

Effetti per i creditori

**TRIBUNALE BARI 12 gennaio 2006, ord.
Est. Agostinacchio - Fall. Società X c. M. P. S.**

Fallimento - Effetti per i creditori - Crediti fondiari - Cessionario del credito - Diritto alla prosecuzione dell'esecuzione di credito fondiario - Esclusione

I c.d. privilegi processuali per l'esazione coattiva dei crediti fondiari a sensi del R.D. 16 luglio 1905 n. 646 sono stati disposti in considerazione sia della natura del credito che della natura del creditore; non si giustifica il loro mantenimento in favore di un soggetto che, non avendo la qualità di Istituto di credito fondiario, si sia reso cessionario di un credito di tale natura (sulla base di detto principio, è stata negata la possibilità della società che aveva acquisito un credito fondiario, nell'ambito di un'operazione di cartolarizzazione di crediti a sensi della legge n. 130/1999, di proseguire l'azione esecutiva contro un mutuatario fallito).

(Artt. 51 legge fallimentare; 41, 42, 43, 45, 49, 51, 52, 60 r.d. 16 luglio 1905, n. 646)

Il G.E.

letti gli atti e pronunciando fuori udienza;
rilevato, preliminarmente, che:

- l'azione esecutiva su beni ipotecati a garanzia del mutuo fondiario concesso dal creditore pignorante è stata iniziata legittimamente dal Monte Paschi di Siena - Sezione di Credito Fondiario;
- nel corso della procedura si sono verificati due eventi che hanno inciso sulla qualità processuale delle parti: 1) la cessione del credito fondiario dapprima alla National Westminster Bank Plc e in seguito alla SPV IEFEE DUE s.r.l., 2) il fallimento del debitore esecutato (ceduto);
- la questione in esame è se l'azione esecutiva individuale possa essere proseguita dalla cessionaria - che non possiede il requisito di istituto di credito fondiario - ovvero debba essere ricondotta nell'alveo dell'art. 51 legge fallimentare e proseguire in sede concorsuale;
- di conseguenza non viene in rilievo il diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata nei confronti

della società fallita (come nella fattispecie presa in esame da Cass. sez. III 19 agosto 2003 n. 12115, citata dalla curatela ricorrente, in cui l'azione era iniziata nei confronti di soggetto dichiarato fallito, in violazione del principio della par condicio creditorum) ma di stabilire se l'esecuzione individuale possa proseguire (in caso contrario non escludendosi la sua prosecuzione nei confronti del debitore tornato in bonis);

- l'opposizione proposta non pare ammissibile e che anche la richiesta di sospensione non è idonea ad assicurare gli effetti sulla procedura delle suddette modifiche soggettive, del precedente e del debitore, dovendosi accertare esclusivamente, nell'ambito del giudizio di esecuzione, se l'azione individuale possa proseguire; considerato - ciò premesso - che il procedimento è stato incardinato prima dell'entrata in vigore del Testo Unico Bancario (D.lgs. n. 385/93 e successive modificazioni) ed è disciplinato dalle disposizioni di cui al r.d. 646/1905, abrogate solo a far data all'1 luglio 1994 dal T.U.B.;

