

# Il privilegio fondiario nel contesto della liquidazione controllata

di Francesca Gaffuri (\*)

In seguito all'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza da più parti ci si interroga se il privilegio fondiario possa ritenersi operante nel contesto, oltretutto della liquidazione giudiziale, anche della liquidazione controllata. Nell'impianto normativo del nuovo Codice della crisi, infatti, la liquidazione controllata è disciplinata, fra l'altro, mediante il rinvio all'art. 150 CCII, il quale, nel sancire il divieto di azioni individuali esecutive e cautelari sui beni compresi nell'attivo della liquidazione giudiziale, fa salva, tra le altre, la disposizione istitutiva del privilegio fondiario. Il presente lavoro si occupa di affrontare tale questione, illustrando i contrapposti orientamenti sul punto ed evidenziando quella che, alla luce di un'interpretazione sistematica della normativa concorsuale appare la soluzione preferibile.

## La liquidazione controllata e le azioni esecutive individuali

La liquidazione controllata, che trova la sua disciplina negli artt. 268-277 del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (recante il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" (1), di seguito abbreviato anche con "CCII"), rappresenta la procedura liquidatoria-coattiva

appositamente dedicata al debitore "in stato di sovraindebitamento" (art. 268, comma 1, CCII), cioè a quel debitore che si trovi in stato di crisi o di insolvenza e che non sia assoggettabile alle procedure concorsuali c.d. tradizionali (2).

### Note:

(\*) *Dottoranda di ricerca presso l'Università di Verona*

(1) A decorrere dal 15 luglio 2022, il Codice della crisi ha sostituito la Legge fallimentare del 1942, recante la "Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, (dell'amministrazione controllata) e della liquidazione coatta amministrativa" e le sue successive modificazioni, nonché la Legge 27 gennaio 2012, n. 3, recante la disciplina della crisi da sovraindebitamento. L'una e l'altra legge, peraltro, trovano applicazione ancora oggi: a norma dell'art. 390, commi 1 e 2, CCII, infatti, esse continuano a disciplinare: i ricorsi per la dichiarazione di fallimento, le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo, per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, nonché le domande di accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, che siano stati depositati prima del 15 luglio 2022; le procedure concorsuali pendenti a quella data, nonché le procedure aperte in seguito alla definizione dei ricorsi e delle domande menzionati sopra.

### Nota:

(2) Più nello specifico, a norma dell'art. 2, lett. c), CCII, per "stato di sovraindebitamento" s'intende lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle *start-up* innovative di cui al D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito, con modificazioni, dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221), nonché di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale (artt. 121 ss. CCII) o alla liquidazione coatta amministrativa (artt. 293 ss. CCII), ovvero ad altre procedure liquidatorie previste in caso di insolvenza o di crisi. Oltre alla liquidazione controllata, al debitore in stato di sovraindebitamento sono applicabili la ristrutturazione dei debiti del consumatore (artt. 67 ss. CCII) e il concordato minore (artt. 74 ss. CCII). Per un approfondimento sulle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, così come disciplinate dal Codice della crisi, cfr. Pellicchia - Modica, *La riforma del sovraindebitamento nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019.

Si segnala che, in luogo di quella classica di "procedure concorsuali", il Codice della crisi utilizza la (più estensiva) definizione di "strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza" (si veda art. 2, comma 1, lett. m-bis, così come modificato, da ultimo, dal D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83).

La procedura in esame ha, quindi, una natura analoga a quella propria della liquidazione giudiziale; le due procedure, peraltro, non condividono soltanto la natura - e, conseguentemente, la funzione (*i.e.*, il massimo soddisfacimento dei creditori, da realizzarsi attraverso la distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo) -, ma anche taluni effetti.

In particolare, e per quanto qui di interesse, l'art. 270, comma 5, CCII stabilisce che alla liquidazione controllata si applica, fra gli altri (3), l'art. 150 CCII, norma di apertura della Sezione dedicata agli "[e]ffetti della liquidazione giudiziale per i creditori", a mente del quale, fatta salva ogni diversa disposizione di legge, dal giorno dell'apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati nel corso della procedura, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nell'attivo della procedura medesima (4).

L'art. 150 CCII, che reitera il disposto del previgente art. 51 l.f., sancisce, quindi, il divieto, strumentale alla realizzazione del concorso fra i creditori - disciplinato dall'art. 151 CCII, anch'esso richiamato dall'art. 270, comma 5, CCII (5) -, di iniziare e di proseguire, in seguito all'apertura della liquidazione giudiziale, azioni individuali esecutive e cautelari sui beni rientranti

nell'attivo della procedura; sicché, qualora siano iniziate o proseguite, tali azioni devono essere dichiarate, rispettivamente, inammissibili o improcedibili (6).

