettiva operato dal legislatore del 1993: da mezzo di mobilitazione della proprietà fondiaria (diretto principalmente a contrastare il dilagante latifondo) esso si è trasformato in uno strumento finanziario più agevole, senza specifici vincoli di scopo, teso principalmente alla valorizzazione della proprietà urbana.

Il nuovo Testo Unico Bancario del 1993, concepisce il credito fondiario non più come prerogativa di specifici istituti e come credito finanziato esclusivamente attraverso l'emissione delle cartelle fondiarie, ma come nuova categoria di "operazione bancaria" generalizzata, che seppur soggetta a forti limiti normativi ed alla disciplina amministrativa della Banca d'Italia, è però pur sempre riconducibile agli ordinari strumenti di finanziamento.

Gli indici d'innovazione sono, quindi, così riassumibili:

- despecializzazione dell'attività creditizia mediante la concessione dell'autorizzazione all'esercizio del credito fondiario a tutti gli istituti bancari;

Opportuno appare, invece, concentrarsi sulla struttura dei privilegi ed evidenziare i mutamenti che, nel corso del tempo, hanno lentamente eroso la specialità di tale forma di credito.

## I PRINCIPALI “PRIVILEGI” DEL CREDITO FONDIARIO

### *Regio decreto 16 luglio 1905, n.646*

Nel sistema previsto dal Regio Decreto 16 luglio 1905, n.646 si possono rinvenire i seguenti principali privilegi di carattere processuale e sostanziale:

- l’inapplicabilità della revocatoria fallimentare alle ipoteche prese dall’Istituto di credito fondiario almeno 10 giorni prima della dichiarazione di fallimento;<sup>44</sup>
- la rinnovazione d’ufficio delle ipoteche prese a garanzia di mutui fondiari;<sup>45</sup>
- la possibilità, in mancanza di specifica comunicazione della successione a titolo particolare o universale, di compiere tutti gli atti diretti alla tutela del credito nei confronti dell’originario mutuatario (anche defunto);<sup>46</sup>
- l’anatocismo legale;<sup>47</sup>

---

- nascita del “finanziamento fondiario” derivante dalla definitiva fusione tra il credito fondiario (inteso come finanziamento all’acquisito della proprietà rurale) e il credito edilizio (inteso come finanziamento all’edificazione e ristrutturazione);

- definitiva affermazione dell’inesistenza di uno “scopo legale” di tale finanziamento e, pertanto, la sua non configurabilità come mutuo di scopo;

- non più necessaria correlazione tra operazioni attive e passive poste in essere dal soggetto finanziatore.

<sup>44</sup> **ART. 18:** LE ISCRIZIONI IPOTECARIE A FAVORE DELL’ISTITUTO SARANNO VALIDE NONOSTANTE IL SOPRAGGIUNTO FALLIMENTO, QUANDO SIANO STATE PRESE ALMENO DIECI GIORNI AVANTI LA PUBBLICAZIONE DELLA SENTENZA, QUALUNQUE SIA IL GIORNO A CUI LA SENTENZA STESSA RETROTRAGGA LA CESSAZIONE DEI PAGAMENTI.

<sup>45</sup> **ART. 19:** LE ISCRIZIONI IPOTECARIE PRESE DALL’ISTITUTO E QUELLE ALLE QUALI ESSO FOSSE SUBENTRATO PER SURROGAZIONE O CESSIONE SARANNO RINNOVATE D’UFFICIO DAI CONSERVATORI DELLE IPOTECHE NEI TERMINI E MODI STABILITI DALLA LEGGE.  
SENZA PREGIUDIZIO DELL’OBBLIGO DELLA RESPONSABILITÀ DEI CONSERVATORI DELLE IPOTECHE PER LA RINNOVAZIONE D’UFFICIO, GL’ISTITUTI HANNO DIRITTO DI CONSEGUIRE, SENZA SPESE, LA RINNOVAZIONE DELLE IPOTECHE NEI TERMINI E MODI STABILITI DALLA LEGGE.

<sup>46</sup> **ART. 20:** I SUCCESSORI A TITOLO UNIVERSALE O PARTICOLARE DEL DEBITORE E GLI AVENTI CAUSA DEBONO NOTIFICARE GIUDIZIALMENTE ALL’ISTITUTO COME ESSI SONO SOTTENTRATI NEL POSSESSO E GODIMENTO DEL FONDO IPOTECARIO. ANCHE IL MARITO DEVE DENUNZIARE L’ATTO DOTALE, COL QUALE SI COSTITUISCE IN DOTE IL FONDO GIÀ IPOTECATO ALL’ISTITUTO.

PER LA PROVA DEL TRASFERIMENTO BASTERÀ LA ESIBIZIONE DEI RELATIVI DOCUMENTI AUTENTICI, DI CUI L’ISTITUTO PRENDERÀ NOTA.

IN VIRTÙ DI SIFFATTA NOTIFICAZIONE, CHE DEVE CONTENERE LA ELEZIONE DI DOMICILIO DI ESSI SUCCESSORI O AVENTI CAUSA NEL LUOGO DEL TRIBUNALE, NEL CUI CIRCONDARIO SONO SITUATI I FONDI, L’ISTITUTO PROCEDERÀ CONTRO DI LORO NEL MODO STESSO COME AVREBBE PROCEDUTO CONTRO L’ORIGINARIO DEBITORE.

IN MANCANZA DI TALE NOTIFICAZIONE GLI ATTI GIUDIZIALI, COMPRESI QUELLI DI RINNOVAZIONE DI IPOTECHE, DI INTERRUZIONE DELLA PRESCRIZIONE DI ESSE, DI SEQUESTRO, D’INGIUNZIONE DEL PAGAMENTO, D’IMMISSIONE DELL’ISTITUTO IN POSSESSO, DI SUBASTAZIONE E DI AGGIUDICAZIONE, POSSONO ESSERE DIRETTI CONTRO IL DEBITORE INSCRITTO, QUANDO ANCHE IL FONDO O PER MORTE O PER VENDITA O PER QUALSIASI ALTRO TITOLO, ANCHE DI GODIMENTO TEMPORANEO, SIA NEL FRATTEMPO PASSATO NELLE MANI DI UNO O PIÙ EREDI, OVVERO DI AVENTI CAUSA O TERZI, CON O SENZA DIVISIONE.

IN QUESTO CASO I SUCCESSORI, GLI AVENTI CAUSA O I TERZI POTRANNO INTERVENIRE NEL GIUDIZIO, SENZA OBBLIGO NELL’ISTITUTO DI CITARE IN CAUSA GLI ALTRI INTERESSATI E NON INTERVENUTI PER INTEGRARE IL GIUDIZIO.

<sup>47</sup> **ART. 38:** IL PAGAMENTO DI INTERESSI, ANNUALITÀ, COMPENSI, DIRITTI DI FINANZA E RIMBORSI DI CAPITALI DOVUTI ALL’ISTITUTO NON PUÒ ESSERE RITARDATO DA ALCUNA OPPOSIZIONE.

LE SOMME DOVUTE PER TALI TITOLI PRODUCONO DI PIENO DIRITTO INTERESSE DAL GIORNO DELLA SCADENZA.

- la possibilità di accedere alla procedura esecutiva prevista per la riscossione delle imposte dirette;<sup>48</sup>
- la facoltà di immissione in possesso nell'immobile ipotecato, prima di ogni altro atto dell'esecuzione, al fine di ottenere il versamento delle rendite a deconto delle semestralità scadute;<sup>49</sup>
- il principio d'indifferenza della procedura esecutiva individuale rispetto al fallimento;<sup>50</sup>
- l'esonero dall'obbligo della preventiva notificazione del titolo esecutivo;<sup>51</sup>
- il principio di inefficacia delle cessioni di fitti non scaduti;<sup>52</sup>

<sup>48</sup> **ART. 40:** PER RISCOUTERE LE ANNUALITÀ L'ISTITUTO HA FACOLTÀ DI PROCEDERE CONTRO I DEBITORI MOROSI COLL'ISTESSA PROCEDURA DI CUI SI GIOVA LO STATO PER LA RISCOSSIONE DELLE IMPOSTE DIRETTE, QUANTO ALL'ESECUZIONE MOBILIARE.

<sup>49</sup> **ART. 41:** IN CASO DI MORA DEL DEBITORE AL PAGAMENTO DELLE SEMESTRALITÀ, L'ISTITUTO, PRIMA DI OGNI ATTO, DI ESECUZIONE, POTRÀ, CITATO IL DEBITORE E, OVE DEL CASO, IL TERZO POSSESSORE AVANTI IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE, DOMANDARE DI ESSERE IMMESSO NEL POSSESSO DELL'IMMOBILE IPOTECATO.

IL PRESIDENTE PROVVEDERÀ SULLA DOMANDA CON ORDINANZA INAPPELLABILE E POTRÀ ABBREVIARE DELLA METÀ IL TERMINE PER LA CITAZIONE.

DURANTE TALE IMMISSIONE IN POSSESSO, L'ISTITUTO, NON OSTATE SEQUESTRO O PIGNORAMENTO CHE POTESSERO SOPRAVVENIRE DA PARTE DI ALTRI CREDITORI DEL MUTUATARIO, PERCEPIRÀ LE RENDITE ED I FRUTTI, IL CUI AMMONTARE, DEDOTTE LE SPESE DI AMMINISTRAZIONE ED I TRIBUTI PUBBLICI, APPLICHERÀ IN ESTINZIONE DELLE SEMESTRALITÀ MATURATE E CHE VENISSERO A MATURARSI E DELLE SPESE.

IL CONTO SARÀ RESO DI ANNO IN ANNO E, TRATTANDOSI DI BENI RUSTICI, AL FINE DELL'ANNATA AGRARIA.

LA IMMISSIONE IN POSSESSO CESSERÀ E SARÀ RESO IL CONTO, SIA QUANDO AD ISTANZA DELL'ISTITUTO O DI ALTRO CREDITORE VENGA INIZIATA LA ESECUZIONE SUGLI STESSI IMMOBILI E VENGA NOMINATO UN SEQUESTRETRARIO GIUDIZIALE, SIA QUANDO VENGANO ESTINTI I DEBITI PER SEMESTRALITÀ ARRETRATE E IL DEBITORE, CITATO L'ISTITUTO DAVANTI AL TRIBUNALE, OTTenga LA REVOCA DELL'ORDINANZA EMESSA DAL PRESIDENTE.

**ART. 45:** NOTIFICATO AL DEBITORE IL PRECETTO DI PAGAMENTO, IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE COMPETENTE NEL GIUDIZIO DI ESPROPRIAZIONE PROCEDE SULLA ISTANZA DELL'ISTITUTO E MEDIANTE ORDINANZA ALLA NOMINA DEL SEQUESTRETRARIO, PREFERENDO LA PERSONA CHE GLI SIA PROPOSTA DALL'ISTITUTO, PURCHÈ LA RICONOSCA IDONEA.

IL PRESIDENTE PROVVEDE EGUALMENTE SULL'ISTANZA DEGLI INTERESSATI ALLA RIMOZIONE DEL SEQUESTRETRARIO ED ALLA SURROGAZIONE DI ALTRO.

PREVIA CITAZIONE DELL'ISTITUTO, IL PRESIDENTE REVOCA LA NOMINA DEL SEQUESTRETRARIO E ANNULLA GLI EFFETTI DELLA IMMISSIONE IN POSSESSO QUANDO SIANO ESTINTI I DEBITI PER SEMESTRALITÀ ARRETRATE, SECONDO L'ULTIMO ALINEA DELL'ART. 41.

LE ORDINANZE DEL PRESIDENTE SONO PROVVISORIAMENTE ESECUTORIE.

L'ORDINANZA DI IMMISSIONE IN POSSESSO DEL SEQUESTRETRARIO SI ESEGUE CON LA NOTIFICAZIONE DI UN UNICO ATTO CONTENENTE IL PRECETTO PER IL RILASCIO IN UN TERMINE DI GIORNI TRE E L'AVVISO PER LA IMMISSIONE NEI DUE GIORNI SUCCESSIVI, FISSANDO IL GIORNO E L'ORA IN CUI L'USCIERE SI RECHERÀ SUL LUOGO PER LA ESECUZIONE. LA NOTIFICAZIONE DI TALE ATTO MUTUATARIO VALE CITAZIONE AFFINCHÈ ESSO POSSA TROVARSI PRESENTE.

<sup>50</sup> **ART. 42:** IN CASO DI DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO DI MUTUATARI DEL CREDITO FONDIARIO, IL CURATORE È TENUTO A VERSARE ALL'ISTITUTO CREDITORE LE RENDITE DEI BENI IPOTECATI A FAVORE DEL MEDESIMO, DEDOTTE LE SPESE DI AMMINISTRAZIONE ED I TRIBUTI PUBBLICI, SALVO L'OBBLIGO ALL'ISTITUTO STESSO DELLA RESTITUZIONE A CHI DI RAGIONE IN CONFORMITÀ DEL DISPOSTO DELL'ART. 55.

LE DISPOSIZIONI DELLE LEGGI E DEI REGOLAMENTI SUL CREDITO FONDIARIO SONO SEMPRE APPLICABILI ANCHE IN CASO DI FALLIMENTO DEL DEBITORE PER I BENI IPOTECATI AGLI ISTITUTI DI CREDITO FONDIARIO.

<sup>51</sup> **ART. 43:** NEL PROCEDIMENTO DI ESPROPRIAZIONE INIZIATO DAGLI ISTITUTI DI CREDITO FONDIARIO, È ESCLUSO L'OBBLIGO DELLA NOTIFICAZIONE DEL TITOLO CONTRATTUALE ESECUTIVO.

IL PRECETTO DI PAGAMENTO È NOTIFICATO AL DOMICILIO ELETTO NELLO ISTRUMENTO DI MUTUO, E, NEL CASO PREVEDUTO DAL SECONDO CAPOVERSO DELL'ART. 20, AL DOMICILIO ELETTO DAI SUCCESSORI O AVENTI CAUSA DEL DEBITORE. LA MEDESIMA REGOLA SARÀ SEGUITA QUALORA NON SI FOSSE COSTITUITO PROCURATORE PER LA NOTIFICAZIONE DI OGNI ALTRO ATTO O SENTENZA QUAND'ANCHE CONTUMACIALE, E GLI ATTI RIGUARDANTI LA NOMINA DEL SEQUESTRETRARIO GIUDIZIALE E LA MISSIONE IN POSSESSO.

TALI ATTI E SENTENZE, COSTITUITO IL PROCURATORE, SARANNO NOTIFICATI AL DOMICILIO DI QUESTO.

<sup>52</sup> **ART. 47:** LE CESSIONI O LIBERAZIONI DI FITTI NON SCADUTI PER UN TERMINE MAGGIORE DI UN ANNO, ANCHE SE TRASCRITTE, SONO INEFFICACI DAL GIORNO DELLA TRASCRIZIONE DEL PREDETTO RIGUARDO ALL'ISTITUTO AVENTE IPOTECA ISCRITTA ANTERIORMENTE ALLA DATA CERTA DELLA CESSIONE O LIBERAZIONE.

- l'obbligo per il magistrato di assegnazione dei termini minimi ove previsti;<sup>53</sup>
- l'obbligo di versamento del saldo del prezzo direttamente all'istituto di credito fondiario;<sup>54</sup>
- la possibilità per l'istituto di vendere i beni offerti in garanzia a trattativa privata;<sup>55</sup>
- la possibilità per l'aggiudicatario di sottentrare nel rapporto di mutuo;<sup>56</sup>
- la particolare valenza probatoria dei libri e dei registri tenuti dagli istituti di credito fondiario;<sup>57</sup>

### *D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7*

Il D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7 non ha sostanzialmente mutato il quadro di riferimento. In particolare:

- gli articoli 18, 19 del Regio decreto 16 luglio 1905, n. 646 sono stati sostituiti dall'art. 4 della citata norma;<sup>58</sup>

---

<sup>53</sup> **ART. 52:** IL MAGISTRATO ASSEGNERÀ SEMPRE, NELL'INTERESSE DEL CREDITO FONDIARIO, IL TERMINE MINIMO IN TUTTI I CASI NEI QUALI IL CODICE DI PROCEDURA CIVILE STABILISCE UN TERMINE MASSIMO ED UNO MINIMO. I TERMINI DELLA NOTIFICAZIONE PUBBLICAZIONE ED INSERZIONE DEL BANDO SARANNO RIDOTTI ALLA METÀ.

<sup>54</sup> **ART. 55:** IL COMPRATORE DEGLI IMMOBILI, NEI 20 GIORNI DELLA VENDITA DEFINITIVA, DOVRÀ PAGARE ALL'ISTITUTO, SENZA ATTENDERE IL PROSEGUIMENTO DELLA GRADUAZIONE, QUELLA PARTE DEL PREZZO CHE CORRISPONDE AL CREDITO DELL'ISTITUTO IN CAPITALE, ACCESSORI E SPESE. IN DIFETTO DI CHE VI SARÀ ASTRETTO CON TUTTI I MEZZI CONSENTITI DALLA LEGGE E COLLA RIVENDITA DEGLI IMMOBILI AGGIUDICATAGLI A SUE SPESE E RISCHIO, SALVO L'OBBLIGO ALL'ISTITUTO STESSO DI RESTITUIRE A CHI DI RAGIONE QUEL TANTO COI RISPETTIVI INTERESSI PER CUI, IN CONSEGUENZA DELLA GRADUAZIONE, NON RISULTASSE UTILMENTE COLLOCATO. IL PAGAMENTO DELLA PARTE DEL PREZZO DI CUI SOPRA, DOVRÀ ESEGUIRSI PARIMENTI DALL'AGGIUDICATARIO NEI 20 GIORNI DELL'AGGIUDICAZIONE ANCHE QUANDO DA ALTRI CREDITORI SIA STATO PROMOSSO IL GIUDIZIO, SENZA BISOGNO CHE TALE OBBLIGO SIA INCLUSO NELLE CONDIZIONI DI VENDITA.