rilevato che della portata applicativa di tali disposizioni si è occupata di recente la Suprema Corte (Cass. sez. III 26 luglio 2004, n. 14003), con argomentazioni condivisibili - correttamente recepite dalla Curatela ricorrente - evidenziando l'esatta portata del privilegio processuale in base al quale, per i prestiti concessi in conformità con detta legge, ove l'azione esecutiva sia iniziata o prosegua durante il fallimento del debitore, da un istituto di credito fondiario, l'esecuzione individuale prosegue anche dopo la vendita dell'immobile pignorato, con la distribuzione del ricavato secondo le regole proprie di tale forma di esecuzione (art. 42 t.u. n. 646/1905, fatto salvo dall'art. 51 legge fall.), senza cioè la possibilità per il giudice di dichiarare l'improcedibilità dell'esecuzione, come avviene normalmente in caso di fallimento successivo ad un'esecuzione già iniziata; ritenuto, in particolare, che «le disposizioni di cui al r.d. n. 646/1905 hanno natura di norme eccezionali in quanto creano una situazione di privilegio a favore degli istituti di credito fondiario attraverso la deroga dei principi fondamentali della trascrizione (art. 2644 codice civile e 602 c.p.c.); che «ciò comporta 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, poiché la ratio di essi è la tutela, con finalità pubblicitiche, del sistema di formazione e di funzionamento del credito fondiario (collegato al mercato delle cartelle fondiarie prima e delle obbligazioni successivamente); che «non si giustifica, invece, il mantenimento di detti privilegi processuali nei confronti dei soggetti che, non avendo la qualità di istituto di credito fondiario, si siano resi cessionari di un credito fondiario, come è confermato sia dalla 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» (in termini in motivazione Cass. 14003/2004); ritenuto che alla fattispecie in esame non siano applicabili, come evidenziato, norme entrate in vigore successivamente all'instaurazione del procedimento, prive di efficacia retroattiva: in particolare le modifiche dell'art. 58 T.U.B. - alle quali con convinzione fa riferimento il creditore opposto - introdotte con l'art. 12, comma 2 del D.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, secondo cui, in tema di cessione di rapporti giuridici «restano applicabili le discipline speciali, anche di carattere processuale, previste per i crediti ceduti»; ritenuto infatti - come non ha mancato di rilevare la Suprema Corte, nella più volte citata pronuncia - che «il T.U. n. 385/1993 ha sostituito il r.d. 646/1905 per i procedimenti incardinati dopo l'1 gennaio 1994», sì che non solo la fattispecie resta insensibile alla disciplina del TUB ma, a maggior ragione, a quella successiva, di cui all'art. 58, così come riscritto dal D.lgs. 342/99, modifica ben nota al giudice di legittimità; ritenuto pertanto che non rileva a tal fine la data della cessione dei crediti; ritenuto infine che del pari irrilevante è la qualifica di soggetto pubblico o privato del cessionario, in quanto decisiva è la circostanza che la SPV EFFE DUE s.r.l. non ha natura di istituto di credito fondiario e non è meritevole del privilegio processuale ex art. 42 t.u. n. 646/1905, fatto salvo dall'art. 51 legge fall.; P.T.M. dichiara improseguibile l'azione esecutiva individuale; (*omissis*).

Cessione di credito fondiario e «privilegi processuali» di Giorgio Tarzia

In materia di crediti fondiari, l'Autore esamina le diversità fra la disciplina del risalente r.d. n. 646/1905 e quella del testo unico delle leggi bancarie e creditizie del 1993, con particolare riferimento alla possibilità o meno che il cessionario di quei crediti si avvalga dei c.d. «privilegi processuali» spettanti all'originario titolare nella escussione coattiva o in sede concorsuale.

1. Per meglio comprendere l'interrogativo al quale il Tribunale di Bari ha dato risposta con l'ordinanza qui annotata, è necessario un breve *excursus* sulle norme poste a tutela del credito fondiario, e sulla loro evoluzione nel tempo.

Il testo unico delle leggi sul credito fondiario, conte-

nuto nel r.d. 12 luglio 1905 n. 646, per meglio assicurare la riscossione dei crediti fondiari, anche nel caso di fallimento dei mutuatari, aveva stabilito (nell'art. 18) il «consolidamento breve» (in dieci giorni) delle ipoteche a garanzia dei mutui, e con altra disposizione (l'art. 42) aveva statuito che le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario fossero applicabili anche in caso di fallimento dei mutuatari, per i beni ipotecati dagli Istituti (1).

Nota:

(1) Sulla nozione e la disciplina del credito fondiario secondo il r.d. n. 646/1905 v. G. Murè, *Credito fondiario*, in *Enc. dir.*, vol. 11, 295 ss. e le trattazioni ivi citate.