Per effetto del rinvio operato dall'art. 270, comma 5, all'art. 150, il medesimo divieto vige anche nell'ambito della liquidazione controllata. Così, una volta che questa procedura sia stata aperta, i creditori - compresi quelli divenuti tali in un momento successivo all'apertura (7) - non possono esercitare o proseguire azioni individuali esecutive e cautelari sui beni rientranti nell'attivo della procedura medesima.

In definitiva, l'apertura della liquidazione controllata determina il blocco delle iniziative soddisfattive individuali e la loro canalizzazione all'interno di una procedura unitaria, regolata da principi paritari e caratterizzata da soluzioni tecniche preordinate ad evitare l'acquisizione, da parte di taluni creditori, di posizioni di vantaggio rispetto alla massa.

L'apertura della liquidazione controllata realizza, così, il passaggio della tutela del credito dal piano individuale a quello collettivo (8).

#### Note:

(3) Si tratta dell'art. 143 CCII (disciplinante i rapporti processuali nella liquidazione giudiziale), che si applica in quanto compatibile, dell'art. 151 CCII (disciplinante il concorso dei creditori nella liquidazione giudiziale) e delle disposizioni sul procedimento unitario di cui al Titolo III dello stesso Codice della crisi, che si applicano nei casi non disciplinati dal Capo relativo alla liquidazione controllata ed in quanto compatibili.

(4) Il divieto posto dall'art. 150 non riguarda, quindi, le azioni individuali esecutive e cautelari che abbiano ad oggetto i beni esclusi dall'esecuzione concorsuale (art. 146 CCII) e quelli che, sopraggiunti al debitore nel corso della procedura, non siano stati acquisiti all'attivo.

(5) Secondo Covino, "Gli effetti dell'apertura della 'nuova' liquidazione controllata del patrimonio del debitore sovraindebitato", in Pellicchia - Modica (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, Pacini Giuridica, 2020, pag. 323, questo richiamo avvalora ulteriormente la tesi della natura concorsuale della liquidazione controllata; tale conclusione è condivisa da Vattermoli, "La disciplina del sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza", in *Il fallimentarista.it*.

#### Note:

(6) Deve specificarsi che le azioni individuali esecutive pendenti alla data di apertura della liquidazione giudiziale devono essere dichiarate improcedibili - ove proseguite - nel solo caso in cui il curatore non decida di subentrarvi ai sensi dell'art. 216, comma 10, CCII. Trib. Modena, 3 marzo 2023, in *Fall.*, 2023, pag. 961, con nota adesiva di Nardecchia, "Liquidazione controllata, procedure esecutive e privilegio processuale fondiario", *Ivi*, pag. 963 ss., ritiene che, in forza del rinvio alle disposizioni sulle vendite nella liquidazione giudiziale contenuto nell'art. 275, comma 2, CCII, l'art. 216, comma 10, si applichi anche alla liquidazione controllata e che, dunque, anche il liquidatore (che è l'organo tecnico della liquidazione controllata) abbia la facoltà di subentrare nei processi esecutivi pendenti.

Sulla sorte del processo esecutivo pendente, in attesa della decisione del curatore, cfr. Cuomo Ulloa, "Gli effetti del fallimento per i creditori", in G. Schiano di Pepe (a cura di), *Il Diritto fallimentare riformato*, Padova, CEDAM, 2006, pag. 157 ss.

(7) Su tale aspetto come significativo elemento di deviazione rispetto alle altre procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, cfr. D. Rescigno, "La liquidazione controllata: profili procedurali", in Pellicchia - Modica (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019, pag. 295 ss.

(8) In questi termini, Covino, (nt. 5), pag. 324.

## L'operatività del privilegio fondiario nella liquidazione controllata: una questione controversa

Sotto la vigenza della Legge 27 gennaio 2012, n. 3, recante la disciplina della crisi da sovraindebitamento, oggi contenuta nel Codice della crisi (9), il divieto di esercitare e di proseguire azioni esecutive individuali in seguito all'apertura della (allora denominata) liquidazione del patrimonio, così come previsto dall'art. 14-*quinquies*, comma 2, lett. b), non conosceva eccezioni e aveva, quindi, carattere assoluto.

L'impianto normativo è mutato, tuttavia, con l'entrata in vigore, il 15 luglio del 2022, del Codice della crisi: come visto, infatti, il comma 5 dell'art. 270 CCII rinvia all'art. 150 CCII, il quale, nel sancire il divieto di iniziare e di proseguire azioni individuali esecutive e cautelari, fa salva ogni "diversa disposizione di legge".

Ebbene, nel novero delle disposizioni di legge che contemplano specifiche eccezioni al divieto in parola rientra quella di cui all'art. 41, comma 2, T.U.B.: tale norma statuisce, invero, che l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo l'apertura, a carico del debitore, del "fallimento"; termine, questo, che, in forza dell'art. 349 CCII, a decorrere dal 15 luglio 2022 deve intendersi sostituito con l'espressione "liquidazione giudiziale" (10).

### Note:

(9) Cfr., però, *supra*, nota 1, con riguardo alla disciplina transitoria contenuta nell'art. 390 CCII.

