

Trib. Pesaro, ordinanza ex art. 702-ter c.p.c., 12/08/2016 – Est. Dott.ssa Carla Fazzini

«La disciplina speciale del mutuo fondiario ipotecario, non deroga alla disciplina in materia di accertamento del passivo ed al principio di esclusività della verifica. Pertanto, l'assegnazione della somma disposta nell'ambito della procedura individuale ha carattere provvisorio ed è onere dell'istituto fondiario - che voglia rendere definitiva l'assegnazione - d'insinuarsi al passivo del fallimento, in modo tale da consentire la graduazione dei crediti cui è finalizzata la procedura concorsuale.

L'art. 41 TUB non è applicabile nel caso in cui il debitore sia sottoposto ad LCA. In tale ipotesi, laddove l'istituto fondiario abbia percepito somme nel corso della procedura individuale prima dell'intervento della procedura concorsuale, quel pagamento, non trovando più alcuna giustificazione e sostegno nell'art. 41 TUB, resta privo di effetti, con la conseguenza che l'intera somma ricevuta dalla banca deve essere restituita alla procedura, per la successiva distribuzione in sede concorsuale» (Massima non ufficiale)

- Omissis -

I principi consolidati in materia di rapporti tra il privilegio concesso al creditore fondiario dall'art. 41 TUB e la procedura concorsuale sono noti, e possono essere riassunti con richiamo alla recente sentenza del Tribunale di Monza del 13 aprile 2015. L'art. 41, secondo comma, TUB, nel consentire all'istituto di credito fondiario d'iniziare o proseguire l'azione esecutiva nei confronti del debitore dichiarato fallito, configura un privilegio di carattere meramente processuale, che si sostanzia nella possibilità non solo di iniziare o proseguire la procedura esecutiva individuale, ma anche di conseguire l'assegnazione della somma ricavata dalla vendita forzata dei beni del debitore nei limiti del proprio credito. Tuttavia, come rilevato nella pronuncia della Corte di Cassazione n.17368/2012, in adesione alla pronuncia delle Sezioni unite n.23572/2004, la disciplina speciale del mutuo fondiario ipotecario non deroga alla disciplina in materia d'accertamento del passivo ed al principio di esclusività della verifica fallimentare posto dalla L. Fall., art. 52, "non potendosi ritenere che il rispetto di tali regole sia assicurato nell'ambito della procedura individuale dall'intervento del curatore fallimentare". Ne consegue che l'assegnazione della somma disposta nell'ambito della procedura individuale ha carattere provvisorio, ed è onere dell'istituto di credito fondiario, che voglia rendere definitiva l'assegnazione, d'insinuarsi al passivo del fallimento, in modo tale da consentire la graduazione dei crediti cui è finalizzata la procedura concorsuale (principio ritenuto valido anche nella vigenza della disciplina fallimentare ante riforma cfr. Cass. 19217/2009; Cass. 13996/2008). Il coordinamento fra esecuzione individuale e collettiva è assicurato attribuendo natura provvisoria all'assegnazione in sede esecutiva e correlativamente imponendo al creditore l'onere d'insinuarsi al passivo del fallimento per conservare il risultato dell'esecuzione privilegiata, condizionato all'insussistenza di crediti prededucibili o muniti di cause di prelazione di grado superiore al suo, e con l'obbligo di restituzione alla massa delle somme ottenute in eccesso rispetto a quelle riconosciute nel riparto fallimentare. Ne