Entrambe queste tutele si giustificavano con la correlazione, a quell'epoca esistente, fra l'erogazione dei mutui fondiari e la provvista a ciò necessaria, che avveniva mediante l'emissione di cartelle collocate sul mercato in proporzione dei mutui erogati, ed il cui rimborso in favore dei risparmiatori si collegava, dunque, al rimborso dei mutui da parte dei beneficiari.

Vari decenni più tardi, con il D.L. 13 agosto 1975 n. 376 (2), alla provvista *specificata* per l'erogazione dei mutui cui erano preordinate le cartelle fondiarie venne a sostituirsi una provvista *generica*, con l'emissione di obbligazioni non più correlate all'ammontare dei mutui concessi.

A tal punto, maturò il dubbio che potesse essere venuta meno la ragione giustificatrice del diverso trattamento degli Istituti di credito fondiario rispetto a tutti gli altri creditori, nel caso di fallimento del debitore; investita della questione (3), che nel caso specifico riguardava la possibilità degli Istituti di agire *in executivis* contro i debitori falliti, con sentenza n. 211/76 (4) la Corte Costituzionale disse che, pur essendo mutato il meccanismo della provvista, poteva continuare a giustificarsi la particolare tutela degli Istituti: ciò in quanto «gli Istituti di credito fondiario, per la loro funzione e per la natura delle operazioni (di credito speciale) che compiono, versano in una posizione ben diversa da quella in cui si trovano le Aziende di credito e, in generale i creditori»; soggiungendo che «nonostante che con tali norme» (cioè con quelle del D.L. n. 376/1975) «il contante provenga da una preventiva provvista frutto di emissione e collocamento di obbligazioni del tutto estranee ai singoli mutui, anche per quanto riguarda interessi e durata di ammortamento, e che quindi non sussiste più quello stretto nesso tra le operazioni attive e passive, permane la particolare intermediazione propria degli Istituti di credito fondiario, per ciò che, tra l'altro, le operazioni di tali Istituti "oltre che con l'impiego dei fondi patrimoniali saranno effettuate con le somme ricavate dalle emissioni obbligazionarie" (art. 2, secondo comma, D.P.R. n. 7 del 1976) e conseguentemente, non essendo ammesso altro mezzo di provvista, agli oneri passivi gli Istituti non possono sostanzialmente far fronte se non con i proventi e l'amministrazione delle operazioni attive».

Con questa pronuncia, fra l'altro, la Consulta mostrava di aderire all'orientamento della giurisprudenza di legittimità (5), peraltro contrastato da un'autorevole corrente dottrina (6) e da una parte della giurisprudenza di merito (7), secondo cui la disposizione dell'art. 42 del r.d. n. 646/1905, con la generica dizione di applicabilità delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario anche in caso di fallimento del mutuatario, doveva intendersi come una deroga al disposto dell'art. 51 legge fallimentare, al pari di quella (peraltro ben più esplicita) contenuta nell'art. 106 del D.L. 29 gennaio 1958 n. 645, poi riprodotta nell'art. 51 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, sulla possibilità di esecuzione esattoriale

per la riscossione di imposte dirette pur in costanza di fallimento del contribuente (8): ed invero, nel testo unico delle leggi sul credito fondiario, mentre la tutela delle ipoteche contro il rischio della revoca era espresso con la ben precisa disposizione sul consolidamento breve, la più generica dizione del citato art. 42 lasciava adito a discussioni sul rapporto fra questa norma e quella dell'art. 51 legge fallimentare, essendo, quest'ultima norma, di natura imperativa e, soprattutto, fondamentale per assicurare la liquidazione concorsuale del patrimonio dell'imprenditore fallito, incompatibile con le esecuzioni singolari dei creditori.