(10) In proposito, deve chiarirsi che l'art. 369 CCII, nel modificare varie disposizioni del Testo Unico Bancario al fine di coordinarle con il Codice della crisi, non si occupa specificamente del comma 2 dell'art. 41; l'opinione nettamente prevalente della dottrina e della giurisprudenza è, peraltro, nel senso di ritenere che la norma da ultimo citata riguardi, oggi, la liquidazione giudiziale: in giurisprudenza, cfr. Trib. Barcellona Pozza di Gotto, 24 gennaio 2023, in *Fall.*, 2023, pag. 962; Trib. Modena, 3 marzo 2023, cit.; Trib. Torre Annunziata, 14 marzo 2023, in *Riv. esec. forz.*, 2023, pag. 428; Trib. Brescia, 12 aprile 2023, in *Fall.*, n. 7/2023, pag. 959; in dottrina, cfr. Nardecchia, (nt. 5), il quale dà per presupposta l'applicabilità della norma in esame alla liquidazione giudiziale; Attanasio, "Il privilegio fondiario ed il Codice della crisi", in *Dirittodellacrisi.it*; Maffei Alberti, "Sub art. 150", in *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Padova, CEDAM, 2023, pag. 1128; in senso contrario si

(segue)

Per effetto del combinato disposto degli artt. 150 CCII e 41, comma 2, T.U.B., l'esecuzione individuale del credito fondiario si sottrae, quindi, al divieto sancito dalla prima delle due norme sopra richiamate.

Sicché, mentre in passato, nella vigenza della Legge n. 3/2012 - che, come visto, stabiliva un divieto assoluto di iniziare e di proseguire azioni esecutive individuali -, l'applicabilità del comma 2 dell'art. 41 T.U.B. alla (ora denominata) liquidazione controllata era pacificamente esclusa dalla giurisprudenza (11), oggi, invece, a fronte del rinvio operato dall'art. 270, comma 5, CCII all'art. 150 CCII, sul punto si registrano due orientamenti di segno contrario.

Prima di esaminare tali orientamenti, occorre soffermarsi brevemente sul rapporto fra la liquidazione giudiziale e l'esecuzione individuale del credito fondiario.

Deve chiarirsi, anzitutto, che il comma 2 dell'art. 41 T.U.B. riconosce a favore degli istituti di credito fondiario un privilegio di natura meramente processuale, che si sostanzia nella possibilità di conseguire l'assegnazione delle somme ricavate dalla vendita dell'immobile, senza alcuna alterazione della *par condicio creditorum*, né alcuna deroga al principio di esclusività della verifica dei crediti in sede concorsuale: a norma del comma 3 dell'art. 151 CCII (che reitera il disposto del corrispondente comma dell'art. 52 l.f., introdotto dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169), infatti, anche i crediti esentati dal divieto di cui all'art. 150 CCII - e, dunque, anche il credito fondiario - sono assoggettati alla regola del concorso formale e devono, quindi, essere accertati in sede concorsuale, secondo il rito speciale ed esclusivo disciplinato dagli artt. 202 e ss. CCII. Non solo, ma, in base al precetto di cui all'art. 220,

### Note:

(continua nota 10)

esprimono, invece, in giurisprudenza, Trib. Ancona, 22 giugno 2023, in *DeJure* e, in dottrina, L. Gaffuri, "Insussistenza del privilegio processuale fondiario nella Liquidazione Giudiziale", in *Dirittodellacrisi.it*, il quale valorizza il fatto che la rideterminazione terminologica (da "fallimento" a "liquidazione giudiziale") non abbia interessato il comma 2 dell'art. 41 T.U.B.

(11) Cfr. Trib. Udine, 12 maggio 2016, in *DeJure*; Trib. Modena, 1 giugno 2017, *ivi*; Trib. Vicenza, 24 marzo 2020, in *expartecreditoris.it*.

comma 1, CCII, i crediti in discorso devono, altresì, essere collocati all'interno dei progetti di riparto periodici, insieme a quelli sottoposti al divieto di iniziare e di proseguire azioni individuali esecutive e cautelari.

In altri termini e più chiaramente, il creditore fondiario:

- al fine di vedersi attribuite, in via provvisoria, le somme ricavate in sede di esecuzione individuale, deve presentare domanda di ammissione al passivo nella liquidazione giudiziale ed ottenere un provvedimento favorevole (che rappresenta, quindi, il *titulus retinendi* delle somme anzidette);
- è tenuto a restituire alla procedura quella parte del ricavato che, all'esito degli accertamenti definitivi compiuti in sede concorsuale, risulti riscossa in eccedenza (12).

Anche il creditore fondiario, insomma, deve sottostare alla falcidia concorsuale: questi, infatti, può soddisfarsi in sede di esecuzione individuale, ma non può ottenere più di quello che riceverebbe in caso di "normale" partecipazione alla liquidazione giudiziale.