deriva il carattere accessorio, e subordinato al procedimento concorsuale, della procedura esecutiva condotta dal creditore fondiario il quale, pur conservando un privilegio di riscossione che si esplica nella conservazione del potere esecutivo sul bene ipotecato, resta comunque soggetto all'attrazione e al controllo della procedura individuale da parte di quella concorsuale (Cass. 6738/2014). Sia l'elaborazione giurisprudenziale che l'intervento legislativo organico in materia fallimentare hanno consentito di sancire chiaramente la soggezione della procedura esecutiva individuale alla competenza concorsuale in materia di accertamento del credito e dei privilegi e alla ripartizione della somma ricavata con la conseguenza che il giudice dell'esecuzione non può attribuire definitivamente al creditore fondiario il ricavato della procedura, ma, esclusivamente, assegnare allo stesso "*la somma ricavata dall'esecuzione*" nei limiti del credito garantito dall'ipoteca. In base ai principi generali è in sede fallimentare che si dovrà procedere a determinare definitivamente la massa attiva (comprensiva, ovviamente, del ricavato della vendita effettuata in sede esecutiva, attribuita provvisoriamente all'istituto di credito fondiario) e la massa passiva (con le varie graduazioni) e, quindi, è soltanto in sede di riparto che quell'attribuzione diverrà definitiva e si dovrà scegliere se agire eventualmente per la restituzione di quanto, in ipotesi, l'istituto di credito abbia ottenuto in eccedenza in sede esecutiva.

Nel caso di specie, la banca convenuta richiama proprio l'art. 41 TUB, pretendendo di trattenere le somme ottenute nell'ambito dell'esecuzione individuale a suo tempo promossa, iscritta al n. *omissis* nel corso della quale ha ricevuto:

- la somma di E *omissis* - direttamente dall'aggiudicatario ai sensi dell'art. 41 TUB comma 4, in data 24.5.12, e quindi prima dell'emanazione del D.M. del 23.11.12 con cui *omissis* è stata posta in liquidazione coatta amministrativa;
- l'ulteriore somma di E - *omissis* - n. *omissis* esecuzione del progetto di distribuzione del ricavato formulato dal G.E., in data 31.5.13, e quindi dopo l'apertura della procedura concorsuale;

Tuttavia, nella fattispecie l'art. 41 TUB non è applicabile.

Infatti, per le cooperative, l'art. 3 della legge 17 luglio 1975, n. 400, stabilisce che "*Dalla data del provvedimento di liquidazione coatta di uno degli enti di cui all'art. 1 della presente legge, sui beni compresi nella liquidazione, non può essere iniziata o proseguita alcuna azione esecutiva individuale anche se prevista ed ammessa da leggi speciali in deroga del disposto dell'art. 51 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*" (sul punto anche Cass. 3847/88 in parte motiva).

Dunque, al contrario di quanto avviene nelle ipotesi di fallimento, in caso di liquidazione coatta amministrativa, dei soli enti cooperativi, il creditore fondiario non può proseguire la procedura individuale eventualmente iniziata prima della procedura concorsuale.

Omissis non poteva ulteriormente coltivare l'azione esecutiva individuale, il procedimento esecutivo doveva essere dichiarato improseguibile dal momento

dell'apertura della procedura concorsuale, nessuna distribuzione e assegnazione poteva farsi in sede di esecuzione individuale; resta il problema della sorte del pagamento "provvisorio", ricevuto dalla banca in data 24.5.12, legittimamente, in quanto a quella data non era iniziata la procedura concorsuale. Ad avviso del Tribunale, quel pagamento, non trovando più alcuna giustificazione e sostegno nell'art. 41 TUB, resta privo di effetti, con la conseguenza che l'intera somma ricevuta dalla banca deve essere restituita alla procedura, per la successiva distribuzione in sede concorsuale; viene infatti meno anche il privilegio di carattere processuale che consente alla banca di vedersi "anticipare", a titolo provvisorio, le somme dovute, trovando quel privilegio la propria ragione unicamente nell'art. 41 TUB.

La domanda della curatela è fondata e viene accolta, le spese seguono la soccombenza e sono liquidate ai valori medi dello scaglione di riferimento, esclusa la fase istruttoria..

P.Q.M.

Il Tribunale dichiara inefficaci nei confronti della massa dei creditori i pagamenti effettuati in favore della banca convenuta nel corso dell'esecuzione individuale iscritta al n. *omissis* condanna la banca a restituire alla procedura la somma ricevuta, di *omissis* oltre interessi legali dai pagamenti sino al saldo;

condanna la banca al pagamento delle spese di lite che liquida *omissis*.

Pesaro 12/08/2016

Depositata in Cancelleria il 12/08/2016.