Ad ogni modo, come già detto, l'orientamento prevalente era nel senso di un'interpretazione dell'art. 42 del r.d. n. 646/1905 in modo da farlo prevalere sul disposto dell'art. 51 legge fallimentare; ed anche un secondo scrutinio costituzionale (9) su questa interpretazione tornò a dire, come il precedente, che era ragionevole il diverso e più favorevole trattamento degli Istituti di credito fondiario, dal momento che «la destinazione delle disponibilità finanziarie degli Istituti in questione all'esigenza primaria di assicurare il buon funzionamento del credito fondiario giustifica gli strumenti, eventualmente speciali, di sollecita e sicura soddisfazione delle loro posizioni creditorie».

2. Quella interpretazione veniva evidentemente data per *jus receptum* allorché il legislatore, ponendo mano alla «revisione della normativa in materia di credito fondiario, edilizio ed alle opere pubbliche» con la legge 6 giugno 1991 n. 175, volle (nell'art. 6 secondo comma) confermare il consolidamento breve delle ipoteche a garanzia dei mutui, ma non si preoccupò di conferma-

Note:

(2) Poi convertito con modificazioni nella legge 16 ottobre 1975 n. 492; l'art. 11 del decreto stabiliva che «gli Istituti di credito fondiario e le Sezioni autonome per il finanziamento di opere pubbliche e di impianti di pubblica utilità ai sensi delle leggi 6 marzo 1950 n. 108 e 11 marzo 1958 n. 238, al fine di procurarsi i mezzi finanziari occorrenti all'esercizio delle loro attività, dalla entrata in vigore del presente decreto effettuano le operazioni di provvista sul mercato dei titoli a reddito fisso mediante l'emissione di obbligazioni con la preventiva approvazione dell'Organo di vigilanza, di cui all'art. 44 del regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375, e successive modificazioni ed integrazioni».

(3) Con due ordinanze di rimessione, rispettivamente del Tribunale di Prato 25 febbraio 1974, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1974, II, 91 e del Tribunale di Genova 10 gennaio 1975, in *Giur. cost.*, 1975, 1725.

(4) Corte Cost. 3 agosto 1976, n. 211, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1977, II, 6.

(5) V. fra le altre Cass. 28 gennaio 1993, n. 1025, in questa *Rivista*, 1993, 720; Cass. 18 settembre 1992, n. 10695, in *Dir. fall.*, 1993, II, 337.

(6) V. R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, 913; I. Scalera, *Credito fondiario e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1967, I, 136.

(7) Trib. Roma 4 febbraio 1981, in *Temi rom.*, 1981, 467; Trib. Salerno 20 febbraio 1971, in *Dir. fall.*, 1971, II, 308; Trib. Cremona 29 maggio 1973, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 964.

(8) Sull'argomento v. G. Lo Cascio, *Imposte dirette ed indirette, procedure concorsuali e contenzioso tributario*, in *Giur. comm.*, 1982, 633 ss.

(9) Corte Cost. 21 marzo 1988, n. 393 ord., in questa *Rivista* 1988, 645.

re i privilegi processuali e la deroga alla regola di cui all'art. 51 legge fallimentare.

Ciò sarebbe avvenuto solo un paio d'anni più tardi, con il nuovo testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia contenuto nel D.Lgs. n. 385/1983.

Il nuovo testo unico abrogava espressamente (nell'art. 161) sia il r.d. 16 luglio 1905 n. 645 sia la susseguente legge 6 giugno 1991 n. 175, e per il credito fondiario dettava una nuova disciplina negli artt. 38-41 (10).

Anche in omaggio alla c.d. «despecializzazione» delle banche, veniva diversamente disegnato (e notevolmente ampliato) l'oggetto del credito fondiario.