In secondo luogo, deve evidenziarsi che il privilegio fondiario è venuto gradualmente a perdere la sua ragione giustificatrice, individuata nell'esigenza di assicurare alla banca una più celere realizzazione della sua garanzia, senza la necessità di attendere i tempi della procedura concorsuale (13): a decorrere dal 2006, infatti, il legislatore è intervenuto sulla

disciplina del fallimento, apportando delle modifiche dirette a rendere più rapida ed efficace l'attività di liquidazione dell'attivo nel suo complesso (14).

Con l'entrata in vigore del Codice della crisi, poi, le tempistiche della suddetta attività sono state ulteriormente ridotte. Ed invero: a mente dell'art. 213, comma 5, CCII entro otto mesi dall'apertura della liquidazione giudiziale deve aver luogo il primo esperimento di vendita e il termine per il completamento dell'attività di liquidazione non può essere superiore a cinque anni (termine che può essere aumentato fino a sette anni nei casi di eccezionale complessità); l'art. 216, comma 2, dispone che per i beni immobili devono essere effettuati "almeno tre esperimenti di vendita all'anno" (lo stesso numero di tentativi è previsto, a norma dell'art. 1, comma 12, lett. i, Legge 26 novembre 2021, n. 206, per l'espropriazione immobiliare).

In definitiva, le tempistiche con cui il credito fondiario trova soddisfazione all'interno della liquidazione giudiziale sono, ormai, del tutto sovrapponibili a quelle che caratterizzano l'esecuzione individuale (15).

Infine, deve segnalarsi che l'art. 7, comma 4, lett. a), della Legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante la "Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza", richiedeva di "escludere l'operatività di esecuzioni speciali e dei privilegi processuali, anche fondiari", fatta salva l'operatività di questi ultimi "sino alla scadenza del secondo anno successivo a quello di entrata in vigore del Decreto legislativo ovvero dell'ultimo dei Decreti legislativi emanati in attuazione della delega".

Il legislatore delegato ha ignorato, tuttavia, il criterio direttivo posto dalla Legge delega in materia di privilegi processuali: esclusi i necessari adattamenti lessicali, infatti, l'art. 150 CCII ricalca integralmente il contenuto dell'art. 51 l.f., continuando a fare salve le diverse disposizioni di legge, fra le quali si annovera, appunto, quella istitutiva del privilegio fondiario (e cioè l'art. 41, comma 2, T.U.B.).

#### Note:

(12) L'attribuzione delle somme diviene definitiva solo dopo che la domanda di ammissione al passivo proposta dal creditore fondiario sia stata accolta e che sia stata predisposta la graduazione dei crediti, cui è finalizzata la liquidazione giudiziale. Per un approfondimento sul punto, cfr. Leuzzi, "Privilegio processuale fondiario e fallimento fra interferenza e coesistenza", in *inexecutivis.it*; Nardecchia, "Accertamento, quantificazione e graduazione del credito fondiario: l'intervento del curatore nell'esecuzione individuale", in *Fall.*, 2018, pag. 12; Bertolotto-Tosi, "Il giudice dell'esecuzione alle prese con le procedure concorsuali: punti fermi e proposte per nuove prassi operative", in *Riv. esec. forz.*, 2020, pag. 505 ss.; in giurisprudenza, cfr. Cass., 28 settembre 2018, n. 23482, in *Dir. Fall.*, 2019, pag. 1159, secondo la quale l'ammissione al passivo sarebbe un "fatto costitutivo" del diritto del creditore fondiario di ottenere l'attribuzione anche in via provvisoria (e non soltanto in via definitiva) del ricavato della vendita; Trib. Treviso, 25 novembre 2020, in *Fall.*, 2021, pag. 277.

(13) In questi termini, Sepe, "Commento sub art. 41", in Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Padova, CEDAM, 2012, pag. 429 ss.

#### Note:

(14) Per un resoconto di queste modifiche, v. Attanasio, (nt. 8).

(15) Così, L. Gaffuri, (nt. 8); nello stesso senso si esprimono Attanasio, (nt. 8) e, in giurisprudenza, Trib. Ancona, 22 giugno 2023, cit.

Il legislatore è intervenuto, peraltro, sul rapporto fra la tutela collettiva del credito e l'esecuzione individuale nel contesto delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (*i.e.*, concordato minore, ristrutturazione dei debiti del consumatore e liquidazione controllata), rafforzando la prima a discapito della seconda.