<sup>55</sup> **ART. 60:** DOPO IL TERZO ESPERIMENTO D'ASTA GL'ISTITUTI POSSONO CHIEDERE AL TRIBUNALE CIVILE, IN CAMERA DI CONSIGLIO, CITATI IL DEBITORE E I CREDITORI ISCRITTI, L'AUTORIZZAZIONE A VENDERE A TRATTATIVE PRIVATE I BENI SOTTOPOSTI A ESPROPRIAZIONE E AD ESSI IPOTECATI PER UN PREZZO NON MINORE DI QUELLO IN BASE AL QUALE FU BANDITA L'ULTIMA GARA. IL RELATIVO PROVVEDIMENTO NON PUÒ ESSERE IMPUGNATO SE NON PER NULLITÀ DI FORMA, E LA IMPUGNAZIONE NON SOSPENDE LA VENDITA. IL PREZZO RICAIVATO DALLA VENDITA È VERSATO ALL'ISTITUTO, IL QUALE PRELEVERÀ L'IMPORTO DEL SUO CREDITO IN CONFORMITÀ ALL'ART. 55, TENENDO IN DEPOSITO LA SOMMA RESIDUALE AGLI EFFETTI DEL GIUDIZIO DI GRADUAZIONE. ANCHE ALLA VENDITA A TRATTATIVE PRIVATE È APPLICABILE L'ART. 64. GLI AGGIUDICATARI SONO AUTORIZZATI A VERSARE IL PREZZO SPETTANTE ALL'ISTITUTO FONDIARIO IN CARTELLE FONDIARIE DELL'ISTITUTO MUTUANTE AL VALORE NOMINALE, ECCETTO I CASI NEI QUALI IL PRESTITO SIA STATO ESEGUITO IN CONTANTI.

<sup>56</sup> **ART. 61:** NEL CASO DI VENDITA PER ESPROPRIAZIONE FORZATA DEGLI STABILI IPOTECATI A GARANZIA DI UN MUTUO FONDIARIO, IL DELIBERATARIO POTRÀ PROFITTARE DEL MUTUO CONCESSO AL DEBITORE ESPROPRIATO, PURCHÉ NEI 15 GIORNI DA QUELLO IN CUI SARÀ DEFINITIVA L'AGGIUDICAZIONE PAGHI LE SEMESTRALITÀ SCADUTE, GLI ACCESSORI E LE SPESE, E PURCHÉ IL PREZZO A CUI GLI FU DELIBERATO IL FONDO SIA SUPERIORE DI DUE QUINTI AL RESIDUO CREDITO DELL'ISTITUTO MUTUANTE O PAGHI LA SOMMA NECESSARIA PER RIDURRE IL DEBITO GARANTITO SUL FONDO AI TRE QUINTI DEL RELATIVO PREZZO. IL DELIBERATARIO ASSUME GLI OBBLIGHI DEL PRIMITIVO CONCESSIONARIO. OVE L'ACQUISITORE NON ESERCITI QUESTA FACOLTÀ DOVRÀ UNIFORMARSI AL DISPOSTO DELL'ART. 55, E SARANNO A LUI APPLICABILI LE SANZIONI DI CUI IN DETTO ARTICOLO.

<sup>57</sup> **ART. 71:** I LIBRI ED I REGISTRI DEGLI ISTITUTI, TENUTI SECONDO I LORO REGOLAMENTI, COME PURE I LORO ESTRATTI, FANNO PIENA FEDE IN GIUDIZIO TANTO CONTRO I CREDITORI CHE CONTRO I TERZI.

<sup>58</sup> **Art. 4:** Il mutuatario potrà domandare la purgazione dell'immobile dai privilegi e dalle ipoteche, rimborsando ai creditori iscritti le somme loro dovute, purché i creditori non abbiano diritto ad opporsi al rimborso anticipato. Le iscrizioni ipotecarie a favore dell'ente saranno comunque valide ed efficaci, nonostante il sopraggiunto fallimento, quando siano state prese almeno 10 giorni prima della pubblicazione della sentenza.

- l'art.20 è stato fatto espressamente salvo dall'art.5;
- ancora una volta è previsto il meccanismo dell'anatocismo legale;<sup>59</sup>
- sono fatte salve le disposizioni particolari relative al procedimento esecutivo;<sup>60</sup>
- del pari è conservata la particolare efficacia probatoria delle scritture contabili prevista dall'art.71 del T.U. sul credito fondiario;<sup>61</sup>

***Legge 6 giugno 1991, n.175***

Anche la Legge 6 giugno 1991, n.175 non incide sostanzialmente sul regime dei privilegi riconosciuti al creditore fondiario.

Tuttavia,

- scompare il rinnovo d'ufficio dell'ipoteca;<sup>62</sup>
- è fatto salvo l'anatocismo legale;<sup>63</sup>

Le iscrizioni ipotecarie medesime sono rinnovate d'ufficio dai conservatori dei registri immobiliari nei termini e nei modi stabiliti dalla legge. L'ente ha diritto, in ogni tempo, di conseguire senza spese la rinnovazione delle ipoteche, ferma restando la responsabilità dei conservatori per la rinnovazione d'ufficio.

Per gli effetti dell'art. 2839 del codice civile e in deroga al disposto del n. 2 del detto articolo, l'ente elegge il domicilio nel luogo della sua sede.

Il presente articolo sostituisce gli articoli 17, 18, 19 e 21 del testo unico delle leggi sul credito fondiario, approvato con regio decreto 16 luglio 1905, n. 646, e successive modifiche e integrazioni.

<sup>59</sup> **Art. 14:** Il pagamento delle rate di ammortamento dei prestiti non può essere ritardato da alcuna opposizione.

Le somme dovute a tale titolo producono, di pieno diritto, interesse dal giorno della scadenza.

La misura degli interessi di mora da corrispondersi dai mutuatari agli enti sulle somme dovute e non pagate, stabilita dal primo comma dell'art. 2 della legge 17 agosto 1974, n. 397, può essere modificata con decreto del Ministro per il tesoro, sentito il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio.

<sup>60</sup> **Art. 15:** Ai contratti di credito fondiario si intende apposta la condizione risolutiva per il caso di ritardato pagamento anche di una sola parte del credito scaduto e l'ente può chiedere esecutivamente il pagamento integrale di ogni somma ad esso dovuta.

Nei confronti dei debitori morosi a fronte dei prestiti concessi ai sensi del presente decreto continuano ad applicarsi tutte le disposizioni disciplinanti il procedimento esecutivo di cui ai titoli VII e VIII del testo unico delle leggi sul credito fondiario, approvato con regio decreto 16 luglio 1905, n. 646, e successive modifiche e integrazioni.

<sup>61</sup> **Art. 19:** I libri ed i registri dell'ente, tenuti secondo il proprio regolamento, come pure i loro estratti, fanno piena prova in giudizio tanto contro i creditori che contro i terzi.

Il presente articolo sostituisce l'art. 71 del testo unico delle leggi sul credito fondiario, approvato con regio decreto 16 luglio 1905, n. 646, e successive modifiche e integrazioni. é abrogato l'art. 72 dello stesso testo unico.

<sup>62</sup> **ART. 6: 2.** LE ISCRIZIONI IPOTECARIE A FAVORE DELL'ENTE SONO COMUNQUE VALIDE ED EFFICACI, NONOSTANTE IL SOPRAGGIUNTO FALLIMENTO, QUANDO SIANO STATE PRESE ALMENO DIECI GIORNI PRIMA DELLA PUBBLICAZIONE DELLA SENTENZA.

**3.** LE ISCRIZIONI IPOTECARIE MEDESIME SONO RINNOVATE NEI TERMINI E NEI MODI STABILITI DALLA LEGGE. L'ENTE HA DIRITTO, IN OGNI TEMPO, DI CONSEGUIRE LA RINNOVAZIONE DELLE IPOTECHE.

<sup>63</sup> **ART. 16: 1.** IL PAGAMENTO DI INTERESSI, RATE DI AMMORTAMENTO, COMPENSI E RIMBORSI DI CAPITALE NON PUÒ ESSERE RITARDATO DA ALCUNA OPPOSIZIONE.

**2.** LE SOMME DOVUTE A TALE TITOLO PRODUCONO, DI PIENO DIRITTO, INTERESSE DAL GIORNO DELLA SCADENZA.

**3.** LA MISURA DEGLI INTERESSI DI MORA DA CORRISPONDERSI DAI MUTUATARI VIENE FISSATA CON DECRETO DEL MINISTRO DEL TESORO, SENTITO IL COMITATO INTERMINISTERIALE PER IL CREDITO ED IL RISPARMIO E RESA PUBBLICA IN CIASCUN LOCALE, APERTO AL PUBBLICO, DELL'ENTE.



- continua ad applicarsi tutte i privilegi e le disposizioni speciali previste per il procedimento esecutivo dal Regio Decreto 16 luglio 1905, n.646;<sup>64</sup>
- viene attenuata l'efficacia probatoria dei libri e dei registri;<sup>65</sup>

***Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n. 385***

Il Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n. 385, al contrario incide profondamente sui privilegi processuali e sostanziali.

Si evidenzia in particolare:

- è prevista la facoltà per le Banche di eleggere domicilio, ai fini dell'iscrizione di ipoteca, presso la propria sede (Art.39, 1° comma);
- le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte almeno 10 giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento (Art.39, 4° comma);
- del pari, sfuggono alla disciplina dell'art.67 della Legge Fallimentare, i pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari (Art.39, 4° comma);
- continua ad essere previsto l'esonero dalla preventiva notifica del titolo contrattuale esecutivo (Art.41, 1° comma);
- rimane immutato il principio di indifferenza rispetto al credito fondiario dell'avvenuta dichiarazione di fallimento (Art.41, 2° comma);<sup>66</sup>
- permane il diritto alla percezione delle rendite nel corso della procedura esecutiva individuale, dell'amministrazione giudiziaria e della procedura esecutiva individuale; anche se viene espressamente previsto, a differenza che nel precedente sistema che sia l'organo della procedura il percettore di dette somme e che su questi incomba l'obbligo di successivo versamento al creditore fondiario (Art.41, 3° comma);
- è confermato l'obbligo di versamento del saldo prezzo direttamente al credito fondiario (Art.41, 4° comma);<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> **ART. 17:** 1. IL PAGAMENTO RITARDATO OLTRE I TRENTA GIORNI DI ALMENO DUE RATE CONSECUTIVE RIPETUTO PER ULTERIORI DUE VOLTE CONSENTE DI APPLICARE LA CONDIZIONE RISOLUTIVA NEL CASO DI PAGAMENTO RITARDATO OLTRE I TRENTA GIORNI DI UNA SOLA ULTERIORE RATA.

2. NEI CONFRONTI DEI DEBITORI MOROSI A FRONTE DEI PRESTITI CONCESSI AI SENSI DELLA PRESENTE LEGGE, CONTINUANO AD APPLICARSI TUTTE LE DISPOSIZIONI DISCIPLINANTI IL PROCEDIMENTO ESECUTIVO DI CUI AI TITOLI VII E VIII DEL TESTO UNICO DELLE LEGGI SUL CREDITO FONDIARIO, APPROVATO CON REGIO DECRETO 16 LUGLIO 1905, N. 646, E SUCCESSIVE MODIFICAZIONI E INTEGRAZIONI.

<sup>65</sup> **ART. 20:** 1. I LIBRI ED I REGISTRI DELL'ENTE, QUALORA TENUTI SECONDO LE MODALITÀ STABILITE DALL'ARTICOLO 2710 DEL CODICE CIVILE, COME PURE I LORO ESTRATTI, POSSONO FARE PROVA IN GIUDIZIO ANCHE NEI CONFRONTI DEI CREDITORI E DEI TERZI.

<sup>66</sup> **ART. 41. PROCEDIMENTO ESECUTIVO:** 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.

<sup>67</sup> **ART. 41. PROCEDIMENTO ESECUTIVO:** 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

- è ancora prevista la possibilità, per l'aggiudicatario di subentrare (anche senza l'autorizzazione del giudice) nel contratto di finanziamento stipulato dal debitore espropriato (Art.41, 5° comma);

Nessun altro particolare privilegio è previsto dalla normativa attuale, deve quindi ritenersi che, per i contratti conclusi a partire dal 1° gennaio 1994 è esclusa:

- la rinnovazione d'ufficio delle ipoteche prese a garanzia di mutui fondiari;
- la possibilità, in mancanza di specifica comunicazione della successione a titolo particolare o universale, di compiere tutti gli atti diretti alla tutela del credito nei confronti dell'originario mutuatario (anche defunto);
- l'anatocismo legale;
- la possibilità di accedere alla procedura esecutiva prevista per la riscossione delle imposte dirette;
- la facoltà di immissione in possesso nell'immobile ipotecato, prima di ogni altro atto dell'esecuzione, al fine di ottenere il versamento delle rendite a deconto delle semestralità scadute;
- il principio di inefficacia delle cessioni di fitti non scaduti;
- l'obbligo per il magistrato di assegnazione dei termini minimi ove previsti;
- la possibilità per l'istituto di vendere i beni offerti in garanzia a trattativa privata;

### **CREDITO FONDIARIO E FALLIMENTO. RAPPORTI TRA PROCEDURA ESECUTIVA INDIVIDUALE E PROCEDURA CONCORSALE IN PRESENZA DI CREDITORI FONDIARI<sup>68</sup>**

Come è noto l'art.51 del Regio Decreto 16 marzo 1942, n.267 (anche nella nuova formulazione conseguente all'emanazione del Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n.5 in vigore dal 16 luglio 2006 – salvo quanto previsto dall'art.150 della citata norma<sup>69</sup>), prevede espressamente che, “salvo diversa disposizione di legge”, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento.

---

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.

<sup>68</sup> È il caso di rilevare che il problema delle relazioni tra procedura esecutiva individuale e procedura concorsuale si può verificare in ogni momento della procedura esecutiva stessa ovvero sino all'emissione dei mandati di pagamento ed alla riscossione delle somme distribuite. Sul punto vedi Cass. Sez. 1, Sentenza n. **23572** del 17/12/2004 (Rv. 579505) secondo cui: anche nella procedura esecutiva promossa da un istituto di credito fondiario ai sensi dell'art. 42 del R.D. 16 luglio 1946 n. 646, trova applicazione il principio secondo cui l'ordinanza di distribuzione definisce la fase espropriativa vera e propria ma non anche il processo esecutivo, da ritenersi in corso fintanto che non sia eseguito il pagamento, a favore del creditore assegnatario, della somma ricavata dalla vendita. Pertanto, se tra la data del provvedimento di assegnazione e quella del pagamento intervenga il fallimento del debitore, in forza del divieto di azioni individuali posto dall'art. 51 legge fall., la somma deve ritenersi di pertinenza della curatela.

<sup>69</sup> “i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le domande di concordato fallimentare depositate prima dell'entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data, sono definiti secondo la legge anteriore”

Si è visto che, l'ultimo comma dell'art.42 del Regio Decreto 16 luglio 1905, n.646 prevede espressamente 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 agli istituti di crediti fondiario”*.

La norma in questione è stata fatta espressamente salva dagli artt.15 del D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7 e 17 della Legge 6 giugno 1991, n.175 ed è stata sostanzialmente riprodotta dal 2° comma dell'art.41 del Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

Tanto detto, si sono posti non pochi problemi relativi all'interazione tra la disciplina speciale del credito fondiario e procedure concorsuali.

LA NON APPLICABILITÀ DELLA NORMATIVA SPECIALE IN MATERIA DI CREDITO FONDIARIO ALLE PROCEDURE  
CONCORSUALI DIVERSE DAL FALLIMENTO

Un primo ordine di problemi riguarda l'applicabilità del c.d. “principio di indifferenza” del credito fondiario al fallimento della parte debitrice alle procedure concorsuali diverse dal fallimento.

La giurisprudenza di merito e legittimità sulla scorta del carattere eccezionale della norma prevista dall'art.51 della Legge fallimentare e del tenore letterale della norma dell'art.41 del R.D. 646/1905 hanno sempre ritenuto non estendibile a procedure concorsuali diverse dal fallimento la facoltà del creditore fondiario di iniziare o proseguire la procedura esecutiva individuale.

Unica eccezione al sistema è l'ipotesi della **liquidazione coatta amministrativa** cui deve ritenersi applicabile l'art.51 della Legge Fallimentare in forza dell'espresso richiamo operato dal successivo art.201.<sup>70</sup>

Quanto alle altre procedure concorsuali si veda:

- Cass. Sez. 1, Sentenza n. **11879** del 07/11/1991 (Rv. 474539) in materia di **Concordato preventivo**, secondo cui in tema di credito fondiario non opera nei confronti del debitore ammesso al concordato preventivo, atteso che il divieto, contenuto nell'art. 168 del R.D. 16 marzo 1942 n. 267, di inizio o proseguimento di azioni esecutive individuali sul patrimonio del debitore ammesso al concordato preventivo è assoluto, e non derogato, in particolare, dal citato art. 42.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Sul punto si legga Sez. 1, Sentenza n. **3847** del 07/06/1988 (Rv. 459057) secondo cui L'art. 51 della legge fallimentare, il quale, nell'escludere l'esecutività dell'esecuzione individuale, fa salva diversa disposizione di legge, inclusa quella dettata dall'art. 42 secondo comma del R.d. n. 646 del 1905 sul credito fondiario, trova integrale applicazione nella liquidazione coatta amministrativa, anche con riguardo a tale eccezione, in forza del richiamo di cui al successivo art. 201 della medesima legge, e, pertanto, pure sugli immobili acquisiti a detta liquidazione, deve ritenersi consentito agli istituti di credito fondiario di promuovere e proseguire l'espropriazione individuale, in base all'ipoteca iscritta a garanzia di mutuo.