Quanto poi alle tutele, al consolidamento breve delle ipoteche a garanzia dei finanziamenti si aggiungeva ora la non-revocabilità dei pagamenti, e, quindi, l'inapplicabilità ad essi dell'art. 67 legge fallimentare; inoltre si aggiungeva, per la prima volta, un'espressa regolamentazione dei c.d. privilegi processuali, e ciò con l'art. 41 che sanciva la possibilità della banca di iniziare o proseguire l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore, la facoltà del Curatore di intervenire nell'esecuzione, la possibilità della banca di trattenere, sul ricavo dell'esecuzione, quanto le sarebbe spettato con il piano di riparto fallimentare, versando il residuo al fallimento.

Senza soffermarci qui sui nuovi problemi interpretativi che si sono presentati con l'entrata in vigore di questa normativa (soprattutto in considerazione del fatto che essa ha bensì scavalcato il disposto dell'art. 51 legge fallimentare, ma non si è occupata dell'art. 52 legge fallimentare, e dunque della verifica del credito, che pur dovrebbe essere la necessaria premessa per il suo soddisfacimento nella sede concorsuale) (11), si può, a questo punto, fissare una prima conclusione, che rileva ai fini di quanto si dirà fra poco a commento dell'ordinanza del Tribunale di Bari: pur essendosi nel tempo smarrita, come abbiamo visto, l'originaria ragion d'essere della particolare tutela dei crediti fondiari, resta il fatto che quella tutela ha sempre avuto una connotazione sia *soggettiva* che *oggettiva*; nel senso che, *oggettivamente*, sono stati tutelati prima i mutui descritti dal r.d. n. 646/1905, poi i finanziamenti fondiari descritti dall'art. 38 del D.Lgs. n. 385/1993, e *soggettivamente* sono stati tutelati prima i soli Istituti di credito fondiario, poi tutte le banche, e ciò in omaggio al già ricordato principio della «despecializzazione», che ha creato la categoria unica delle «banche» in luogo della duplice categoria degli «Istituti» e delle «Aziende di credito».

Dunque, nel passaggio fra la legislazione di inizio secolo e quella di fine secolo, vi è stato un notevole ampliamento, quanto ai crediti fondiari, sia dell'oggetto delle operazioni, sia del novero dei soggetti beneficiari di particolare tutela nel caso di fallimento del mutuatario, e le stesse forme di tutela sono state ampliate. In ogni caso, però, al di fuori di quel pur ampliato perime-

tro sia soggettivo che oggettivo, la tutela in questione, sulla base della normativa fin qui citata, viene meno.

3. A questo punto, occorre prendere in esame due altre disposizioni di legge che hanno invece consentito la «trasmissibilità» (non a chiunque, ma a soggetti qualificati, come subito vedremo) di quelle tutele.

La prima norma è l'art. 58 del D.Lgs. n. 385/1993, che nella sua versione originaria, sotto il titolo «cessione di rapporti giuridici a banche», prevedeva «la cessione a banche di aziende, di rami d'azienda, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco», facilitando tali operazioni sul piano delle formalità, cioè degli annotamenti nei pubblici registri per la trasmissione di garanzie reali spettanti al cedente e per le notifiche ai debitori ceduti delle cessioni dei crediti, sostituendo le une e le altre dalla pubblicità dell'operazione mediante un comunicato sulla Gazzetta Ufficiale (con l'aggiunta, semmai, di altre forme di pubblicità stabilite della Banca d'Italia).

La norma, intesa a facilitare il riassetto del sistema bancario attraverso fusioni, incorporazioni e scorpori di banche o di aziende bancarie, fu poi integrata dal D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 342, dedicato a varie modifiche del testo unico delle leggi bancarie e creditizie; e ciò con una rettifica del titolo (in «cessione di rapporti giuridici», senza più l'aggiunta «a banche», in ragione del fatto che veniva poi ampliato, nel settimo comma, il novero dei possibili cessionari, anche diversi dalle banche), e con la sostituzione del terzo comma; il nuovo testo di questo comma, oltre a ripetere la conservazione in favore del cessionario dei privilegi e delle garanzie di qualunque tipo spettanti al cedente, nonché l'esonero dalle formalità di annotamento nei pubblici registri, soggiungeva che «restano altresì applicabili le discipline speciali *anche di carattere processuale* previste per i crediti ceduti».