Ed invero: con riferimento al concordato minore, l'art. 78, comma 2, lett. d), CCII non reitera la previsione, contenuta nella già citata Legge n. 3/2012 (16), secondo la quale il divieto di azioni esecutive e cautelari (17) "non opera nei confronti dei titolari di crediti impignorabili" (18). Per quanto concerne la ristrutturazione dei debiti del consumatore, il comma 4 dell'art. 70 CCII, da una parte, allunga sensibilmente, rispetto al passato, la durata della operatività del divieto di azioni esecutive e cautelari, nonché delle altre misure protettive, facendo coincidere il termine finale di tali misure (non più con il momento della convocazione dei creditori, ma) con la conclusione del procedimento; dall'altra, stabilisce che il giudice concorsuale dispone "la sospensione dei procedimenti di esecuzione forzata che potrebbero pregiudicare la fattibilità del piano" (19); con riguardo alla liquidazione controllata, infine, il comma 2 dell'art. 268 CCII - così come modificato, da ultimo, dal

#### Note:

(16) Si tratta dei crediti previsti dall'art. 545, commi 1 e 2, c.p.c., ossia dei crediti alimentari aventi per oggetto sussidi di grazia o di sostentamento a persone comprese nell'elenco dei poveri, oppure sussidi dovuti per maternità, malattie o funerali da casse di assicurazione, da enti di assistenza o da istituti di beneficenza.

(17) Si chiarisce che, nel concordato minore, questo divieto è risposto dal giudice su istanza del debitore (quindi non è automatico, come nella liquidazione controllata) e rimane operante sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diviene definitivo.

(18) Nello specifico, nell'ultima parte dell'art. 10, comma 2, lett. c), di tale legge.

(19) Come rileva Cass., 26 luglio 2023, n. 22715, in *DeJure*, quella appena evidenziata è una previsione "di natura certamente eccezionale, che si giustifica con la conclamata esigenza di salvaguardare la fattibilità del piano, tanto da comportare un così penetrante intervento del giudice concorsuale sulle sorti di uno specifico procedimento pendente dinanzi ad altro giudice: questi non resta certo esautorato dalla relativa gestione e direzione, ex art. 484 c.p.c., ma deve prendere atto della causa di sospensione esterna, ex art. 623 c.p.c., e conseguentemente disporre, non senza averne verificato l'effettiva ricaduta sul procedimento stesso".

D.L. 17 giugno 2022, n. 83 - dispone che la domanda di apertura di tale procedura può essere presentata anche da un creditore (cosicché la liquidazione controllata non è più una procedura di tipo esclusivamente "volontario", ma è divenuta una procedura coattiva), in tal modo agevolando l'accesso alla procedura medesima (20).

#### ***I contrapposti orientamenti sulla questione***

Tanto chiarito, si può passare ad esaminare i due orientamenti contrapposti sulla questione della applicabilità dell'art. 41, comma 2, T.U.B. alla liquidazione controllata.

Secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, oggi, sotto la vigenza del Codice della crisi, il privilegio fondiario deve ritenersi operante anche nell'ambito della procedura in esame (21).

Questo primo indirizzo si fonda sulle seguenti argomentazioni:

- l'art. 270, comma 5, CCII richiama l'art. 150 CCII nella sua interezza e non prevede che tale norma si applichi alla liquidazione controllata soltanto in quanto con essa compatibile, di talché il rinvio in parola non può considerarsi limitato al divieto sancito

#### Note:

(20) Cfr. Di Marzio, "Insolvenza civile e concorso", in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, Giappichelli, 2019, pagg. 356-357, il quale evidenzia la "maggiore razionalità della procedura collettiva rispetto alla procedura esecutiva individuale per il trattamento di un problema come l'insolvenza (civile o commerciale che sia)".

(21) In giurisprudenza, la tesi in commento è sostenuta da: Trib. Barcellona Pozza di Gotto, 24 gennaio 2023, cit.; Trib. Torre Annunziata, 14 marzo 2023, cit.; Trib. Brescia, 12 aprile 2023, cit., secondo cui il rinvio integrale all'art. 150 CCII paleserebbe "la volontà del legislatore di applicare la stessa disciplina alle due liquidazioni circa gli effetti nei confronti dei creditori; diversamente, il legislatore avrebbe previsto per la liquidazione controllata una disciplina apposita o avrebbe circoscritto l'ambito oggettivo del rinvio"; in dottrina, sostengono questa tesi: P. Farina, "La procedibilità dell'esecuzione forzata intrapresa o proseguita dal creditore fondiario in costanza di liquidazione controllata", in *IUS Processo Civile*, 2023; D'Arrigo, "Il trattamento fondiario nel nuovo Codice della crisi d'impresa", in *inexecutivis.it*; D'Alonzo, "Le misure protettive negli strumenti di composizione della crisi da sovraindebitamento ed improseguibilità dell'esecuzione forzata per credito fondiario", in *Riv. esec. forz.*, 2023, pag. 431; M. Campobasso, "Dalla procedura di 'liquidazione del patrimonio' alla 'liquidazione controllata' del sovraindebitato", in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, Giappichelli, 2019, pag. 145 ss.

dall'art. 150, ma deve ritenersi esteso anche alla clausola di riserva ivi contenuta, ossia alla clausola che fa salva ogni "diversa disposizione di legge";