Si veda tuttavia Cass. **Sez. U**, Sentenza n. **1495** del 28/04/1976 (Rv. 380235) secondo cui la legge 17 luglio 1975, n. 400, la quale, all'art 3, dispone espressamente che sui beni compresi nella liquidazione coatta amministrativa degli enti cooperativi non può essere iniziata o proseguita alcuna azione esecutiva individuale, anche se prevista e ammessa da leggi speciali in deroga al disposto dell'art 51 del rd 16 marzo 1942, n 267, avendo natura processuale, e di immediata applicazione nelle controversie in corso. (nella specie, si discuteva, nel giudizio in corso, della possibilità di estendere alla procedura coatta amministrativa di una società cooperativa, l'art 42 del rd 16 luglio 1905 n 646, secondo cui le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario sono sempre applicabili anche in caso di fallimento del debitore).

<sup>71</sup> Vedi anche: Sez. 3, Sentenza n. **2922** del 19/03/1998 (Rv. 513751).

- Cass. Sez. 3, Sentenza n. **1017** del 15/05/1967 (Rv. 327325) in materia di **Concordato fallimentare** in base alla quale a norma dell'art. 42, secondo comma, del T.U. 16 luglio 1905, n.646, agli istituti esercenti il credito fondiario e consentito di iniziare o proseguire l'Azione esecutiva individuale sui beni ipotecati anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore. Una siffatta posizione speciale e privilegiata, dovuta alla natura del credito, non viene meno per effetto del concordato giudiziale, intervenuto nel corso dell'esecuzione forzata individuale, se non vi sia stata rinuncia implicita o esplicita all'ipoteca, dovendo il creditore fondiario essere considerato estraneo al concordato.

Preso atto che gli **accordi di ristrutturazione** producono sostanzialmente i medesimi effetti del concordato preventivo, deve ritenersi preclusa la possibilità per il creditore fondiario, nell'ipotesi di definizione dell'accordo di ristrutturazione di intraprendere azioni esecutive individuali.

Quanto all'**amministrazione controllata** essa non pregiudica lo svolgimento della normale attività d'impresa, si deve, quindi, ritenere pienamente operate per il credito fondiario la possibilità di accedere a tutte le forme ordinarie di tutela del credito.

LA PARTECIPAZIONE ALLA DISTRIBUZIONE DEL RICAVATO. IL PROBLEMA DELLA PREVENTIVA INSINUAZIONE ALLA STATO PASSIVO DEL FALLIMENTO DEL DEBITORE ESECUTATO. IL POTERE – DOVERE DEL CURATORE FALLIMENTARE DI CONTESTARE IN SEDE ESECUTIVA INDIVIDUALE L'ENTITÀ DEL CREDITO.

Come abbiamo visto, l'ordinamento consente la coesistenza della procedura esecutiva individuale con quella concorsuale. Si tratta ora di stabilire con esattezza l'ambito di operatività delle norme con particolare riferimento agli effetti ed ai presupposti della distribuzione del ricavato in sede esecutiva.

La giurisprudenza di legittimità<sup>72</sup> si è da tempo assestata nel ritenere non necessaria la preventiva insinuazione del creditore fondiario nello stato passivo del fallimento del debitore esecutato per addivenire ad una utile distribuzione del ricavato in sede esecutiva. La stessa giurisprudenza di legittimità, tuttavia, pur partendo dal comune presupposto, giunge a conclusioni diverse circa le modalità e gli effetti della distribuzione in sede esecutiva.

Secondo un primo indirizzo, infatti, alla non necessaria preventiva insinuazione allo stato passivo consegue l'onere per il curatore fallimentare di svolgere tutte le contestazioni in ordine all'esistenza del credito in sede esecutiva e l'annullamento, di fatto, della procedura concorsuale quanto all'accertamento ed alla collocazione del credito fondiario.

Secondo altro indirizzo, certamente più condivisibile,<sup>73</sup> seppure non occorre la preventiva insinuazione allo Stato passivo, al fine di ottenere il definitivo riconoscimento del proprio credito, è onere del creditore fondiario insinuarsi in ogni caso allo stato passivo del debitore esecutato e pertiene, quindi, esclusivamente al giudice delegato l'accertamento del credito e della sua graduazione nei modi e nelle forme previste dalla procedura fallimentare.

Vediamo in dettaglio i due indirizzi.

### *L'accertamento in sede esecutiva*

---

<sup>72</sup> Sez. 1, Sentenza n. **1395** del 19/02/1999 (Rv. 523381), Sez. 1, Sentenza n. **10017** del 09/10/1998 (Rv. 519564), Sez. 1, Sentenza n. **5806** del 15/06/1994 (Rv. 487077).

<sup>73</sup> Indirizzo cui sono riconducibili anche talune pronunce della Suprema Corte che ritengono necessaria la preventiva insinuazione allo stato passivo e condizionano l'attribuzione in sede di riparto alla prova, da parte del creditore fondiario di tale insinuazione (Sez. 1, Sentenza n. **5267** del 1998).

Secondo tale indirizzo,<sup>74</sup> si è osservato, che, benché si debba distinguere tra un'azione espropriativa ed una satisfattiva, rispettivamente esercitata fino alla vendita e, dopo di essa, in fase di distribuzione (distinzione che trova la sua base legislativa nell'art. 629 secondo comma c.p.c.), da nessuna norma o principio generale può desumersi che il privilegio processuale conferito agli istituti di credito fondiario di provvedere alla vendita in separata procedura "individuale", nonostante il fallimento del debitore non sussista, anche, nella fase di distribuzione del prezzo.

Ne consegue che anche la fase di distribuzione del prezzo, nell'ipotesi in cui la vendita si sia svolta insede esecutiva individuale deve essere regolata dalle norme disciplinanti l'esecuzione individuale.

Si è, infatti, rilevato che il fallimento produce a carico degli altri creditori - eventualmente intervenuti nella procedura individuale - l'effetto sancito dagli articoli 51 e 52 legge fallimentare, di guisa che detti creditori non possono concorrere alla suddetta distribuzione e l'eventuale super del prezzo di vendita deve essere attribuito al curatore del fallimento.

A quest'ultimo, pertiene il controllo in tale fase dell'osservanza del principio di diritto sostanziale della *par condicio*.

Poiché il curatore del fallimento interviene in luogo e vece degli altri creditori ex art. 107 terzo comma legge fallimentare (che, se non vi fosse stata la dichiarazione di fallimento, avrebbero potuto partecipare al concorso), nella fase di distribuzione del giudice dell'esecuzione immobiliare individuale esercita le funzioni descritte dagli artt. 596-598 c.p.c. e provvede perché siano osservate le disposizioni degli artt. 2740, 2741 c.c. e quella della legge fallimentare (art. 54).

Nella fase della discussione del riparto il curatore potrà sollevare la controversia ex art. 512 c.p.c. circa la sussistenza o l'ammontare del credito dell'Istituto e circa il grado e l'estensione della sua prelazione. Ovviamente, altrettanto potrà fare l'Istituto, nei confronti del fallimento.

Non vi è pericolo che vengano pregiudicati i crediti prededucibili, privilegiati ed ipotecari, tutelati dal curatore alla stregua dello stato passivo formato in sede fallimentare, stante il disposto dell'art. 566 c.p.c., che tutela il concorso di detti crediti anche nel caso di intervento tardivo, dopo l'udienza di cui all'art. 563 c.p.c..

Quanto all'obiezione secondo la quale, tale impostazione violerebbe il principio che la potestà di graduare "i diritti dei creditori privilegiati nella distribuzione dell'attivo" a norma dell'art. 54 l.f. non può che spettare al giudice delegato, si è osservato che essa si risolve in una petizione di principio, contraddetta dal combinato disposto dagli artt. 51 e 52 l.f. come correttamente interpretato, rilevante essendo che le ragioni di specialità in tema di tutela di credito fondiario nel fallimento<sup>75</sup> non compromettano la tutela giurisdizionale dei diritti di credito concorrenti, assicurata attraverso le garanzie del processo di esecuzione nel necessario contraddittorio del curatore.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Sez. 1, Sentenza n. **1395** del 19/02/1999 (Rv. 523381), Sez. 1, Sentenza n. **10017** del 09/10/1998 (Rv. 519564) Sez. 1, Sentenza n. **5806** del 15/06/1994 (Rv. 487077)

<sup>75</sup> Riconosciute anche dalla **Corte Costituzionale** con le sentenze n. **166** del **1962** e n.**211** del **1976** e con l'ordinanza n. **393** del **1988**, secondo cui l'esigenza di assicurare il buon funzionamento delle istituzioni di credito fondiario giustifica strumenti speciali di "sollecita e sicura soddisfazione" delle posizioni creditorie degli istituti che tale credito esercitano.

<sup>76</sup> Osserva la Cassazione (Sez. 1, Sentenza n. **1395** del **1999**) che la tesi secondo cui la fase dell'accertamento del credito e della distribuzione del ricavato rimarrebbe comunque attratta nella procedura concorsuale, "non ha fondamento nel dettato testuale del combinato disposto dagli artt. 5 e 52 l.f., giacché la riserva posta in apertura dell'art. 51 legittima la speciale procedura individuale prevista dell'art. 42 t.u. 646/1905 - senza limitazione alcuna e nel suo complessivo sviluppo, fino alla distribuzione -, come è confermato dal secondo comma dell'art. 52 che fa salve, pur in ordine all'accertamento del credito, "diverse disposizioni di legge"; mentre la esigenze di sottoporre anche il credito fondiario al concorso sostanziale - affermata nel primo comma dell'art. 52 - è soddisfatta dell'intervento del curatore, in

Evidente appare allora l'assoluta inconsistenza della necessità di una preventiva insinuazione allo stato passivo del fallimento atteso che, essa sarebbe utile solo ove si dovesse necessariamente procedere in sede fallimentare alla distribuzione del ricavato. Cosa che, secondo tale impostazione non è prevista.

***L'accertamento in sede fallimentare. La natura di attribuzione provvisoria del riparto in sede esecutiva.***

Tale indirizzo parte dal presupposto che, sebbene sia riconosciuto al creditore fondiario il privilegio processuale di procedere alla liquidazione dei beni posti a garanzia del proprio credito in sede esecutiva individuale pure in presenza di una procedura esecutiva individuale, tale privilegio non può scardinare il principio della competenza esclusiva del Giudice delegato al fallimento nell'accertamento definitivo dei crediti e della loro graduazione.

Osserva la Suprema Corte<sup>77</sup> che nulla dice il legislatore in ordine al modo in cui il privilegio accordato agli istituti di credito fondiario possa armonizzarsi con uno dei principi cardine della procedura fallimentare: ossia con l'onere gravante su ogni creditore di far accertare il proprio credito e le eventuali cause di prelazione nelle forme e secondo la regole di tale procedura, come condizione essenziale per garantire nei riguardi di tutti il rispetto delle regole del concorso (art. 52 l. fall.).

Evidenza, quindi, che la stessa giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato che la facoltà di cui all'art.42 del T.U. sul Credito Fondiario ha carattere meramente processuale; non si traduce cioè, esso stesso, in una causa di prelazione ulteriore rispetto al privilegio ipotecario connesso alla nascita del mutuo fondiario.

La Corte rileva, quindi, che benché tale premessa sia comunemente condivisa, tuttavia, si manifestano divergenze su un aspetto essenziale della disciplina.

Da una parte, infatti, si sostiene che la speciale normativa dettata in favore degli istituti di credito fondiario resterebbe priva di senso ove si imponesse a detti istituti l'onere, per poter conseguire il risultato utile dell'esecuzione individuale da essi azionata o proseguita, di esplicitare un'ulteriore attività processuale consistente nell'insinuazione del proprio credito al passivo del fallimento; e se ne deduce che compete viceversa al curatore intervenire nella procedura esecutiva individuale per far valere l'esistenza di eventuali altri crediti di grado posteriore<sup>78</sup>.

D'altra parte, invece, si sostiene che anche quando l'esecuzione individuale promossa dall'istituto di credito fondiario prosegue dopo il fallimento del debitore è esclusivamente competente il giudice delegato a conoscere dell'esistenza e dell'entità, delle cause di prelazione del credito, nonché della

---

luogo e vece di tutti gli altri creditori ex art. 107, comma 3, l.f., nella fase della distribuzione davanti al giudice della esecuzione immobiliare individuale. E in quella sede il curatore può esercitare le facoltà di cui agli artt. 596 e 598 c.p.c.; esigendo l'osservanza delle disposizioni di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c. e dell'art. 54 l.f., promuovendo, se del caso, anche la controversia di cui all'art. 572 c.p.c., in ordine a sussistenza ed ammontare del credito fondiario e al grado della prelazione ipotecaria, in tal modo salvaguardando eventuali crediti prodeducibili o di rango posteriore.

Nell'ambito di tale contestazione non può invece rientrare la mancata insinuazione del credito fondiario al passivo del fallimento per la ragione, già più sopra indicata, che nel sistema degli artt. 51 e 52 l.f. è integralmente "fatta salva" la procedura esecutiva individuale come disciplinata dall'art. 42 T.U. 646/1905, che prevede la prosecuzione della stessa procedura fino alla distribuzione del prezzo."

<sup>77</sup> Sez. 1, Sentenza n. 23572 del 2004.

<sup>78</sup> Cass., 19 febbraio 1999, n. 1395, 9 ottobre 1998, n. 10017 e 15 giugno 1994, n. 5806.

distribuzione della somma ricavata nell'esecuzione individuale, di modo che anche l'istituto di credito fondiario deve insinuarsi al passivo del fallimento per poter conseguire, se il credito risulti poi ammesso ed utilmente collocabile, il risultato dell'esecuzione privilegiata restituendo alla massa l'eventuale somma ricavata in più<sup>79</sup>.

Ciò detto i sostenitori di tale tesi, ritengono il secondo indirizzo maggiormente condivisibile. In effetti, posta la natura e l'origine della normativa speciale sul credito fondiario e ravvisata in essa una deroga alle regole generali della liquidazione dei beni nel fallimento, compatibile con la successiva vigenza dell'attuale legge fallimentare, occorre pur sempre interpretarla nel modo in cui meno vistoso risulti lo strappo rispetto ai principi ispiratori di detta legge e non si pervenga a disparità di trattamento irrazionali e poco giustificabili. Allora, dovendosi tener fermo il già richiamato orientamento che ravvisa nella legge sul credito fondiario un privilegio di carattere meramente processuale, è del tutto logico ammettere che tale privilegio si sostanzi nella possibilità per l'istituto creditore non solo di iniziare o proseguire la procedura esecutiva individuale, ma anche - e soprattutto - di conseguire il risultato concreto cui tale procedura tende, ossia l'assegnazione della somma ricavata dalla vendita forzata dei beni del debitore, entro i limiti del proprio credito, senza che per questo l'assegnazione ed il conseguente pagamento si debbano ritenere indebiti, e senza che si debba postulare - il che davvero varrebbe a svuotare il privilegio di ogni significato, trasformandolo in un gravoso e non remunerato onere l'obbligo di immediatamente ed incondizionatamente rimettere al fallimento la somma così ricevuta.

Le già ricordate disposizioni del r. d. n. 646 depongono chiaramente in tal senso, ma da quelle medesime norme si ricava anche il carattere per certi versi provvisorio dell'assegnazione anzidetta (al pari dell'accredito delle rendite in pendenza di esecuzione: art. 42, primo comma, cit.), reso ben evidente dal disposto dall'art. 55 del medesimo decreto, che addirittura consente all'istituto pretendere direttamente dall'acquirente dell'immobile espropriato la parte di prezzo versata corrispondente al proprio credito, maggiorato di accessori e spese, "salvo l'obbligo dell'istituto stesso di restituire a chi di ragione quel tanto coi rispettivi interessi per cui, in conseguenza della graduazione, non risultasse utilmente collocato".

Disposizione, quest'ultima, che è significativa di come il privilegio processuale contemplato dalla normativa di cui si tratta si esaurisca, appunto, nella possibilità per l'istituto mutuatario di ottenere subito quanto è comunque presumibile gli competerà, ma senza pregiudizio per il definitivo accertamento delle eventuali spettanze di altri creditori e quindi, appunto, in termini soltanto provvisori.