Infine, la pressoché contestuale legge sulla cartolarizzazione dei crediti (legge 30 aprile 1999 n. 130) dispose, nell'art. 4, che alla cessione dei crediti posta in essere a sensi di quella legge si sarebbero «applicate le disposizioni contenute nell'art. 58, commi secondo, terzo e quarto del testo unico bancario» (12).

Dunque, anche le società per la cartolarizzazione dei crediti previste dall'art. 3 della legge n. 130/1999, al pari dei soggetti qualificati dall'art. 58 del testo unico bancario (nella versione come sopra modificata) a rendersi

Note:

(10) Fra i commenti a questa nuova disciplina, segnaliamo G. Castaldi, *Il testo unico bancario fra innovazione e continuità*, 115, e M. Sepe, *Commento alla nuova legge bancaria*, a cura di Capriglione, sub art. 38.

(11) Su tale questione v. Cass. 15 giugno 1994, n. 5806, in questa *Rivista*, 1994, 1161, con nota di L. Panzani, e sotto l'antecedente normativa G. Bonfante, *Domanda di ammissione al passivo e normativa sul credito fondiario*, in *Giur. comm.*, 1978, II, 895; G. Paoli, *Fallimento e credito fondiario*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, 317.

(12) Fra i vari commenti a tale legge segnaliamo quello di C. Proto, *La nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in questa *Rivista*, 1999, 1173.

cessionari di aziende, rami d'azienda, beni e rapporti giuridici individuabili in blocco, sulla base della disciplina normativa tracciata nell'anno 1999 possono beneficiare, per i crediti che abbiano acquistato, delle «discipline speciali, anche di carattere processuale» che siano proprie di quei crediti.

4. Con queste premesse, si può ora passare all'esame della fattispecie esaminata dall'ordinanza del Tribunale di Bari.

Un Istituto di credito fondiario aveva iniziato una procedura di esproprio contro un mutuatario moroso, sui beni dati in ipoteca a garanzia del mutuo.

Nel corso della procedura, il mutuatario era stato dichiarato fallito, e l'Istituto di credito fondiario aveva ceduto il proprio credito (a quanto è dato comprendere, il credito aveva subito una doppia cartolarizzazione, prima in favore di una banca estera, che a sua volta lo aveva ceduto ad una società italiana).

La cessionaria intendeva portare avanti la procedura espropriativa inizialmente promossa dall'Istituto di credito fondiario in base al R.D. n. 646/1905, ma il Curatore del fallimento del debitore ceduto contestava tale possibilità, e sosteneva che la società cessionaria da un lato non poteva avvalersi del c.d. privilegio processuale *soggettivamente* accordato dall'art. 42 del testo unico delle leggi sul credito fondiario, d'altro lato non poteva neanche addurre una «trasmissione» di quei privilegi processuali, che non era prevista dalla normativa vigente allorquando la procedura di esproprio aveva avuto inizio.

Quest'ultima è stata la tesi accolta dall'ordinanza, e su di essa occorre esprimere alcune riflessioni.

L'ordinanza si appoggia ad un precedente della Cassazione, cioè alla sentenza n. 14003/2004 (13), peraltro resa in una fattispecie parzialmente diversa da quella ora esaminata dal Tribunale di Bari.

La Corte regolatrice ebbe a dire, in quella sentenza, che i c.d. privilegi processuali a suo tempo concessi dal R.D. n. 646/1905 erano norme eccezionali a favore degli Istituti di credito fondiario dettate sia in considerazione della natura del credito che della qualità del creditore, allo scopo di tutelare il sistema di formazione e di funzionamento del credito fondiario, cosicché quei privilegi non potevano spettare «al cessionario del credito vantato dall'Istituto di credito fondiario»; il cessionario, «qualora si sia reso aggiudicatario del bene ed intenda esercitare la facoltà di compensare il proprio credito con il prezzo di aggiudicazione ex art. 585 secondo comma codice procedura civile, può farlo esclusivamente qualora abbia provveduto a far previamente annotare la cessione del credito e dell'ipoteca».