- la liquidazione controllata, molto più che in passato, mutua la struttura della liquidazione giudiziale (22), con la conseguenza che, oggi, il riconoscimento dell'operatività del privilegio fondiario anche nell'ambito della prima delle due procedure rappresenta il risultato di un'interpretazione estensiva - e non più di una (inammissibile) applicazione analogica - dell'art. 41, comma 2, T.U.B.;
- se tale norma non si applicasse alla liquidazione controllata, privo di significato risulterebbe il trapianto, all'interno di questa procedura, del precetto di cui al comma 3 dell'art. 151 CCII, che alla regola del concorso formale vuole assoggettati anche i crediti sottratti al divieto di iniziare e di proseguire azioni esecutive individuali;
- posto che la norma in commento si applica alla liquidazione giudiziale, l'inoperatività della stessa nel contesto della liquidazione controllata comporterebbe un'ingiustificata disparità di trattamento del creditore fondiario nell'una e nell'altra procedura (23).

Un'altra parte della dottrina e della giurisprudenza (24) ritiene, al contrario, che il comma 2

dell'art. 41 T.U.B. continui a non trovare applicazione nell'ambito della liquidazione controllata.

Le argomentazioni a sostegno di questo secondo indirizzo possono essere così riassunte:

- nel prevedere l'operatività del privilegio fondiario, la norma in esame continua a fare esclusivo riferimento al fallimento (oggi liquidazione giudiziale); conseguentemente, si deve escludere che, trattandosi di disposizione eccezionale, essa possa trovare applicazione nell'ambito di procedure concorsuali diverse ed ulteriori rispetto a quella fallimentare;
- se avesse voluto estendere il privilegio fondiario oltre i suoi confini tradizionali, il legislatore delegato sarebbe ragionevolmente intervenuto sull'art. 41, comma 2, T.U.B.; dal momento, invece in cui la norma in commento è rimasta immutata, il rinvio operato dall'art. 270, comma 5, CCII all'art. 150 CCII deve intendersi riferito alla sola regola della concorsualità, e non anche al sistema di eccezioni alla medesima regola, la cui disciplina si rinviene nelle singole norme derogatorie (25);
- l'art. 150 CCII, come già l'art. 51 l.f., è norma di diretto contenuto precettivo soltanto nella parte in cui stabilisce, quale regola generale della liquidazione giudiziale, il divieto di esercizio di iniziare e di proseguire azioni individuali esecutive e cautelari, non anche nella parte in cui prevede la derogabilità di tale divieto da parte di ogni "diversa disposizione di legge";
- al fine di potenziare la liquidazione giudiziale, la Legge n. 155/2017, con il già citato art. 7, comma 4, lett. a), richiedeva di escludere l'operatività del privilegio fondiario, cosicché estendere l'applicazione dell'art. 41, comma 2, T.U.B. ad una procedura, com'è quella di liquidazione controllata, nella quale il privilegio fondiario prima non operava, porrebbe l'art. 270, comma 5, CCII in diretto ed immediato contrasto con la Legge delega.

### Note:

(22) In proposito, cfr. Baroncini, "Le novità in materia di sovraindebitamento alla luce della Legge 19 ottobre 2017, n. 155 e del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", in *Dir. fall.*, 2019, pag. 403, la quale rileva come la scelta del legislatore di collocare la disciplina della liquidazione controllata all'interno del Titolo (il quinto) dedicato alla liquidazione giudiziale - e non, invece, vicino alle norme che si occupano di disciplinare le altre due procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento - renda evidente che le due procedure condividono la medesima natura giuridica; nello stesso senso, cfr. Montanari, "Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali", in *Riv. dir. proc.*, 2020, pag. 287 ss., secondo il quale la scelta anzidetta porta a guardare alla liquidazione controllata come ad una sorta di "sottospecie di liquidazione giudiziale".

(23) E questa disparità comporterebbe degli effetti pregiudizievoli a carico dell'impresa minore, come illustrato da M. Campobasso, (nt. 14).

(24) In giurisprudenza, v. Trib. Treviso, 28 novembre 2022, in *DeJure*, Trib. Verona, 20 dicembre 2022, in *inexecutivis.it*, Trib. Treviso, 19 gennaio 2023, *ivi*; Trib. Modena, 3 marzo 2023, in *DeJure*; in dottrina, v. Nardecchia, (nt. 5); Attanasio, (nt. 8); De Santis, "Relazioni normative ed interferenze pratiche tra le liquidazioni concorsuali e le esecuzioni individuali", in *Fall.*, (segue)

### Note:

(continua nota 24)

2023, pag. 1270; Ghedini - Crivelli - Mazzagardi, *Il custode e il delegato alla vendita nel processo esecutivo immobiliare*, 4 ed., Padova, CEDAM, 2021, pag. 504.

(25) In questi termini, Trib. Verona, 20 dicembre 2022, cit.

Si segnala che, con ordinanza depositata il 3 ottobre 2023, il Tribunale di Brescia ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione (disciplinato dal nuovo art. 363-*bis* c.p.c.) per la risoluzione della questione in oggetto e che la Suprema Corte - verificata la sussistenza dei presupposti elencati dal citato art. 363-*bis* - ha assegnato tale questione alla Prima Sezione civile con provvedimento del 26 ottobre 2023 (26).