Se così è, però, il modo in cui poi è destinata a realizzarsi la definitiva graduazione delle ragioni creditorie degli aventi diritto, con il conseguente eventuale obbligo restitutorio a carico dell'istituto che ha proceduto all'esecuzione individuale, non può non risentire - ne' v'è ragione logica per cui non debba risentire - della frattanto intervenuta dichiarazione di fallimento del debitore. Il sopravvenire di tale dichiarazione impone, infatti, di coordinare la disciplina speciale di cui si sta parlando con le regole proprie della procedura concorsuale, le quali non consentono di realizzare alcuna forma di graduazione dei crediti che non sia coerente con quelle medesime regole. Nulla infatti induce a scorgere nelle disposizioni eccezionali sul credito fondiario - concernenti solo la fase di liquidazione dei beni del debitore fallito e non anche quella dell'accertamento del passivo - anche una deroga al principio di esclusività della verifica fallimentare posto dall'art. 52 l. fall. Nè, del resto, sembra appagante ipotizzare che il rispetto di tali regole sia assicurato nell'ambito della medesima procedura individuale, in forse dell'intervento in quella sede eventualmente spiegato dal curatore. L'attuazione del meccanismo del concorso dei creditori contemplati dalla normativa concorsuale, in caso di fallimento del comune debitore, difficilmente pare compatibile

---

<sup>79</sup> Cass. 15 gennaio 1998, n. 314; 33 novembre 1990, n. 11234; ed 11 marzo 1987, n. 2532

con uno strumento - quale sarebbe l'intervento del curatore nella procedura esecutiva individuale - meramente eventuale e legato alla contingente conoscenza che il curatore medesimo abbia dell'esistenza di una tale procedura. Così opinando, inoltre, non si riesce a superare l'aporia - evidente proprio nel caso qui in esame - che si verifica in caso d'incolpevole ritardo del curatore nell'intervenire in una procedura esecutiva individuale che abbia già superato lo studio dell'approvazione del progetto di distribuzione delle somme ricavate dalla vendita, così rendendo di fatto impraticabile ogni tentativo di realizzare in quella sede la conciliazione tra le regole proprie di detta procedura ed i principi informativi della partecipazione dei creditori al concorso fallimentare.

Da quanto detto, secondo tale impostazione, derivano allora due conseguenze.

La prima è che solo attraverso l'insinuazione al passivo del fallimento l'istituto di credito fondiario può rendere definitiva l'assegnazione delle somme, già provvisoriamente avvenuta in suo favore al termine della procedura esecutiva individuale, perché solo così potrà realizzarsi quella graduazione dei crediti che ne è il presupposto indispensabile. È quanto, del resto, unanimemente si ritiene debba accadere per il caso in cui la vendita fallimentare del bene ipotecato abbia preceduto nel tempo l'iniziativa individuale dell'istituto di credito fondiario, che resta in tal caso pur sempre tenuto a proporre domande di ammissione del proprio credito per consentire la verifica del privilegio che lo assiste da parte degli organi della procedura e non vi sarebbero ragioni plausibili per escludere l'analogo onere sol perché l'iniziativa volta alla vendita coatta dei beni del debitore sia stata assunta per primo dall'istituto fondiario.

La seconda conseguenza è che, per definire la graduazione dei crediti aventi diritto a partecipare al concorso, ivi compreso quello dell'istituto mutuante, non è affatto necessario che il curatore assuma iniziative nel procedimento esecutivo individuale da detto istituto promosso e coltivato (salvo che al fine di far valere in quella sede le eventuali ragioni del debitore esecutato). Non può esser quella - lo si è già detto - la sede in cui si attua l'accertamento e la graduazione dei crediti concorrenti in deroga al principio di esclusività della veridica fallimentare posto dall'art. 52 l. fall.. E dunque, perché l'assegnazione conseguita dall'istituto fondiario all'esito del procedimento esecutivo individuale assuma o meno (in tutto o in parte) carattere definitivo, è solo necessario che si compia il normale procedimento di verifica dei crediti disciplinato da tale ultima norma e che ciascun credito sia collocato nel rango che gli compete, secondo il piano di riparto elaborato in base alle regole della procedura concorsuale.<sup>80</sup>

#### L'IRRILEVANZA DELL'INTERVENUTO FALLIMENTO RISPETTO ALL'OPERATIVITÀ DELL'ART. 2855 C.C.

Da ultimo appare opportuno affrontare un'ultima questione ormai definitivamente risolta in giurisprudenza, ovvero l'operatività dell'art. 2855 c.c. nell'ipotesi di fallimento del debitore esecutato.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha osservato che l'art. 54 della legge fallimentare, ove, per i crediti assistiti da ipoteca, estende la prelazione agli interessi nei limiti contemplati dagli artt. 2788 e 2855 secondo e terzo comma cod. civ., trova applicazione anche nei riguardi dei crediti per mutuo fondiario degli istituti di credito fondiario, soggetti alla disciplina del r.d. 16 luglio 1905 n. 646, atteso che le norme di tale disciplina (come quelle successivamente introdotte dal d.p.r. 21 gennaio 1976 n. 7) non interferiscono sui principi che regolano il concorso dei creditori nel fallimento, ne', in particolare, su quelli posti dal citato art. 54 e dall'art. 55 della legge fallimentare, in difetto di un'espressa riserva o richiamo (come quello contenuto nell'art. 51). Pertanto, l'iscrizione di uno di detti crediti per capitale al passivo concorsuale fa collocare nello stesso grado anche il credito per

---

<sup>80</sup> Si vedano anche Sez. 1, Sentenza n. 5267 del 1998.



interessi maturato dopo l'annata in corso alla data del pignoramento (intendendosi la dichiarazione di fallimento equiparata al pignoramento), ma soltanto nella misura legale e fino al momento della vendita<sup>81</sup>

## LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO DI MUTUO FONDIARIO

Come è noto l'art.39 del Regio Decreto 16 luglio 1905, n.646 (Testo Unico delle Leggi sul Credito Fondiario) prevede che *“nei contratti di credito fondiario intensesi stipulata la condizione risolutiva in caso di ritardato pagamento anche di una sola parte del credito scaduto; e l'istituto può chiedere esecutivamente il pagamento integrale di ogni somma ad esso dovuta”*.

Successivamente l'art.15 del Decreto del Presidente della Repubblica 21 gennaio 1976, n. 7 (non applicabile ai contratti stipulati – anche in forma condizionata – in data anteriore al 1° gennaio 1976) ha stabilito che *“ai contratti di credito fondiario si intende apposta la condizione risolutiva per il caso di ritardato pagamento anche di una sola parte del credito scaduto e l'ente può chiedere esecutivamente il pagamento integrale di ogni somma ad esso dovuta.*

*Nei confronti dei debitori morosi a fronte dei prestiti concessi ai sensi del presente decreto continuano ad applicarsi tutte le disposizioni disciplinanti il procedimento esecutivo di cui ai titoli VII e VIII del testo unico delle leggi sul credito fondiario, approvato con regio decreto 16 luglio 1905, n. 646, e successive modifiche e integrazioni.”*

Il Testo Unico delle Leggi in Materia Bancaria e creditizia (Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n.385), applicabile ai contratti stipulati successive al 1° gennaio 1994, ha abrogato sia la norma dell'art.39, sia la norma dell'art.15 stabilendo unicamente all'art.40 che *“la banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quanto lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive.”*

Questo il quadro normativo di riferimento.

Tanto premesso si è posto il problema della qualificazione della clausola di cui ai citati artt.39 e 15, ovvero, degli effetti dell'avvenuta richiesta in precetto da parte dell'istituto mutuante non solo delle rate scadute e non pagate ma anche del residuo capitale.

### I° INDIRIZZO: LA NON OPERATIVITÀ DELLA CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA

Secondo una prima impostazione<sup>82</sup>, alla richiesta in precetto non solo del pagamento delle rate scadute ed in pagate ma anche del residuo capitale, non consegue la risoluzione del contratto di mutuo.

---

<sup>81</sup> Sez. 1, Sentenza n. 2196 del 02/03/1988 (Rv. 458020), Sez. 1, Sentenza n. 6952 del 20/12/1988 (Rv. 461156), Sez. 1, Sentenza n. 7148 del 03/12/1986 (Rv. 449226), Sez. 1, Sentenza n. 6487 del 06/11/1986 (Rv. 448651), Sez. 1, Sentenza n. 5944 del 10/11/1981 (Rv. 416714), Sez. 1, Sentenza n. 2734 del 25/10/1973 (Rv. 366244). Si veda in particolare Sez. 1, Sentenza n. 11033 del 08/11/1997 (Rv. 509672) secondo cui, in virtù dell'equiparazione tra dichiarazione di fallimento e pignoramento, l'iscrizione di un credito per capitali al passivo concorsuale fa collocare nello stesso grado anche il credito per interessi maturato dopo il compimento dell'annata in corso alla data del pignoramento (fallimento), ma soltanto nella misura legale e fino alla data della vendita, senza che a tale principio possano derogare le norme sul credito fondiario, che non riguardano la misura degli interessi, la scadenza degli stessi, ne' l'estensione del diritto di prelazione ai cosiddetti fattori accessori (quali gli interessi dimora, i diritti di commissione, le provvigioni speciali e simili).

<sup>82</sup> Formatasi, invero, prevalentemente con riferimento ad ipotesi disciplinate dall'art.39 del R.D. 646/1905. Occorre, tuttavia, rilevare l'esistenza di due risalenti pronunce della Cassazione di senso contrario (vedi note relative al secondo indiretto).

Esso continua a produrre i suoi effetti sino alla piena soddisfazione del credito con conseguente maturazione anche delle rate scadute successivamente al precetto ed applicazione degli interessi moratori non solo sulle rate scadute (comprehensive della quota parte interessi e della quota parte capitale) ma anche delle rate via via maturande.

I sostenitori di tale tesi<sup>83</sup> si basano essenzialmente sulla particolarità dei contratti di mutuo fondiario basati su una disciplina di carattere speciale rispetto a quella codicistica in materia di inadempimento e di obbligazioni pecuniarie (in particolare con riferimento alla disciplina degli art.1456 e 1224 c.c.).

Essi rilevano che i contratti di mutuo fondiario regolati dal Testo unico del 1905 sono contratti necessariamente garantiti da ipoteca di primo grado sugli immobili (art. 12, comma 1 lett. a) e finanziati attraverso l'emissione di cartelle, il cui valore nominale equivale al capitale dovuto dai mutuatari (art. 1, comma 1, lett. c).

Si tratta di negozi fondati su di uno stretto nesso di casualità economico - giuridica tra operazioni passive (emissione delle cartelle) e operazioni attive (prestiti ipotecari) e pertanto da una stretta correlazione fra esercizio dei diritti spettanti al mutuante e adempimento delle obbligazioni derivanti verso i terzi dall'emissione delle cartelle.

Orbene, tale stretto collegamento non viene meno per il fatto che, in conseguenza dell'inadempimento del mutuatario, l'istituto mutuante si avvalga del diritto, riconosciutogli dall'art. 39 del R.D. 16.7.1905 n. 646, di "chiedere esecutivamente il pagamento integrale di ogni somma ad esso dovuta". L'eventuale richiesta dell'intero capitale e del pagamento "immediato" di tutto quanto effettivamente dovuto, non provoca immediatamente ed automaticamente il rimborso delle cartelle emesse a finanziamento del contratto.

In realtà, sostiene tale parte della giurisprudenza, il rapporto di mutuo si protrae anche al di là del momento in cui l'istituto mutuante, giovandosi dell'art. 39, dichiara di volersi avvalere della "condizione risolutiva" prevista da tale norma, e perdura fino al momento in cui il mutuatario adempia completamente le proprie obbligazioni.

Conseguenzialmente, anche dopo l'esercizio del diritto di cui all'art.39 del T.U.F., gli interessi dovuti dal mutuatario moroso "continuano" a decorrere al tasso convenzionale, vale a dire che gli interessi convenzionali in tal caso si convertono in interessi di mora al tasso convenzionale preventivamente stipulato.

In base a tale impostazione, l'assunto sarebbe confermato:

a) dall'art. 41 R.D. 646 del 1905, concernente la possibilità che, in caso di mora, il creditore sia immesso nel possesso temporaneo degli immobili del mutuatario garantiti da ipoteca, percepandone

---

<sup>83</sup> Sez. 3, Sentenza n. 3763 del 10/04/1991 (Rv. 471610). Con riferimento a tale pronuncia (priva, per quanto consta, di precedenti di legittimità), invero, appare opportuno rilevare che la sentenza cassata, ritenendo operante la norma dell'art.1456 c.c. aveva riconosciuto spettanti sul capitale residuo precettato i soli interessi legali in luogo di quelli moratori pari a quelli convenzionali enunciando il principio che il diritto di chiedere, per il periodo successivo al precetto, importi e semestralità calcolati secondo i criteri stabiliti nel contratto di mutuo azionato esecutivamente persiste e che la misura degli interessi resta quella convenzionale (anche se, in conformità alla normativa speciale, gli interessi compensativi pattuiti in misura superiore a quella legale si sostituiscono a quelli moratori, comportando un automatico adeguamento degli interessi moratori a tasso legale alla superiore misura convenzionale).

Si vedano anche: Sez. 1, Sentenza n. 11916 del 14/12/1990 e Sez. 1, Sentenza n. 9219 del 01/09/1995

le rendite, il cui ammontare viene computato "in estinzione delle semestralità maturate e che venissero a maturarsi";

b) dagli artt. 61 e 62 stesso R.D., concernenti la possibilità, in caso di vendita degli immobili ipotecati, che l'aggiudicatario profitti del mutuo concesso al debitore espropriato, pagando le semestralità scadute e assumendo gli obblighi del mutuatario originario.

L'azionamento del diritto potestativo previsto dal citato art.39 da parte del creditore fondiario, quindi, non esclude la perdurante operatività del contratto di mutuo.

La "condizione risolutiva" ivi prevista comporta sostanzialmente non tanto la risoluzione del rapporto, quanto piuttosto una decadenza del beneficio del termine, in qualche modo riferibile al disposto dell'articolo 1186 del codice civile vigente.

La clausola risolutiva espressa disciplinata dall'art.1456 del codice civile, inoltre, non era nota al legislatore del 1905 e ad essa, pertanto, non si può fare riferimento nemmeno nell'interpretazione sistematica dell'art.39.

In conclusione, quindi, anche nell'ipotesi in cui il creditore fondiario abbia intimato precetto enunciando l'operatività dell'art.39 del R.D. 646/1905, il contratto non può ritenersi risolto e continua a produrre tutti i suoi effetti (ivi compresa la maturazione delle rate ulteriori scadute dopo la notifica del pignoramento) fino alla sua naturale conclusione.

Come accennato tale pensiero si è formato prevalentemente nel vigore della norma del 1905. Si deve, tuttavia, rilevare che la medesima sezione della Suprema Corte si è effettivamente pronunciata in senso conforme all'indirizzo appena esposto anche con riferimento ai contratti di mutuo fondiario soggetti alla disciplina del D.P.R. 21 gennaio 1976, n.7, pur non tenendo conto che, se con riferimento alla normativa speciale del 1905 l'ordinamento effettivamente non conosceva il meccanismo della clausola risolutiva espressa, tale istituto, per converso era certamente ben noto al legislatore del 1976.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> Sez. 3, Sentenza n. **14337** del 02/11/2000 (Rv. 541324), in cui si legge testualmente: "Nella giurisprudenza di questa Corte è stato già enunciato il principio secondo il quale il rapporto di mutuo concesso in base alle disposizioni sul credito fondiario non si estingue per effetto della dichiarazione dell'istituto mutuante di volersi avvalere della condizione risolutiva prevista dall'art. 39 del R.D. 16 luglio 1905 n. 646 e perdura fino al momento in cui il mutuatario adempie completamente le proprie obbligazioni, con la conseguenza che durante tale periodo gli interessi convenzionali, ancorché convertiti in interessi di mora, continuano a decorrere al tasso pattuito.

Il principio deriva dalla piana lettura dell'art. 15 del d.p.r. 21 gennaio 1976 n. 7, secondo il quale "ai contratti di credito fondiario si intende apposta la condizione risolutiva per il caso di ritardato pagamento anche di una sola parte del credito scaduto e l'ente può chiedere esecutivamente il pagamento integrale di ogni somma ad esso dovuta".

La stessa disposizione figurava anche nell'art. 39 del t.u della legge sul credito fondiario n 646 del 1905, il quale disponeva che "Nei contratti di credito fondiario intendesi stipulata la condizione risolutiva in caso di ritardato pagamento anche di una sola parte del credito scaduto; e l'istituto può richiedere esecutivamente il pagamento integrale di ogni somma ad esso dovuta".

Sez. 3, Sentenza n. **14584** del 12/07/2005 (Rv. 583250), di cui si riporta il testo al fine di evidenziare l'omesso specifico esame della questione proposta nel corpo della relazione: Con il primo motivo si denuncia "Violazione e/o falsa applicazione e, comunque, contraddittoria motivazione in relazione all'art.1456 C.C." esponendo doglianze che possono essere sintetizzate come segue. La Corte territoriale di Milano dichiara che non può trovare applicazione la normativa di cui all'art. 1456 c.c. in ordine al contratto di mutuo in questione perché stipulato ai sensi del D.L. 646/905 e quindi nella vigenza del codice 1865 che non prevedeva l'istituto della condizione risolutiva. Però l'art 39 di detto D.L. è stato sostituito con modifiche dall'art. 15 del D.P.R. n. 7 del 1976 che recita "...ai contratti del credito fondiario si intende apposta..." (non più stipulata) "...la condizione risolutiva per il caso di ritardato pagamento anche di una sola parte del credito scaduto..."; ed il contratto in questione è stato stipulato nel 1981 e quindi successivamente al D.P.R. n. 7/1976 e, quindi, nella vigenza del Codice Civile attuale che un tale istituto ha previsto e regola sin dal 1942. Nessun dubbio che una tale clausola soggiace alla disciplina civilistica di cui all'art. 1456 C.C. che al comma 2 così recita: " In questo caso (cioè in presenza della clausola risolutiva espressa) la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva". Che con la notifica dell'atto di precetto e

## 2° INDIRIZZO: LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO DI MUTUO

La questione è stata nuovamente oggetto dell'attenzione della Suprema Corte la quale, prendendo peraltro in esame la specifica ipotesi dell'avvenuta richiesta di pagamento di rate scadute successivamente alla notifica del precetto, ha almeno apparentemente mutato radicalmente indirizzo.<sup>85</sup>

---

successivo pignoramento il Credito Fondiario nel 1985 ebbe a dichiarare ai mutuatari di volersi avvalere della clausola risolutiva apposta in contratto in forza di legge (e non per stipulazione o volontà delle parti come prevedeva l'art. 39 rd. 646/905) rimane pacifico. Inconferente è, poi, la giurisprudenza (sent. 3763/91) richiamata dalla Corte atteso che riguarda un rapporto antecedente al D.P.R. 7/976. Palese violazione dell'art. 15 del DPR 7/76 e conseguentemente dell'art. 1456 C.C. costituisce il ritenere la permanenza di un contratto dopo la verificatasi sua risoluzione di diritto. Di nessun rilievo resta il richiamo in sentenza agli artt. 61 e 62 del testo unico 646/905 presupponendo questi una prosecuzione del rapporto durante la procedura esecutiva. Il contratto di mutuo doveva essere dichiarato risolto ex art. 1456 C.C., con conseguente caducazione di ogni previsione o clausola contrattuale, sin dal gennaio del 1985 con la notifica del precetto e successivo pignoramento.

Detto primo motivo non può essere accolto in quanto non riesce ad evidenziare nella motivazione contenuta nell'impugnata sentenza (se ben interpretata) i vizi logici e giuridici lamentati. Quanto agli asseriti vizi logici basta rilevare che non sussistono (né del resto sono ritualmente precisati nel motivo con la conseguenza che le doglianze sul punto sono in realtà inammissibili prima ancora che prive di pregio).

Per il resto, va in particolare confermato, con riferimento ad entrambe le normative in questione (R.D. DEL 16/7/1905 NUM. 646 ART. 39 e D.P.R. DEL 21/1/1976 NUM. 7 ART. 15) un principio di diritto sostanzialmente corrispondente; il che rende comunque immune da vizi giuridici la conclusione in diritto (basata su Cass. 10.4.1991 n. 3763) esposta nell'impugnata sentenza (v. la citata Cass. n. 03763 del 10/04/1991, palesemente concernente il R. D. DEL 16/7/1905 NUM. 646 ART. 39: "Il rapporto di mutuo concesso in base alle disposizioni sul credito fondiario non si estingue per effetto della dichiarazione dell'istituto mutuante di volersi avvalere della condizione risolutiva prevista dall'art. 39 del R.D. 16 luglio 1905 n. 646 e perdura fino al momento in cui il mutuatario adempie completamente le proprie obbligazioni, con la conseguenza che durante tale periodo gli interessi convenzionali, ancorché convertiti in interessi di mora, continuano a decorrere al tasso pattuito; e v. il seguente, corrispondente, principio di diritto: Il rapporto di mutuo concesso in base alle disposizioni sul credito fondiario non si estingue per effetto della dichiarazione dell'istituto mutuante di volersi avvalere della condizione risolutiva prevista dall'art. 15 del D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7 e perdura fino al momento in cui il mutuatario adempie completamente le proprie obbligazioni, con la conseguenza che durante tale periodo gli interessi convenzionali, ancorché convertiti in interessi di mora, continuano a decorrere al tasso pattuito; in tal senso Cass. n. 14337 del 02/11/2000; sentenza, questa palesemente emessa con riferimento al D.P.R. del 21/1/1976 num. 7 ART. 15); quanto esposto rende infatti priva di rilevanza ogni argomentazione della parte ricorrente circa l'applicabilità dell'una o dell'altra normativa (v. in particolare alla fine della pag. 4 del ricorso: "...Inconferente è, poi, la giurisprudenza (sent. 3763/91) richiamata dalla Corte atteso che riguarda un rapporto antecedente al D.P.R. 7/976...").

<sup>85</sup> Sez. 1, Sentenza n. **20449** del 21/10/2005 (Rv. 583852): In materia di mutuo fondiario disciplinato, 'ratione temporis', dal d.P.R. n. 7 del 1976, la notificazione da parte della banca di atto di precetto al mutuatario inadempiente per il pagamento del credito vantato, anche residuo, comporta la risoluzione del contratto, in quanto con questo atto la banca manifesta la propria volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa prevista dall'art. 15 d.P.R. cit., dovendo essere così qualificata quella testualmente indicata dalla norma come "condizione risolutiva", essendo compatibile la risoluzione sia con la previsione, ex art. 41, r.d. n. 646 del 1905, della maturazione di rate di mutuo dopo l'immissione della banca nel possesso dell'immobile, poichè questa si configura come rimedio a sè, distinto dalla esecuzione forzata ed alla medesima non necessariamente connesso, sia con la facoltà dell'aggiudicatario dell'immobile esitato di "approfittare" del mutuo (art. 61 e 62 r.d. cit.), che ripristina il contratto già sciolto; peraltro, la risoluzione neppure compromette l'equilibrio economico tra provvista mediante l'emissione di obbligazioni dei mezzi necessari all'erogazione del credito e concessione del mutuo, poichè sul capitale residuo continuano a maturare gli interessi al tasso convenzionale, in quanto il contratto di mutuo costituisce un contratto di durata e, quindi, la risoluzione opera per il futuro, determinando l'anticipata scadenza dell'obbligazione di rimborso del capitale, ferma l'applicabilità, nel caso di ritardo nel pagamento, degli interessi di mora al tasso convenuto ex art. 1224 cod. civ., restando invece escluso il riconoscimento dei medesimi interessi sulle rate a scadere che comprendono, oltre alla quota capitale anche gli interessi corrispettivi, in virtù dell'anatocismo legale previsto dall'art. 14, d.P.R. n. 7 del 1976.

Si segnalano, per altro, le risalenti, seppur isolate pronunce della Suprema Corte che già in passato avevano affermato che l'art. 39 T.U. cit. prevede la risoluzione di diritto del contratto secondo il meccanismo della clausola risolutiva espressa, senza necessità, peraltro, allorchè sia stata dall'istituto mutuante intrapresa l'esecuzione forzata, di una esplicita dichiarazione del medesimo di volersi avvalere della clausola, essendo tale dichiarazione insita nel fatto stesso dell'esecuzione. Sez. 1, Sentenza n. **3424** del 20/10/1969 e Sez. 1, Sentenza n. **5944** del 10/11/1981

Occorre, innanzi tutto puntualizzare che la recente giurisprudenza ha preso in esame le sole ipotesi contrattuali regolate dal D.P.R. 1976, n.7 e, quindi, dal Testo Unico in materia Bancaria e Creditizia non esprimendo alcuna valutazione sui contratti soggetti *ratione temporis* alla disciplina dell'art.39 del R.D: 1905/646.

Osserva, in primo luogo, la cassazione che non sussistono dubbi in merito alla applicazione della risoluzione per inadempimento al mutuo oneroso.<sup>86</sup>

Rileva, quindi, che, per quanto l'art. 15 del d.P.R. del 1976 riproponga sostanzialmente il testo del precedente art. 39 del T.U. del 1905, tuttavia la sua emanazione in un momento in cui l'ordinamento ormai conosceva la clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c. del 1942) rende inattuale l'ultimo degli argomenti utilizzati dalla citata Cass. 3763/1991.

Quanto alle argomentazioni che fanno leva sul collegamento economico tra reperimento della provvista ed erogazione del mutuo,<sup>87</sup> evidenzia che la risoluzione del contratto non compromette l'equilibrio economico tra provvista (obbligazioni) ed impieghi (mutui), atteso che gli interessi (moratori) anche sul capitale residuo continuano a maturare, dopo la risoluzione, al tasso convenzionale e non già al tasso legale.

La Suprema Corte, infatti, qualifica il contratto di mutuo fondiario, alla stregua di un contratto di durata agli effetti dell'art. 1458 c.c., in considerazione del carattere non istantaneo, ma prolungato, in ragione della durata del prestito, dell'utilità per il mutuatario consistente nel godimento del danaro - retribuito dalla controprestazione, del pari durevole, degli interessi - assicurategli dal mutuante per il tempo convenuto.

La risoluzione, dunque, non opera retroattivamente, ma per il futuro anticipando la scadenza dell'obbligazione di rimborso del capitale, la quale, però, conserva il suo titolo contrattuale; con la conseguente applicabilità, in caso di ulteriore ritardo nel rimborso stesso, degli interessi di mora al tasso in precedenza convenuto nel contratto, ai sensi dell'art. 1224, primo comma, ult. parte, c.c..

Del resto, prosegue la Corte, l'opposta tesi, la quale, muovendo dall'attribuzione di efficacia retroattiva alla risoluzione per inadempimento del mutuo, o dal disconoscimento del titolo contrattuale alla conseguente obbligazione di integrale rimborso del mutuatario, conclude per la maturazione degli interessi moratori al solo tasso legale, finisce con l'essere ingiustificatamente pregiudizievole per il mutuante, costretto a servirsi del rimedio della risoluzione per riottenere il capitale dal mutuatario inadempiente (anzi gravemente inadempiente, come di regola nella risoluzione per inadempimento), e ingiustificatamente premiale per quest'ultimo, che può continuare a godere, di fatto, del capitale a un interesse più vantaggioso di quello cui si era obbligato.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Sull'applicabilità dell'art.1453 c.c. al mutuo oneroso vedi: Sez. 3, Sentenza n. **1861** del 21/02/1995 (Rv. 490551) secondo cui Il rimedio della risoluzione del contratto per inadempimento, previsto dall'art. 1453 cod. civ., è applicabile anche al mutuo oneroso che, per la sua causa di scambio, pur dando luogo ad obbligazioni solo per il mutuatario, rientra tra i contratti con prestazioni corrispettive, differenziandosi dal mutuo gratuito, nel quale non vi è scambio di prestazioni, dato che l'obbligazione del mutuatario non ha funzione di corrispettivo della attribuzione patrimoniale derivata dalla consegna della somma da parte del mutuante.

<sup>87</sup> Collegamento essenzialmente di carattere economico, più che giuridico, essendo venuta meno, secondo il sistema delineato dal d.P.R. del 1976, la rigida corrispondenza tra singole operazioni di impiego e singole operazioni di provvista, propria del precedente sistema delle cartelle disciplinato dal T.U. del 1905

<sup>88</sup> La stessa Corte, non si esime dal valutare le conseguenze economiche dell'assunto da cui discende la necessaria perdita degli interessi moratori sugli interessi compensativi maturati sulle rate a scadere successivamente al precepto, rate che, nella soluzione appena prospettata non potranno più venire a scadenza con conseguente perdita di remunerazione per il credito.

Non sfugge al riesame della Corte neppure l'argomentazione relativa alla previsione degli artt. 41, 61 e 62 del T.U. del 1905 lasciati in vigore dal d.P.R. n. 7/1976. Secondo la Corte gli argomenti non sarebbero decisivi.

Osserva il Suprema Collegio che, in effetti, non sussiste incompatibilità fra dette norme e la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 15 d.P.R. cit. implicita nell'inizio dell'esecuzione per l'intero importo del mutuo.

Quanto all'art. 41, che fa riferimento al maturare di rate di mutuo anche dopo l'immissione nel possesso dell'immobile da parte dell'istituto mutuante (rate che l'istituto può estinguere incamerando le rendite dell'immobile appreso), va rilevato che l'immissione in possesso si configura come rimedio a sè, distinto dalla esecuzione forzata e non necessariamente a questa connesso: tanto è vero che può essere domandata dall'istituto "prima di ogni atto di esecuzione" (art. 41, cit., primo comma) ed è destinata a concludersi sia a seguito dell'estinzione del debito per semestralità (via via) scadute, sia proprio a seguito dell'inizio dell'esecuzione e della nomina di un "sequestratario giudiziale" (art. 41, ult. comma).

Quanto, poi, agli artt. 61 e 62 T.U. cit., la Corte fonda essenzialmente la sua tesi sulla possibilità di ripristinare, mediante un nuovo negozio, il contratto già risolto per inadempimento.<sup>89</sup>

Osserva, infatti, che la facoltà da essi riconosciuta all'aggiudicatario, previo pagamento delle "semestralità scadute" (evidentemente sino all'aggiudicazione: nel che risiederebbe l'implicito riconoscimento del perdurare del rapporto di mutuo in pendenza dell'esecuzione coattiva), è quella di "profittare" (art. 61, primo comma) o "approfittare" (art. 62, primo comma) del mutuo concesso al debitore espropriato.

Il dato testuale, quindi, non indica esplicitamente la permanenza del rapporto di mutuo, ma si limita, più genericamente, ad evocare una opportunità per l'aggiudicatario - quella appunto, di approfittare del precedente mutuo - senza definire le modalità attraverso cui tale opportunità si realizza; inoltre le norme implicano chiaramente una specifica manifestazione di volontà dell'aggiudicatario (quella, ancora un volta, di approfittare del mutuo), o anche dello stesso istituto (come esplicitamente previsto dall'art. 62, mentre nel caso dell'art. 61 l'istituto è legalmente vincolato alla scelta dell'aggiudicatario), mediante la quale può ben ritenersi realizzata una vicenda negoziale con effetto ripristinatorio del contratto già risoltosi.

In conclusione, quindi, deve ritenersi certamente operante la clausola risolutiva espressa, quantomeno nei contratti di mutuo fondiario stipulati nel vigore D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7.

---

Osserva la Cassazione: "Indubbiamente il riconoscimento di interessi al tasso convenzionale sul capitale residuo non corrisponde esattamente al riconoscimento dei medesimi interessi sulle rate a scadere, che comprendono, oltre alla quota capitale, anche gli interessi corrispettivi; ma l'esclusione di tale forma di anatocismo legale (consentito dall'art. 14, secondo comma, d.P.R. n. 7/1976 e, in precedenza, dall'art. 38, secondo comma, T.U. del 1905), legato alla disciplina della rata, non può dirsi ingiustificata a fronte dell'eliminazione del beneficio della dilazione per il debitore."

<sup>89</sup> Sez. 3, Sentenza n. **90** del 08/01/1991, Sez. 1, Sentenza n. **3135** del 31/05/1979 (Rv. 399494) secondo cui: "Qualora, dopo la risoluzione di diritto di un contratto a norma dell'art 1456 cod civ, le parti si accordino per rimuovere gli effetti della risoluzione medesima e mantenere in vita l'originario rapporto, il relativo patto non integra la sostituzione del vecchio con un nuovo contratto, ne, conseguentemente, e soggetto ai requisiti di Forma eventualmente prescritti per il medesimo, ma configura una mera rinuncia alle conseguenze della precedente dichiarazione di avvalersi della risoluzione di diritto, e, quindi, producendo il ripristino dell'originario rapporto, consente che il documento nel quale e consacrato venga utilizzato come valida prova delle rispettive obbligazioni e delle correlative azioni.\*" ed ancora, Sez. 3, Sentenza n. **1409** del 14/04/1975 e Sez. 3, Sentenza n. **4052** del 29/12/1969.

## V. PRINCIPALI PROBLEMI RELATIVI ALLA CIRCOLAZIONE NEL LATO ATTIVO DEL CREDITO AZIONATO ESECUTIVAMENTE

Da sempre la cessione dei crediti è al centro di un intenso dibattito giurisprudenziale e dottrinale teso a delineare con precisione i confini dell'istituto regolato dal Capo V del Libro IV del codice di civile.

Il dibattito si è fatto ancora più acceso per effetto, prima dell'introduzione della Legge 21 febbraio 1991, n.52 che ha disciplinato la "Cessione dei crediti d'impresa", quindi, della Legge 30 aprile 1999, n.130 sulla c.d. "Cartolarizzazione dei crediti".

### **I LIMITI OGGETTIVI DELLA CESSIONE. IL TRASFERIMENTO DEGLI ACCESSORI DEL CREDITO. LA PORTATA DELL'ART.1263 C.C.**

L'art.1263 c.c. stabilisce espressamente che *"per effetto della cessione, il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, con le garanzie personali e reali e con gli altri accessori"*.

La generica formulazione della norma ha posto taluni problemi interpretativi specialmente con riferimento a quei credi che, generalmente, anche se impropriamente, sono ritenuti "fattori accessori" del credito ceduto.

Si è cercato di evincere, dall'analisi della giurisprudenza di merito e di legittimità, le principali questioni di interesse.

#### LE SPESE PROCESSUALI

Un primo problema si è posto in materia di cessione dei crediti consacrati in titolo giudiziale. Si tratta di verificare se, ed in che limiti, operi la cessione del credito con riferimento alla spese giudiziali liquidate nel titolo azionato esecutivamente.

La prevalente giurisprudenza di legittimità<sup>90</sup> ha rilevato sul punto che, in tema di cessione del credito, la previsione del primo comma dell'art. 1263 c.c., deve essere intesa nel senso che il cessionario di un credito, il cui diritto sia stato riconosciuto con sentenza nei confronti del cedente e che sia rimasto estraneo al processo relativo a tale accertamento, pur potendo utilizzare come titolo esecutivo la sentenza favorevole al suo dante causa, **non potrà avvalersi di tale sentenza nella parte in cui la stessa reca la condanna alle spese della controparte rimasta soccombente**, spettando dette spese al suo dante causa, che le ha effettivamente sostenute, atteso che le pronunce relative alle spese del giudizio producono i loro effetti solo nei confronti delle parti processuali.