### La soluzione preferibile

L'incertezza che contraddistingue la questione in esame è testimoniata dall'impossibilità di individuare un orientamento prevalente: entrambe le contrapposte posizioni dottrinali e giurisprudenziali, invero, sono sorrette da solidi argomenti esegetici.

Tuttavia, si ritiene preferibile la tesi restrittiva, che esclude l'applicabilità dell'art. 41, comma 2, T.U.B. alla liquidazione controllata. Come già evidenziato, infatti, il legislatore non è intervenuto a modificare la norma in commento, il cui ambito di applicazione continua ad essere circoscritto alla sola procedura fallimentare (oggi di liquidazione giudiziale).

Posto che, come già detto, il citato art. 7, comma 4, lett. a), della Legge delega richiedeva di "escludere l'operatività [...] dei privilegi processuali, anche fondiari", l'eventuale estensione dell'operatività del privilegio fondiario alla liquidazione controllata - la quale, sebbene molto simile alla liquidazione giudiziale, rimane pur sempre una procedura diversa ed autonoma rispetto a quest'ultima, a cominciare dal presupposto soggettivo che la caratterizza (27) - porrebbe il comma 5 dell'art. 270

CCII in diretto contrasto con il criterio direttivo previsto dalla Legge delega: estendendo alla liquidazione controllata la deroga prevista dall'art. 41, comma 2, T.U.B., infatti, non ci si limiterebbe a conservare in via temporanea l'operatività del privilegio fondiario - com'è consentito dalla Legge delega -, ma la si introdurrebbe *ex novo* nel contesto di una procedura alla quale detto privilegio era del tutto estraneo (28). E questa introduzione, oltre che con la Legge delega, contrasterebbe con il tentativo del legislatore di ridurre la portata derogatoria dell'art. 41, comma 2: come visto, infatti, il D.Lgs. n. 169/2007 (c.d. Decreto correttivo) ha sancito la natura meramente processuale del privilegio fondiario, introducendo una norma, il comma 3 dell'art. 52 l.f. (oggi comma 3 dell'art. 151 CCII), che alla regola del concorso formale vuole sottoposti anche i crediti esentati dal divieto di azioni esecutive individuali - nel novero dei quali rientra quello fondiario. Ebbene, sembra difficile sostenere che, dopo aver ridotto la portata derogatoria della norma in commento, il legislatore, per il tramite del rinvio all'art. 150 CCII, abbia voluto estendere la sfera applicativa di quella stessa norma, facendovi rientrare la liquidazione controllata. Deve rilevarsi, poi, che la soluzione restrittiva, oltre che rispettosa della Legge delega, appare

#### Note:

(26) Il provvedimento di assegnazione della Corte di cassazione e l'ordinanza di rinvio del Tribunale di Brescia sono reperibili in *Dirittodellacrisi.it*.

Si chiarisce che la questione rimessa alla Prima Sezione civile della Corte di cassazione è così formulata: "se il privilegio processuale di cui all'art. 41, comma 2, T.U.B. sia opponibile a fronte dell'apertura di una delle procedure concorsuali di cui al CCII a carico del debitore esecutato ed in particolare della liquidazione controllata di cui agli artt. 268 ss. CCII".

(27) Come evidenzia Vattermoli, "La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto 'oggettivamente' concorsuale", in *Dir. Fall.*, 2012, pag. 772, infatti, in quanto applicabili solo a soggetti non assoggettabili alle procedure

(segue)

#### Note:

(continua nota 27)

concorsuali c.d. tradizionali, le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento "si pongono in una posizione di rigida alterità rispetto a quelle". L'Autore rileva, poi, come in seguito all'introduzione della disciplina del sovraindebitamento il sistema italiano sia divenuto "un modello dualistico misto, connotato dalla compresenza di due sottosistemi nettamente diversi, ma rigorosamente complementari: il sottosistema delle procedure concorsuali tradizionali, che ha come referente soggettivo l'area, in sé compatta, degli imprenditori commerciali di non piccole dimensioni, e il sottosistema dei procedimenti di composizione o soluzione del sovraindebitamento, che ha come referente soggettivo l'area di tutti i soggetti diversi dagli imprenditori commerciali di non piccole dimensioni".

(28) Così, Attanasio, (nota 8). Nello stesso senso si esprime Nardecchia, (nota 5), 968, secondo il quale, "a fronte dell'inequivoco principio della Legge delega che aveva escluso l'operatività di esecuzioni speciali e dei privilegi processuali, anche fondiari", non potrebbe di certo privilegiarsi un'interpretazione che avrebbe l'effetto contrario di estendere l'ambito di applicazione del privilegio fondiario ad una diversa ed ulteriore procedura rispetto a quella originariamente prevista".

quella che meglio si armonizza con il sistema normativo del Codice della crisi.