Analogo ragionamento deve essere svolto con riferimento alle spese del processo esecutivo nell'eventualità che la cessione intervenga nel corso dell'esecuzione.

Esse, invero, devono essere liquidate dal giudice dell'esecuzione al momento della distribuzione del ricavato o dell'estinzione della procedura.<sup>91</sup> Il credito per dette spese, infatti, non sorge al momento in cui esse vengono anticipate ex art.90 c.p.c., ma solamente al momento della liquidazione.

<sup>90</sup> Sez. 3, Sentenza n. **3998** del 23/02/2006 (Rv. 587627) Sez. 3, Sentenza n. **21107** del 31/10/2005 (Rv. 585264)

<sup>91</sup> Sez. 3, Sentenza n. **5310** del 07/12/1977 (Rv. 388972) secondo cui: il credito per le spese d'esecuzione, anticipate dal creditore procedente ex art 90 cod proc civ, sorge non già di volta in volta, quando vengono compiuti i singoli Atti esecutivi, bensì nel momento in cui viene emessa l'ordinanza di distribuzione, con la quale il giudice dell'esecuzione accerta e liquida le spese anticipate dal creditore e destina al soddisfacimento del relativo credito, con privilegio (artt

Ne consegue che, ove il cedente sia stato estromesso dal processo esecutivo, esse devono essere liquidate in favore del cessionario del credito e limitatamente agli esborsi da questi effettivamente sopportati.

In virtù del principio che la cessione del credito (ovvero la successione a titolo particolare nel diritto controverso) incide solo sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio, infatti, non può presumersi che oggetto della cessione sia stato anche il diverso credito (per altro futuro ed incerto) per le spese del processo esecutivo.

Ove, quindi, il creditore cedente che abbia proposto esecuzione o in essa abbia spiegato intervento, conservi interesse alla liquidazione o al rimborso delle spese da lui anticipate, dovrà rimanere all'interno del processo esecutivo, seppure al solo fine di veder liquidate in suo favore le spese sostenute.<sup>92</sup>

#### IL MAGGIOR DANNO

Altra questione notevolmente dibattuta è se tra gli accessori del credito possa essere ricompreso il maggior danno per inadempimento (art. 1224, 2° comma, c.c.).

Sul punto si rileva che, la previsione del primo comma dell'art. 1263 cod. civ., in base alla quale il credito è trasferito al cessionario, oltre che con i privilegi e le garanzie reali e personali, anche con gli "altri accessori", deve essere intesa nel senso che nell'oggetto della cessione rientri la somma delle utilità che il creditore può trarre dall'esercizio del diritto ceduto, cioè ogni situazione giuridica direttamente collegata con il diritto stesso, la quale, in quanto priva di profili di autonomia, integri il suo contenuto economico o ne specifichi la funzione, ivi compresi tutti i poteri del creditore relativi alla determinazione, variazione e modalità della prestazione, nonché alla tutela del credito. Ne consegue che nell'oggetto della cessione di un credito deve reputarsi incluso il diritto al risarcimento del maggior danno derivante dal ritardo nel pagamento del credito stesso (e maturatosi al momento della cessione), trattandosi di diritto che non può esistere o estinguersi se non congiuntamente al credito ceduto e che direttamente consegue al ritardo nell'adempimento dell'obbligazione principale, senza che a tale inclusione sia d'ostacolo la previsione dell'ultimo comma dell'art. 1263, secondo la quale la cessione non comprende, salvo patto contrario, i frutti scaduti e, quindi, gli interessi scaduti, dai quali il suddetto credito risarcitorio differisce ontologicamente e funzionalmente, essendo meramente eventuale e condizionato alla perdita di valore della moneta durante il ritardo nel pagamento, mentre quelli, essendo certi nell'esistenza e nell'ammontare, costituiscono entità autonoma nel patrimonio del creditore cedente all'atto della cessione.<sup>93</sup>

---

2755, 2770 cod civ), una parte della somma ricavata. Da ciò consegue che, qualora il giudice ometta per errore di liquidare le spese anticipate dal creditore limitandosi ad attribuirgli una somma in soddisfacimento del credito risultante dal titolo esecutivo e questi non produca opposizione ex art 617 cod proc civ, il pagamento effettuato dal debitore non può che essere imputato al credito risultante dal titolo esecutivo, e non già al credito per le spese processuali anticipate, che ancora non è sorto.

<sup>92</sup> Sez. 3, Sentenza n. **21107** del 31/10/2005 (Rv. 585264) secondo cui in caso di successione a titolo particolare nel diritto controverso, il processo prosegue fra le parti originarie, ma la sentenza ha effetto anche contro il successore a titolo particolare, il quale può intervenire o essere chiamato nel giudizio, divenendone parte a tutti gli effetti. Qualora sia rimasto estraneo al processo, il successore ne subisce gli effetti anche in sede esecutiva, ma è legittimato ad impugnare la sentenza sfavorevole al suo dante causa ovvero ad avvalersene se favorevole. Questa disciplina, che regola gli effetti che incidono sulla situazione sostanziale, non opera con riguardo agli effetti di rito, tra i quali è compresa la condanna alle spese, che riguarda solo le parti processuali. Pertanto detta condanna non spiega effetti nei confronti del successore a titolo particolare nel diritto controverso che sia rimasto estraneo al processo.

<sup>93</sup> Sez. 1, Sentenza n. **9823** del 15/09/1999 (Rv. 530082)



### I PRIVILEGI ED I DIRITTI REALI DI GARANZIA.

Non sussistono dubbi che alla cessione del credito consegua necessariamente il trasferimento dei privilegi e delle garanzie reali e personali.

Taluni problemi sono sorti in relazione a quanto disposto dall'art.2843 c.c..

Detta norma prevede espressamente che, la trasmissione o il vincolo dell'ipoteca per cessione, surrogazione, pegno, postergazione di grado o costituzione in dote del credito ipotecario, nonché per sequestro, pignoramento o assegnazione del credito medesimo si deve annotare a margine all'iscrizione dell'ipoteca.

La trasmissione o il vincolo dell'ipoteca non ha effetto finché l'annotazione non sia stata eseguita. Dopo l'annotazione l'iscrizione non si può cancellare senza il consenso dei titolari dei dritti indicati nell'annotazione medesima e le intimazioni o notificazioni che occorrono in dipendenza dell'iscrizione devono essere loro fatte nel domicilio eletto.

La questione degli effetti della mancata annotazione della cessione non è di poco conto.

In presenza di una sempre maggior frequenza non solo delle cessioni operate nell'ambito delle c.d. cartolarizzazioni (cui la norma dell'art.2843 c.c. non si applica), ma anche delle cessioni ordinarie<sup>94</sup>, la disciplina dell'opponibilità ai terzi della cessione del vincolo ipotecario assume particolare rilievo in sede di graduazione dei crediti.

Ove, infatti, si attribuisca all'annotazione effetto costitutivo, in caso di omissione, il cessionario non potrà beneficiare in sede di riparto della prelazione ipotecaria.

Preliminarmente appare opportuno puntualizzare che la cessione del credito ha effetto a prescindere dall'annotazione prescritta dall'art.2843 c.c.<sup>95</sup>

Ciò detto la Cassazione ha da sempre riconosciuto efficacia costitutiva all'annotazione di cui all'art.2843.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Si pensi ad esempio alla circostanza che le c.d. società di cartolarizzazione, sempre più spesso provvedono al ripianamento delle posizioni in sofferenza mediante la cessione a titolo oneroso dei crediti a terzi non esercenti attività bancaria o non autorizzati a ricevere crediti in blocco.

<sup>95</sup> Sez. 3, Sentenza n. **4419** del 10/07/1980 (Rv. 408294) secondo cui la formalità dell'annotazione prevista dall'art. 2843 cod. civ. ha effetto costitutivo solo in ordine al trasferimento dell'ipoteca, e non del credito garantito; pertanto, per il caso di cessione del credito, anche se garantito da ipoteca, nei rapporti col debitore ceduto (che non assume la qualità di terzo), è sufficiente, per rendere opponibile a lui la cessione, soltanto la notifica o la prova della sua conoscenza dell'avvenuta disposizione del credito, con la conseguenza che, in caso di pluralità di cessioni, prevale quella notificata per prima, pur se non annotata.

<sup>96</sup> Si vedano: Sez. 1, Sentenza n. **9023** del 12/09/1997 (Rv. 507876) secondo cui: a norma dell'art. 2843 cod. civ. l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca ha valore costitutivo e si configura perciò come un elemento integrativo indispensabile della fattispecie del trasferimento medesimo; ne consegue che il trasferimento dell'ipoteca a favore del creditore che abbia soddisfatto il credito munito di prelazione è inefficace nei confronti dei creditori concorrenti, ove non sia stata effettuata l'annotazione della surrogazione.

O ancora, Sez. 1, Sentenza n. **5420** del 07/05/1992 (Rv. 477136) secondo cui l'art. 2843 cod. civ. attribuisce all'annotazione del trasferimento dell'ipoteca lo stesso valore costitutivo che, relativamente al suo sorgere, è proprio dell'iscrizione, configurando in tal guisa un elemento integrativo indispensabile della fattispecie del trasferimento medesimo, il cui compimento in data anteriore al fallimento è condizione di opponibilità alla procedura concorsuale.

Ed anche Sez. 1, Sentenza n. **4137** del 21/03/2003 (Rv. 561294) in base alla quale l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca, a norma dell'art. 2843 cod. civ., ha valore costitutivo e si configura perciò come un elemento integrativo indispensabile della fattispecie; ne consegue che il trasferimento dell'ipoteca a favore del creditore che abbia soddisfatto

La ricostruzione offerta dalla Corte, tuttavia, non sembra convincente.

In primo luogo si osserva che:

- a) come si è visto l'annotazione non incide sul negozio di cessione e, quindi, sulla titolarità del diritto di credito. Con la conseguenza che se all'annotazione si riconoscesse efficacia costitutiva nel senso voluto dalla giurisprudenza di legittimità si giungerebbe al paradosso di ammettere la possibilità di un esercizio disgiunto del diritto di credito rispetto al diritto di prelazione;
- b) l'art.1263 non condiziona la circolazione dell'ipoteca alla annotazione della cessione. Essa, quindi, si trasferisce per effetto stesso del negozio di cessione;
- c) la mancata annotazione non incide sull'esistenza del diritto reale di garanzia nel senso che, anche in caso di omessa annotazione l'ipoteca continua a persistere; la mancata annotazione, infatti, non è prevista tra le ipotesi tipiche, e tassative né di cancellazione, né di estinzione dell'ipoteca;
- d) la stessa cassazione, pur ribadendo l'effetto costitutivo della annotazione, ha evidenziato la necessità per la cancellazione, del consenso del cedente o del creditore surrogato;
- e) la norma stessa evidenzia gli effetti della mancata annotazione, ovvero, l'art.2843 c.c. prescrive che "dopo l'annotazione l'iscrizione non si può cancellare senza il consenso dei titolari dei diritti indicati nell'annotazione e le intimazioni o notificazioni che occorrono in dipendenza dell'iscrizione devono essere loro fatte nel domicilio eletto.

La norma dell'art.2843, quindi, è norma essenzialmente di tutela per il cessionario.

Solo a seguito dell'avvenuta annotazione, infatti, egli non corre il rischio di essere pregiudicato nell'esercizio dei diritti connessi alla titolarità del diritto di prelazione, per l'omessa instaurazione del contraddittorio nei suoi confronti nei casi previsti.<sup>97</sup>

#### LE AZIONI E LE ECCEZIONI CEDUTE

Altra questione notevolmente dibattuta è quella relativa alle azioni cedute.

La dottrina tradizionale include tra gli accessori del credito oggetto della cessione anche le azioni e le eccezioni ad esso connesse.

La dottrina più recente ha tuttavia messo in dubbio tale impostazione considerando essenziale nella valutazione il "grado di connessione" con il credito ceduto.

Secondo l'orientamento prevalente<sup>98</sup>, il ceduto potrebbe opporre al cessionario:

---

(nella specie, in forza di obbligazione fideiussoria) il credito munito di prelazione è inefficace nei confronti dei creditori concorrenti, ove non sia stata effettuata l'annotazione della surrogazione.

Ed infine Sez. 3, Sentenza n. **4419** del 10/07/1980 (Rv. 408295) che ha statuito che nel caso di cessione di credito ipotecario non annotata, occorre, per la cancellazione dell'ipoteca, il consenso dell'originario creditore iscritto, il quale è tenuto a prestarlo dopo aver ottenuto l'assenso del creditore cessionario.

<sup>97</sup> Si pensi, ad esempio, all'avviso previsto dall'art.498 c.p.c. o, ancora, alle ipotesi di integrazione del contraddittorio nel procedimento di purgazione delle ipoteche o nel giudizio di divisione.

<sup>98</sup> Perlingeri e Panuccio

- le eccezioni riguardanti l'originario creditore, relative alla fonte negoziale del credito;
- quelle riguardanti fatti posteriori al sorgere del rapporto, ma anteriori alla cessione;
- quelle riguardanti fatti successivi alla cessione, ma anteriori alla propria conoscenza della cessione medesima.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, tuttavia, deve essere esclusa la remissione del debito eventualmente effettuata dal cessionario dopo la cessione, in quanto per effetto di essa egli non può disporre legittimamente del credito. Bianca sul punto (*Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*) ha escluso l'operatività automatica di tale principio asserendo la necessità di una valutazione caso per caso delle singole fattispecie proposte.

La giurisprudenza ha sempre ritenuto opponibili le eccezioni riguardanti la validità del rapporto negoziale (nullità – annullabilità) e quelle relative all'avvenuta estinzione del credito (pagamento – compensazione – prescrizione).

Si segnala sulla scia di quanto sostenuto da Bianca l'inopponibilità della “risoluzione consensuale” successiva alla cessione del credito non conosciuta dal debitore ceduto.<sup>99</sup>

Quanto alle eccezioni relative alla validità del negozio ceduto, si deve rilevare che secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, deve ritenersi esclusa la possibilità, per il debitore ceduto di opporre al cessionario eccezioni relative alla validità del negozio di cessione.<sup>100</sup>

Il debitore, infatti, in quanto soggetto estraneo al rapporto negoziale di cessione, non può opporre al cessionario eccezioni relative alla validità del negozio di cessione, fatta eccezione che per le nullità relative alla validità del negozio di cessione risultanti dallo stesso documento incorporate la cessione stessa.

Nella disciplina della cessione di crediti, infatti, la legge prescinde dallo scopo per cui si attua il trasferimento di crediti e si interessa unicamente dei suoi effetti, di modo che la struttura e l'essenza del contratto non muta qualunque ne sia lo scopo (a titolo oneroso, a titolo gratuito o a titolo di garanzia). Pertanto, il cessionario che agisca per ottenere l'adempimento del debitore è tenuto a dare la prova del negozio di cessione, quale atto produttivo di effetti traslativi, ma non anche a dimostrare la causa della cessione o il corrispettivo per essa pattuito, come si evince, oltre che dal

---

<sup>99</sup> Sez. 3, Sentenza n. **3797** del 16/04/1999 (Rv. 525457) secondo cui: nella cessione di credito, il debitore ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'originario creditore. Tuttavia, se, dopo la cessione, intervengano fatti incidenti sulla entità, esigibilità o estinzione del credito, la loro efficacia deve essere considerata in relazione alla nuova situazione soggettiva che stabilitasi in dipendenza del già perfezionato trasferimento del diritto, con la conseguenza che, perfezionatasi la cessione col semplice consenso, la risoluzione consensuale del contratto da cui traeva origine il credito ceduto, convenuta fra l'originario creditore cedente ed il debitore ceduto, non è opponibile al cessionario in quanto, una volta realizzato il trasferimento del diritto, il cedente perde la disponibilità di esso e non può validamente negoziarlo, recedendo dal contratto, mentre il debitore ceduto, a conoscenza della cessione, non può ignorare tale circostanza.

Si veda anche

Sez. 3, Sentenza n. **4078** del 25/02/2005 (Rv. 579743)

Sez. 3, Sentenza n. **9761** del 10/05/2005 (Rv. 581308)

Sez. 1, Sentenza n. **2209** del 01/02/2007 (Rv. 595048)

Sez. 3, Sentenza n. **5998** del 15/03/2007 (Rv. 595567)

<sup>100</sup> Cass. **88/1257** e **62/423**

silenzio sul punto della disciplina della cessione nel codice civile, anche da un preciso elemento normativo in essa contenuto nell'art. 1265 cod. civ. in tema di soluzione del conflitto fra più cessionari dello stesso credito in riferimento alla posizione del debitore ceduto. Infatti, poiché la norma stabilisce che <se il medesimo credito ha formato oggetto di più cessioni a persone diverse, prevale la cessione notificata per prima al debitore, o quella che è stata accettata prima dal debitore con atto di data certa, ancorché essa sia di data posteriore> e, dunque, così prevede che un negozio di cessione privo di causa nei rapporti fra le parti cedente e cessionaria perché posto in essere da un cedente che non è più titolare del credito per averlo ceduto possa, ciononostante, divenire efficace nei confronti del debitore ceduto, se notificato o accettato (nel modo indicato) prima dal debitore ceduto, in tal modo si ha conferma che il cessionario, quando agisce nei confronti del debitore ceduto, deve provare la cessione ma non la sua causa.

D'altro canto, il debitore ceduto - a cui, dato il carattere astratto del negozio di cessione, sono indifferenti vizi inerenti al rapporto causale sottostante - non può interferire nei rapporti tra cedente e cessionario, in quanto il suo interesse si concreta nel compiere un efficace pagamento liberatorio; egli è soltanto abilitato ad indagare sull'esistenza e sulla validità estrinseca e formale della cessione, specie quando questa gli sia stata notificata dal solo cessionario.<sup>101</sup>

### **L'EFFICACIA DELLA CESSIONE RIGUARDO AL DEBITORE CEDUTO E GLI EFFETTI SUL PROCESSO ESECUTIVO: L'ART.1264 C.C.E L'ART.111 C.P.C.**

Non sussistono dubbi che la cessione del credito, attribuisce senz'altro al cessionario le vesti di creditore esclusivo e, quindi, di esclusivo legittimato a pretendere la prestazione, anche se sia mancata la notificazione al debitore prevista dall'art.1264 c.c.

Detta comunicazione, infatti, ha la sola funzione di escludere l'efficacia liberatoria del pagamento fatto al cessionario il quale, qualora, nonostante la cessione, abbia appreso le somme, sarà comunque tenuto alla restituzione dell'indebito.<sup>102</sup>

Tanto detto, non sussistono dubbi che, ove la cessione del credito avvenga prima dell'inizio della procedura esecutiva, l'unico soggetto titolare dell'azione esecutiva, sia il cessionario.<sup>103</sup>

Qualora, al contrario, la cessione si concretizzi successivamente all'inizio del processo esecutivo (dopo la notifica del pignoramento), si pone il problema dell'applicabilità dell'art.111 c.p.c. (norma modellata sul processo contenzioso) anche a tale forma di processo.

Orbene, secondo costante e consolidata giurisprudenza<sup>104</sup>, in pendenza del processo esecutivo, la successione a titolo particolare nel diritto del creditore procedente non ha effetto sul rapporto

---

<sup>101</sup> Sez. 3, Sentenza n. **13253** del 06/06/2006 (Rv. 590650).

<sup>102</sup> Sez. 1, Sentenza n. **2511** del 24/06/1975 (Rv. 376422) nonché Sez. 1, Sentenza n. **2769** del 26/10/1973 (Rv. 366307).

<sup>103</sup> Si fa presente che il successore a titolo particolare o universale nel diritto, ove intende agire "in executivis" utilizzando il titolo formato in favore del suo dante causa, non ha l'onere di far precedere l'esecuzione forzata dalla notificazione degli atti o dei documenti che comprovano la successione. Vedi Cassazione Sez. 3, Sentenza n. **9195** del 30/08/1995 (Rv. 493818) secondo cui, è sufficiente la notifica del titolo originario, che il pubblico ufficiale può rilasciare in forma esecutiva al successore, previa verifica della prova della successione, salva la possibilità, per l'esecutato, di contestarne in giudizio la validità e l'efficacia mediante opposizione. Ne consegue che l'esecuzione forzata promossa dal cessionario di un credito non deve essere preceduta dalla notifica, al debitore, del negozio di cessione che si perfeziona, nei rapporti tra il cedente ed il cessionario, in virtù del solo consenso da essi espresso ed attribuisce senz'altro al cessionario la veste di creditore esclusivo e, quindi, di esclusivo legittimato a pretendere la prestazione anche se sia mancata la notificazione prevista dall'art. 1264 cod. civ, questa essendo necessaria al solo fine di escludere l'efficacia liberatoria del pagamento eventualmente effettuato al cedente anziché al cessionario dal debitore.

<sup>104</sup> Sez. 3, Sentenza n. **4985** del 11/03/2004 (Rv. 570996) o anche Cass. 8 dicembre **2003**, n. **73**; 6 luglio **2001**, n. **9211**; 15 settembre **1995**, n. **9727**; 20 marzo **1991**, n. **2955**; 7 aprile **1986**, n. **2405**.

processuale che, in virtù del principio stabilito dall'art. 111 cod. proc. civ., dettato per il giudizio contenzioso ma applicabile anche al processo esecutivo, continua tra le parti originarie, con la conseguenza che l'alienante mantiene la sua legittimazione attiva (ad causam) conservando tale posizione anche nel caso di intervento del successore a titolo particolare, fino a quando non sia estromesso con il consenso delle altre parti.

Non sussistono dubbi, quindi, che quando la cessione del credito avviene a processo esecutivo iniziato e in accordo con il cessionario, è l'originario creditore a proseguirlo

Ciò comporta

- a) da un lato che il debitore deve rivolgere le sue opposizioni (anche distributive) contro la parte che procede;
- b) ma dall'altro che, dovendo i principi evincibili dall'art. 111 cod. proc. civ. essere adattati alle caratteristiche proprie del processo esecutivo (per cui la soluzione di determinate questioni incidentali avviene anziché nell'ambito dello stesso processo in distinti giudizi di cognizione, quali quelli volti a decidere sulle questioni concernenti l'estinzione, le opposizioni esecutive e le controversie sulla distribuzione del ricavato), deve in ogni caso riconoscersi, ferma restando la prosecuzione del processo stesso tra le parti originarie, la possibilità per il cessionario di svolgere le attività processuali inerenti all'indicato subingresso nella qualità di soggetto passivo.

Questione diversa è quella relativa all'onere della prova relativa alla cessione del credito.

Sul punto si rileva che la Cassazione<sup>105</sup> ha recentemente affermato che, in pendenza del processo esecutivo, la successione a titolo particolare nel diritto del creditore procedente, in virtù del principio stabilito dall'art. 111 cod. proc. civ., comporta che il titolo esecutivo spiega la sua efficacia in favore del titolare del credito e di tutti i suoi successori, siano essi a titolo universale o a titolo particolare.

Pertanto, il successore nel titolo fatto valere quale titolo esecutivo, come non ha l'obbligo di dimostrare neppure documentalmente la sua posizione al soggetto che deve spedire il titolo in forma esecutiva (art. 475 cod. proc. civ.), allo stesso modo non deve farlo fuori di questa situazione, quando il debitore non contesti questa qualità attraverso un giudizio di accertamento negativo in sede di opposizione all'esecuzione.

Ne consegue che al soggetto che, previa integrazione del contraddittorio nei confronti del cedente, il soggetto che chiede in sede di riparto l'attribuzione delle somme in forza del contratto di cessione, non ha l'onere di dimostrare la sua posizione di cessionario.

Al contrario sia il creditore cedente, sia il debitore hanno l'onere di contestare, mediante opposizione, l'assunto dell'intervenuto.

### **LA CESSIONE DEI CREDITI D'IMPRESA, LE CARTOLARIZZAZIONI E LA CESSIONE DEL CREDITO FONDIARIO**

In conclusione della presente trattazione appare opportuno soffermarsi sui principi generali sottesi alla disciplina della cessione dei crediti in blocco.

La norma trova la sua disciplina nelle seguenti fonti legislative:

- a) La legge 21 febbraio 1991, n.52
- b) La legge 30 aprile 1999, n.130
- c) Il decreto legge 25 settembre 2001, n.350 (legge 23 novembre 2001, n.409)

---

<sup>105</sup> Sez. 3, Sentenza n. 14096 del 01/07/2005 (Rv. 582635).

La prima regola la cessione dei crediti d'impresa, la seconda e la terza la diversa ipotesi della "cartolarizzazione dei crediti".

Quanto alla prima non si pongono particolare problemi.

Essa regola la cessione di crediti pecuniari verso corrispettivo nell'ipotesi in cui:

- a) il cedente è un prenditore
- b) i crediti ceduti sorgono da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa
- c) il cessionario abbia particolari requisiti soggettivi.

Norme particolari sono poste in materia di

- a) efficacia della cessione nei confronti dei terzi<sup>106</sup>
- b) limiti all'esperimento della revocatoria fallimentare<sup>107</sup>
- c) limiti agli effetti del fallimento del cedente sul negozio di cessione<sup>108</sup>

Problemi certamente più complessi pone la regolamentazione in materia di "cartolarizzazione dei crediti" sia per l'assetto normativo dell'istituto, sia per la sua notevole diffusione.

#### LA CARTOLARIZZAZIONE

La cartolarizzazione o "*securitization*" è una tecnica finanziaria volta a realizzare un processo attraverso il quale attività a liquidità differita (crediti o altre attività finanziarie non negoziabili produttivi di flussi di cassa periodici) vengono convertiti in prodotti finanziari rappresentati da titoli negoziabili, collocabili sui mercati, attraverso la loro cessione ad un soggetto specializzato.

---

<sup>106</sup> **ART. 5:** 1. QUALORA IL CESSIONARIO ABBA PAGATO IN TUTTO O IN PARTE IL CORRISPETTIVO DELLA CESSIONE ED IL PAGAMENTO ABBA DATA CERTA, LA CESSIONE È OPPONIBILE:

- a) AGLI ALTRI AVENTI CAUSA DEL CEDENTE, IL CUI TITOLO DI ACQUISTO NON SIA STATO RESO EFFICACE VERSO I TERZI ANTERIORMENTE ALLA DATA DEL PAGAMENTO;
- b) AL CREDITORE DEL CEDENTE, CHE ABBA PIGNORATO IL CREDITO DOPO LA DATA DEL PAGAMENTO;
- c) AL FALLIMENTO DEL CEDENTE DICHIARATO DOPO LA DATA DEL PAGAMENTO, SALVO QUANTO DISPOSTO DALL'ARTICOLO 7, COMMA PRIMO.

2. È FATTA SALVA PER IL CESSIONARIO LA FACOLTÀ DI RENDERE LA CESSIONE OPPONIBILE AI TERZI NEI MODI PREVISTI DAL CODICE CIVILE.

3. È FATTA SALVA L'EFFICACIA LIBERATORIA SECONDO LE NORME DEL CODICE CIVILE DEI PAGAMENTI ESEGUITI DAL DEBITORE A TERZI.

<sup>107</sup> **ART. 6:** 1. IL PAGAMENTO COMPIUTO DAL DEBITORE CEDUTO AL CESSIONARIO NON È SOGGETTO ALLA REVOCATORIA PREVISTA DALL'ARTICOLO 67 DEL TESTO DELLE DISPOSIZIONI SULLA DISCIPLINA DEL FALLIMENTO, DEL CONCORDATO PREVENTIVO, DELL'AMMINISTRAZIONE CONTROLLATA E DELLA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA, APPROVATO CON REGIO DECRETO 16 MARZO 1942, N. 267. TUTTAVIA TALE AZIONE PUÒ ESSERE PROPOSTA NEI CONFRONTI DEL CEDENTE QUALORA IL CURATORE PROVI CHE EGLI CONOSCEVA LO STATO DI INSOLVENZA DEL DEBITORE CEDUTO ALLA DATA DEL PAGAMENTO AL CESSIONARIO.

2. È FATTA SALVA LA RIVALSA DEL CEDENTE VERSO IL CESSIONARIO CHE ABBA RINUNCIATO ALLA GARANZIA PREVISTA DALL'ARTICOLO 4.

<sup>108</sup> **ART. 7:** 1. L'EFFICACIA DELLA CESSIONE VERSO I TERZI PREVISTA DALL'ARTICOLO 5, COMMA PRIMO, NON È OPPONIBILE AL FALLIMENTO DEL CEDENTE, SE IL CURATORE PROVA CHE IL CESSIONARIO CONOSCEVA LO STATO DI INSOLVENZA DEL CEDENTE QUANDO HA ESEGUITO IL PAGAMENTO E SEMPRE CHE IL PAGAMENTO DEL CESSIONARIO AL CEDENTE SIA STATO ESEGUITO NELL'ANNO ANTERIORE ALLA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO E PRIMA DELLA SCADENZA DEL CREDITO CEDUTO.

2. IL CURATORE DEL FALLIMENTO DEL CEDENTE PUÒ RECEDERE DALLE CESSIONI STIPULATE DAL CEDENTE, LIMITATAMENTE AI CREDITI NON ANCORA SORTI ALLA DATA DELLA SENTENZA DICHIARATIVA.

3. IN CASO DI RECESSO IL CURATORE DEVE RESTITUIRE AL CESSIONARIO IL CORRISPETTIVO PAGATO DAL CESSIONARIO AL CEDENTE PER LE CESSIONI PREVISTE NEL COMMA SECONDO. LA PRESENTE LEGGE, MUNITA DEL SIGILLO DELLO STATO, SARÀ INSERITA NELLA RACCOLTA UFFICIALE DEGLI ATTI NORMATIVI DELLA REPUBBLICA ITALIANA. È FATTO OBBLIGO A CHIUNQUE SPETTI DI OSSERVARLA E DI FARLA OSSERVARE COME LEGGE DELLO STATO.

In sostanza con l'operazione di *securitization* i flussi di cassa futuri derivanti dal portafoglio di attività di un'impresa vengono ceduti ad un soggetto specializzato che provvede a “riconfezionarli” e a presentarli sul mercato sotto forma di titoli aventi caratteristiche di rendimento/rischio coerenti con le condizioni prevalenti del mercato stesso e quindi collocabili presso gli investitori.

Si spostano così i flussi finanziari dal mercato del credito al mercato dei capitali.

Al fine di garantire efficacia all'operazione di cartolarizzazione, gli asset da “cartolarizzare” devono essere adatti a produrre i flussi di cassa per il pagamento degli interessi ed il rimborso dei titoli emessi. Essi devono, quindi, essere caratterizzati da:

- a) operazioni sottostanti omogenee (uniformi e standardizzate) dal punto di vista giuridico e finanziario (forma tecnica, rendimento, durata, ammortamento);
- b) un portafoglio di importo complessivo rilevante;
- c) operazioni sottostanti diversificate dal punto di vista economico-tecnico (dei settori di attività economica, della tipologia di debitori, della loro collocazione geografica, ecc.) tali da determinare un grado di rischio stabile e quantificabile;
- d) flussi di cassa regolari e preventivabili (eventualmente tramite l'utilizzo di tecniche statistiche).

Le principali operazioni finora effettuate in Italia hanno riguardato principalmente le sofferenze bancarie e i contratti di leasing.

Le operazioni di cartolarizzazione consentono non soltanto di modificare la struttura finanziaria dell'azienda cedente, ma anche la possibilità di drastici mutamenti nella struttura dell'attivo e dei rischi. Permette quindi una elevata flessibilità nell'*asset-liability management*, consistente, ad es.:

- nel rimuovere dall'attivo gli *asset* e dal passivo le riserve e i finanziamenti costituite per fronteggiarlo;
- nell' abbandonare rapidamente settori ritenuti non strategici per concentrarsi nel “*core business*” (riposizionamento strategico), mantenere il rapporto con la clientela e arricchendone i servizi senza diffondere informazioni privilegiate (attraverso lo svolgimento dell'attività di *servicing*), senza utilizzare risorse proprie e accrescendo, pertanto, la componente di “servizi” rispetto a quella di “intermediazione danaro”;
- nel miglioramento della liquidità aziendale;
- nella possibilità di ottenere finanziamenti correlati alle caratteristiche dell'attivo (ridurre il rischio di interesse);
- nell'opportunità di entrare nel mercato del risparmio, avviando rapporti con investitori istituzionali e con i mercati internazionali;
- nella possibilità di conservare, per le operazioni di *leasing*, il diritto alla riscossione dei canoni e all'ammortamento dei cespiti in quanto nel caso specifico vengono ceduti i crediti impliciti e non i beni dati in *leasing*, che rimangono nel patrimonio del cedente.

Particolari opportunità sorgono per gli operatori bancari in quanto l'operazione consente di:

- rafforzare la posizione sul mercato dei capitali;
- migliorare i ratios patrimoniali (mezzi propri/impieghi) e gli indici di redditività;
- ridurre il rischio creditizio e gestire in forma innovativa lo stesso.

La cartolarizzazione dei crediti comporta possibili miglioramenti anche nei mercati creditizi stimolando l'apertura di un mercato secondario di crediti bancari.

Questo determina:

1. un riesame del merito creditizio che introduce una più forte disciplina nella erogazione del credito;
2. il superamento del rischio di concentrazione degli attivi attraverso la possibilità della cessione del rischio ad essi inerenti;
3. la creazione e lo sviluppo di contratti derivati su crediti, di grande utilità per la gestione e il controllo del rischio.

Già oggi, in sostanza, si comincia a sviluppare una gestione degli *asset*, da parte degli intermediari finanziari, secondo logiche di portafoglio, con una specializzazione in specifici settori economici o territoriali nei quali si possiede un vantaggio conoscitivo.

Attraverso questo meccanismo, gli investitori vedono crescere le opportunità di impiego e di diversificazione dei rischi in relazione all'ampliamento della quantità e la gamma di strumenti disponibili, attraverso la sostituzione di titoli negoziabili (*A.B.S.*) ai tradizionali strumenti creditizi.

Prima della Legge 130/1999 il meccanismo della cartolarizzazione in Italia si scontrava con taluni limiti normativi difficilmente superabili soprattutto relativi alla fase di emissione dei valori mobiliari.

Per effetto della normativa civilistica che impone uno stretto rapporto tra i titoli di natura obbligazionaria emessi e il patrimonio della società (cfr. art. 2410 c.c., art. 11 T.U. bancario<sup>109</sup> e relativa delibera di attuazione del CICR del 3 marzo 1994). Nel nostro ordinamento, infatti, il patrimonio societario assume una funzione di garanzia nei confronti dei creditori e dei terzi. Per tale motivo l'*S.P.V.*<sup>110</sup> emittente avrebbe dovuto dotarsi di ingenti mezzi patrimoniali, il che avrebbe reso l'operazione di *securitization* antieconomica e non competitiva.