Come visto, infatti, le tempistiche con cui il credito fondiario - come ogni altro - trova soddisfazione in sede concorsuale sono, ormai, analoghe a quelle che caratterizzano l'esecuzione individuale.

Gli artt. 213, comma 5, e 216, comma 2, CCII sono preordinati, invero, a ridurre i tempi attuativi dell'esecuzione concorsuale, cosicché il privilegio fondiario risulta, oggi, privo di rilievo pratico e della sua ragione giustificatrice, la quale, come si è già ricordato, risiede (va) nell'esigenza di garantire alla banca una più celere realizzazione della sua garanzia.

Atteso che questa esigenza è venuta meno e che, per effetto del rinvio alle "disposizioni sulle vendite nella liquidazione giudiziale" (artt. 214-2019 CCII) contenuto nell'art. 275, comma 2, CCII, i sopra richiamati artt. 213, comma 5, e 216, comma 2, si applicano anche alla liquidazione controllata, ugualmente priva di una ragione giustificatrice appare l'estensione, alla procedura anzidetta, dell'operatività del privilegio fondiario.

Deve evidenziarsi, ancora, che un'interpretazione estensiva dell'art. 41, comma 2, T.U.B. mal si concilierebbe con la spinta del Codice della crisi verso il potenziamento della tutela collettiva del credito nell'ambito delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Come visto, infatti, il nuovo Codice:

- non esclude più i crediti impignorabili dal divieto di azioni individuali esecutive e cautelari operante nel concordato minore (art. 78, comma 2, lett. d);
- allunga sensibilmente la durata dell'operatività di quel divieto e delle altre misure protettive nella ristrutturazione dei debiti del consumatore (art. 70, comma 4);
- estende ai creditori la legittimazione a domandare l'apertura della liquidazione controllata (art. 268, comma 2).

Ebbene, a fronte dell'introduzione, ad opera del Codice della crisi, di queste modifiche - le quali, come detto, rafforzano l'esecuzione collettiva, a discapito di quella individuale, nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento - sembra (di nuovo) difficile sostenere che, attraverso il rinvio all'art. 150 CCII, il legislatore abbia voluto estendere alla liquidazione controllata la deroga di cui all'art. 41, comma 2,

T.U.B. e in questo modo depotenziare, nella suddetta procedura, l'esecuzione collettiva a beneficio di quella individuale.

In definitiva, si ritiene che la deroga prevista dall'art. 41, comma 2, T.U.B. continui a trovare applicazione nel ristretto ambito della procedura fallimentare (oggi di liquidazione giudiziale).

Dell'orientamento estensivo si condivide, peraltro, l'affermazione secondo la quale il rinvio dell'art. 270, comma 5, CCII riguarda l'intero art. 150 CCII, e quindi anche la clausola di riserva ivi contenuta. Come rilevano i sostenitori di quell'orientamento, infatti, il rinvio in esame non è accompagnato dalla locuzione "in quanto compatibile"; inoltre, se tale rinvio si ritenesse riferito unicamente al divieto di azioni individuali esecutive e cautelari, allora perderebbe di significato il rinvio, operato anch'esso dall'art. 270, comma 5, alla norma che alla regola del concorso formale vuole sottoposti anche i crediti esentati dal divieto di cui sopra (art. 151, comma 3, CCII).

Nella liquidazione controllata non si può ritenere, tuttavia, che fra le eccezioni al divieto di cui all'art. 150 vi sia anche il privilegio fondiario, il quale, invero, è previsto da una disposizione che - lo si ripete - fa esclusivo riferimento al "fallimento". Sembra dunque corretto concludere che, nell'ambito della liquidazione controllata, operano (soltanto) altre deroghe al divieto *de quo*, e segnatamente quelle previste dall'art. 8 Reg. UE 848/2015 (che fa genericamente riferimento all'apertura di una "procedura di insolvenza"), in materia di diritti reali di garanzia sui beni all'estero, e dall'art. 4 D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 170 (che fa genericamente riferimento all'apertura di una "procedura di risanamento o di liquidazione"), in tema di contratti di garanzia finanziaria (29).

#### Nota:

(29) Con riguardo all'art. 4 D.Lgs. n. 170/2004, deve evidenziarsi, che, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, tale norma attribuisce al creditore la facoltà di procedere all'escussione diretta senza la preventiva ammissione al passivo, in deroga al principio del concorso formale (al quale sono invece assoggettati tutti gli altri crediti, compresi, a norma dell'art. 151, comma 3, CCII, quelli esentati dal divieto di azioni individuali esecutive e cautelari): cfr. Trib. Brescia, 27 gennaio 2015, in *il caso.it*; Murino, "Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio", in *Banca borsa*, 2017, I, pag. 287; in senso contrario, cfr. Trib. Latina, 27 marzo 2020, in *Fall.*, 2020, pag. 1003; Bonfatti - Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 2011, pag. 136.