Viceversa nel caso della cartolarizzazione la tutela dei portatori dei titoli è assicurata dal processo di segregazione degli attivi sui quali vengono emessi gli *A.B.S.*. Questo processo assicura che l'*S.P.V.* non abbia alcuna capacità di attività autonoma che possa pregiudicare i creditori, i quali possono rivalersi solo sugli attivi oggetto di cartolarizzazione; gli investitori non possono avere alcuna pretesa nei confronti del *Vehicle* né dell'*Originator* in quanto i titoli vengono emessi con la clausola "*limited recourse*".

I vincoli normativi sopra accennati hanno comportato - in passato - l'esigenza di separare il processo di *securitization* attraverso la costituzione due *S.P.V.*, entrambe indipendenti dall'*Originator*:

- un *S.P.V.* che acquisti pro-soluto il portafoglio crediti ceduto dall'*Originator* e che, in quanto cessionario di crediti d'impresa, sia qualificata come società di *factoring* di diritto italiano (primo *Vehicle*);
- un *S.P.V.* (secondo *Vehicle*) costituito da un gruppo estero "*off-shore*" il quale da un lato effettui l'emissione delle *Asset Backed Securities*, dall'altro eroghi al primo *S.P.V.* italiano un finanziamento rimborsabile secondo i flussi finanziari derivanti dal portafoglio crediti; nel suo

---

<sup>109</sup> Decreto legislativo 1 settembre 1993 n° 385 "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia"

<sup>110</sup> Special Purpose Vehicle - S.P.V. è una società veicolo, che acquista da cedente (*originator*) il portafoglio crediti provvedendo alla conversione dello stesso in attività negoziabili (*Asset Backed Securities* – *A.B.S.*);



attivo figura pertanto, una attività - il prestito erogato - che “replica”, quanto ai flussi generati e grado di rischiosità, il portafoglio crediti di proprietà dell’*S.P.V.* italiano.

LA LEGGE 30 APRILE 1999 N° 130

La progressiva diffusione anche in Italia del processo innovativo descritto ha fatto sorgere la necessità di rimuovere tali impedimenti normativi e rendere fiscalmente meno onerosa l’operazione.

L’approvazione definitiva, in data 30 aprile 1999, della legge sulla cartolarizzazione dei crediti (Legge 30 aprile 1999 n° 130) consente ora la realizzazione delle operazioni di cartolarizzazione anche in Italia, superando molti dei problemi prima descritti, avendone disciplinato la materia.

Un primo esame dei contenuti principali della Legge 130/99 fa emergere alcuni aspetti di rilievo.

Il primo è contenuto nell’art. 1, il quale dispone che la legge si applichi ai “crediti pecuniari, sia esistenti sia futuri, individuabili in blocco se si tratta di una pluralità di crediti”.

La cessione può avvenire sia nella forma pro-soluto che pro-solvendo. Sembra che la Legge 130/99 non abbia voluto porre limitazioni alla forma della cessione per evitare di precludere eventuali tecniche innovative di cartolarizzazione e/o realizzare operazioni per fini specifici.

I crediti oggetto della cessione, essendo normalmente una pluralità di rapporti, possono essere individuabili “in blocco”. Per la individuabilità “in blocco” dei crediti occorre far riferimento a criteri oggettivi di omogeneità idonei a consentire ai debitori (e ai terzi in generale) la conoscibilità della cessione sulla base della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Per quanto concerne, invece, il riferimento ai “crediti futuri”, questi sono sicuramente quelli non ancora sorti ma derivanti da un rapporto contrattuale già esistente che esplicherà i suoi effetti in futuro, in quanto sono note le condizioni contrattuali circa i modi e i tempi dei pagamenti. E’ dubbia invece la riconducibilità nei crediti futuri di quei crediti per i quali non vi sia ancora un rapporto contrattuale, ma soltanto una aspettativa che si basa su stime storico-statistiche. La loro individuabilità ai fini dell’efficacia pubblicitaria avverrebbe attraverso i criteri oggettivi indicati per i crediti “in blocco”.

Con riferimento alla operazione di cessione, la legge prevede un quadro normativo di favore che, sulla base della pubblicazione della cessione sulla Gazzetta Ufficiale e attraverso l’applicazione dei meccanismi dell’art. 58 T.U. bancario<sup>111</sup>, facilita tra l’altro l’opponibilità ai terzi, il trasferimento delle garanzie accessorie e le eventuali trascrizioni nei pubblici registri.

Nel nostro ordinamento la segregazione dei crediti ceduti si realizza ora attraverso:

1. la cessione di tali crediti ad una società cessionaria specializzata nelle operazioni della specie (art. 3);
2. il vincolo di destinazione, in via esclusiva, delle somme corrisposte dai debitori ceduti alla soddisfazione dei diritti incorporati nei titoli emessi per l’acquisto dei crediti cartolarizzati (oltre che per pagare i costi della procedura) (art. 1, comma 1, lett. b).

---

<sup>111</sup> L’applicazione dell’art. 58 T.U. è stato esteso con D.Lgs. 4.8.99 n° 342 a tutti gli intermediari iscritti nell’elenco speciale.

Con riferimento al primo punto, la Legge istituisce una nuova tipologia di intermediario finanziario specializzato nella realizzazione delle operazioni in esame, le “società per la cartolarizzazione dei crediti” che si rendono cessionarie dei crediti da cartolarizzare ed emettono i titoli oggetto della cartolarizzazione. Le due funzioni possono essere svolte anche da due soggetti diversi (cessionario ed emittente), entrambi qualificati quali “società per la cartolarizzazione dei crediti” e disciplinati dalle medesime norme.

Entrando più nel dettaglio, la disciplina delle “società per la cartolarizzazione dei crediti” prevede:

- l'esclusività dell'oggetto sociale nella realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione;
- la separazione del patrimonio della “società” rispetto al portafoglio di crediti ceduti e tra i più portafogli oggetto di operazioni di cartolarizzazione diverse, al fine di “segregare” i patrimoni ceduti;
- l'applicazione alle stesse della disciplina del titolo V del T.U. bancario, ad eccezione, tra le altre, della previsione inerente il capitale minimo di L. 1 mld.<sup>112</sup>.

L'attività svolta dal cessionario, rientrando nel titolo V del T.U. bancario, comporta l'obbligo di iscrizione del *Vehicle* nell'elenco generale ex art. 106 e, ai sensi del Decreto del Ministero del Tesoro del 4 aprile 2001<sup>113</sup>, anche a quello “speciale” ex art. 107, anche in assenza dei requisiti dimensionali.

I margini di flessibilità normativa consentiti dal T.U. bancario permettono infatti di definire con normativa secondaria (Decreto del Ministero del Tesoro) sia i criteri specifici per l'iscrizione delle società del tipo in esame nell'elenco speciale (art. 107, 1° comma T.U. bancario) che la individuazione di requisiti patrimoniali particolari (art. 106, 4° comma lett. b).

Quanto alla specifica disciplina della cessione si rileva che a norma dell'art.4

**1.** Alle cessioni dei crediti poste in essere ai sensi della presente legge si applicano le disposizioni contenute nell'articolo 58, commi 2, 3 e 4, del testo unico bancario.

Per cui è prevista:

- a) la notificazione della cessione mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale
- b) la conservazione dei privilegi e delle garanzie ipotecarie stabilite a favore del cedente (senza bisogno di alcuna formalità)

**2 .** Dalla data della pubblicazione della notizia dell'avvenuta cessione nella Gazzetta Ufficiale, sui crediti acquistati e sulle somme corrisposte dai debitori ceduti sono ammesse azioni soltanto a tutela dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b) (diritti incorporati nei titoli emessi, dalla stessa o da altra società, per finanziare l'acquisto di tali crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione)

Dalla stessa data la cessione dei crediti è opponibile:

---

<sup>112</sup> il capitale nelle società della specie non esprime la funzione di garanzia verso i terzi portatori dei titoli emessi: la loro tutela è rappresentata dai crediti acquistati.

<sup>113</sup> che ha modificato ed integrato il D.M. del 13.5.1996 relativo all'individuazione dei criteri per l'iscrizione degli intermediari finanziari nell'elenco speciale.

- a) agli altri aventi causa del cedente, il cui titolo di acquisto non sia stato reso efficace verso i terzi in data anteriore;
- b) ai creditori del cedente che non abbiano pignorato il credito prima della pubblicazione della cessione.

3 . Ai pagamenti effettuati dai debitori ceduti alla società cessionaria non si applica l' articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni.

4 . Per le operazioni di cartolarizzazione disciplinate dalla presente legge i termini di due anni e di un anno previsti dall'articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, sono ridotti, rispettivamente, a sei ed a tre mesi.

#### BREVI CONSIDERAZIONI SULLE CESSIONI DEI CREDITI AVENTI NATURA FONDIARIA

Di non poco rilievo sono le questioni sottese alla cessione dei crediti di natura fondiaria, sia per la particolare natura del credito ceduto, sia per i privilegi processuali ad esso accordati.

Sia in dottrina, sia in giurisprudenza ci si è posti in il problema della sopravvivenza dei privilegi di natura sostanziale e processuale alla cessione dei credito fondiario.

La giurisprudenza di merito e di legittimità ha sempre affermato che alla cessione del credito fondiario non corrisponde la cessione dei privilegi processuali stabiliti per tale particolare credito.

In primo luogo si osserva che le disposizioni di cui al R.D. n. 646/1905 (come quelle stabilite dalla legislazione successiva) hanno natura di norme eccezionali<sup>114</sup>, in quanto creano una situazione di privilegio a favore degli istituti di credito fondiario che si può esplicitare, ad esempio, attraverso la deroga dei principi fondamentali della trascrizione (art. 2644 c.c. e 602 c.p.c.).

Non sussistono dubbi, quindi, che i c.d. privilegi processuali previsti dal r.d. n. 646/1905 sono strettamente legati sia alla natura del credito che alla natura del creditore, che deve necessariamente essere un istituto di credito fondiario.

La ratio di dette norme, infatti, ha spiccata natura pubblicistica ed ha riguardo alla tutela della formazione e del funzionamento del credito fondiario, collegato, come è noto, al mercato delle cartelle fondiarie prima e delle obbligazioni successivamente.

I privilegi stabiliti in favore di chi amministra il credito, in sostanza, non si giustificano nei confronti degli stessi soggetti che non hanno la qualità di creditori fondiari (per essere ad esempio divenuti cessionari al di fuori di schema di cartolarizzazione).

La stessa lettera degli artt. 41, 42, 43, 45, 49, 51, 52 e 60 del cit. R.D., che individuano soggettivamente negli istituti di credito fondiario i destinatari dei privilegi processuali, senza stabilire alcun collegamento diretto tra il credito fondiario, oggettivamente considerato e tali privilegi, se non in presenza del requisito soggettivo della qualità di creditore nell'Istituto di credito fondiario, sia dal fatto che il secondo comma dell'art. 41 del T.U. n. 385/1993, che ha sostituito il r.d. 646/1905, per i procedimenti incardinati dopo il 1.1.1994, prevede che i privilegi processuali continuino a spettare solamente al soggetto banca, atteso che l'art. 38 del citato T.U., in

---

<sup>114</sup> (Cass. n. 1395/1999; Cass. n. 10017/1998; Cass. n. 5806/1994)

adempimento della delega di cui all'art. 25 l. 19.2.1992, n. 142 per l'attuazione della direttiva del Consiglio 89/646/CEE, ha esteso a tutte le banche la possibilità di concedere crediti fondiari.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> Sez. 3, Sentenza n. **14003** del 26/07/2004 (Rv. 575677) In materia di esecuzione immobiliare, le disposizioni in tema di credito fondiario di cui al R.D. n. 646 del 1905 - ancora vigenti alla data di entrata in vigore della legge n.175 del 1991, abrogata solo a far data dal 1 gennaio 1994 dal T.U. di cui al d.P.R. n. 385 del 1993 - le quali prevedono che, per i prestiti concessi in base a detta legge, l'azione esecutiva individuale possa essere iniziata o proseguita dall'istituto di credito fondiario anche durante il fallimento del debitore, con la distribuzione del ricavato secondo le regole proprie di detta esecuzione, hanno natura di norme eccezionali, in quanto attribuiscono alcuni cc.dd. privilegi processuali a favore degli istituti di credito fondiario, in considerazione della natura del credito e del creditore, allo scopo di tutelare il sistema di formazione e di funzionamento del credito fondiario. Pertanto, siffatti privilegi processuali non spettano al cessionario del credito vantato dall'istituto di credito fondiario, il quale, nel caso in cui, essendosi reso altresì aggiudicatario del bene, intenda esercitare la facoltà di compensare il proprio credito con il prezzo di aggiudicazione ex art. 585, secondo comma, cod. proc.civ., ciò può fare esclusivamente qualora abbia provveduto a far previamente annotare la cessione del credito e l'ipoteca, in quanto l'annotazione ha efficacia costitutiva e, conseguentemente, il trasferimento dell'ipoteca a favore del creditore che abbia soddisfatto il creditore munito di prelazione è inefficace nei confronti dei creditori concorrenti, in mancanza dell'annotazione della surrogazione.

## VI. SOMMARIO

<b>I. INTRODUZIONE</b> .....	<b>2</b>
<b>II. LA COLLOCAZIONE DEI CREDITI PRIVILEGIATI EX ART.2770 C.C.</b> .....	<b>3</b>
PRIVILEGIO EX ART.2770 C.C. E PREDEDUZIONE.....	3
L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART.2770.....	4
<i>il concetto di "spesa per atti conservativi"</i> .....	4
<i>Le spese della procedura esecutiva</i> .....	5
<i>Le spese per le cancellazioni</i> .....	7
<b>III. IL RIPARTO DEI CREDITI IPOTECARI. PROFILI DI INTERESSE</b> .....	<b>9</b>
IL LIMITE DELLA GARANZIA IPOTECARIA .....	9
<i>Il concetto di somma determinata</i> .....	10
Gli effetti dell'iscrizione espressamente onnicomprensiva del capitale e degli interessi .....	11
L'omessa indicazione nell'iscrizione della quota parte capitale e della quota parte interessi .....	12
L'inderogabilità della norma dell'art.2855, 2° e 3° comma .....	13
La natura degli interessi cui fa riferimento l'art.2855, 2° comma.....	13
La misura degli interessi.....	14
<i>Il concetto di anno in corso alla data del pignoramento (Art.2855, 2° comma)</i> .....	15
Considerazioni finali.....	18
<b>IV. QUESTIONI APERTE IN MATERIA DI REDAZIONE DEL PIANO DI RIPARTO IN PRESENZA DI CREDITI DI NATURA FONDIARIA</b> .....	<b>20</b>
BREVI CENNI SULLE ORIGINI, SULLA NATURA E SULLA DISCIPLINA DEL CREDITO FONDIARIO .....	20
I PRINCIPALI "PRIVILEGI" DEL CREDITO FONDIARIO .....	21
Regio decreto 16 luglio 1905, n.646.....	21
D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7.....	23
Legge 6 giugno 1991, n.175 .....	24
Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n. 385.....	25
CREDITO FONDIARIO E FALLIMENTO. RAPPORTI TRA PROCEDURA ESECUTIVA INDIVIDUALE E PROCEDURA CONCURSALE IN PRESENZA DI CREDITORI FONDIARI .....	26
<i>La non applicabilità della normativa speciale in materia di credito fondiario alle procedure concorsuali diverse dal fallimento</i> .....	27
<i>La partecipazione alla distribuzione del ricavato. Il problema della preventiva insinuazione alla stato passivo del fallimento del debitore esecutato. Il potere – dovere del curatore fallimentare di contestare in sede esecutiva individuale l'entità del credito.</i> .....	28
L'accertamento in sede esecutiva .....	28
L'accertamento in sede fallimentare. La natura di attribuzione provvisoria del riparto in sede esecutiva. ....	30
<i>L'irrilevanza dell'intervenuto fallimento rispetto all'operatività dell'art.2855 c.c.</i> .....	32
LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO DI MUTUO FONDIARIO .....	33
1° indirizzo: <i>La non operatività della clausola risolutiva espressa</i> .....	33
2° indirizzo: <i>La risoluzione del contratto di mutuo</i> .....	36
<b>V. PRINCIPALI PROBLEMI RELATIVI ALLA CIRCOLAZIONE NEL LATO ATTIVO DEL CREDITO AZIONATO ESECUTIVAMENTE</b> .....	<b>39</b>
I LIMITI OGGETTIVI DELLA CESSIONE. IL TRASFERIMENTO DEGLI ACCESSORI DEL CREDITO. LA PORTATA DELL'ART.1263 C.C. ....	39
<i>Le spese processuali</i> .....	39
<i>Il maggior danno</i> .....	40
<i>I privilegi ed i diritti reali di garanzia.</i> .....	41
<i>Le azioni e le eccezioni cedute</i> .....	42
L'EFFICACIA DELLA CESSIONE RIGUARDO AL DEBITORE CEDUTO E GLI EFFETTI SUL PROCESSO ESECUTIVO: L'ART.1264 C.C.E L'ART.111 C.P.C.....	44
LA CESSIONE DEI CREDITI D'IMPRESA, LE CARTOLARIZZAZIONI E LA CESSIONE DEL CREDITO FONDIARIO .....	45
<i>La cartolarizzazione</i> .....	46
<i>La Legge 30 aprile 1999 n° 130</i> .....	49
<i>Brevi considerazioni sulle cessioni dei crediti aventi natura fondiaria</i> .....	51
<b>VI. SOMMARIO</b> .....	<b>53</b>