Già dalla formulazione della massima, e poi meglio dalla integrale lettura della sentenza, si vede che in quella fattispecie non venivano in rilievo né la norma dell'art. 58 del D.Lgs. n. 385/1993 (nella versione modificata dal D.Lgs. n. 342/1999), né l'art. 4 della legge n. 130/1999, cioè il richiamo all'art. 58 del D.Lgs. n. 385/

1993 in favore delle società di cartolarizzazione dei crediti.

Si trattava, invece, del cessionario di un credito fondiario, che non rivestiva la qualifica *soggettiva* necessaria per poter fruire dei privilegi processuali concessi dal r.d. n. 646/1905, a tal fine non essendo bastevole, come già osservato, la *oggettiva* natura del credito azionato in via esecutiva; ed allora, si trattava dell'acquirente di un credito ipotecario, ed ai fini del soddisfacimento di quel credito attraverso l'esproprio del bene ipotecato, non potendo il creditore ottenere il diretto versamento a suo favore del prezzo di aggiudicazione da parte dell'aggiudicatario, semmai si sarebbe potuto fare ricorso alla *diversa* previsione dell'art. 585 secondo comma codice procedura civile, cioè dell'accollo del credito ipotecario in capo all'aggiudicatario, in luogo e vece del versamento da parte sua del prezzo, previa autorizzazione del Giudice dell'esecuzione; il che può avvenire per qualsiasi creditore ipotecario, a tal fine non avendo nessun rilievo la «causale» del credito garantito (nel caso di specie, per l'applicabilità dell'art. 585 secondo comma codice procedura civile fu esclusa perché il cessionario del credito non aveva effettuato l'annotazione di cui all'art. 2843 c.c.).

Nel ribadire la qualificazione *soggettiva* necessaria per fruire dei c.d. privilegi processuali nel caso di fallimento del debitore del credito fondiario, la Cassazione aveva anche fatto cenno al diritto transitorio, nel passaggio dalla vigenza del r.d. n. 646/1905 a quella del D.Lgs. n. 385/1993; osservando, a tale riguardo, che l'art. 161 del D.Lgs. n. 385/1993, dopo avere (nel primo comma) abrogato sia il R.D. n. 646/1905 sia la legge n. 175/1991, e dunque tutta l'antecedente normativa in tema di credito fondiario, aveva soggiunto (nel sesto comma) che i contratti già conclusi ed i procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del decreto (fissata nell'1.1.1994) restavano regolati dalle norme anteriori.

Perciò, le procedure esecutive per il coattivo recupero dei crediti fondiari già pendenti alla data del 31.12.1993 avrebbero continuato ad essere governate dai c.d. privilegi processuali concessi dalla legislazione anteriore, invece nei procedimenti incardinati a partire dal 1° gennaio 1994 per il coattivo recupero dei crediti derivanti da finanziamenti fondiari a sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 385/1993 si sarebbero applicate le nuove disposizioni di cui all'art. 41 di quel decreto, e ciò a favore di qualsiasi banca che avesse effettuato un finanziamento fondiario, essendo venuta meno la «specializzazione» dell'attività creditizia prima vigente.

L'ordinanza del Tribunale di Bari ha preso in esame, come si diceva, una fattispecie parzialmente diversa: perché qui la società di cartolarizzazione, a quanto sembra dalla lettura del provvedimento, sosteneva di avere

Nota:

(13) Cass. 26 luglio 2004, n. 14003, in *Rep. Foro it.*, 2004, v. Credito fondiario, 5.

«ereditato» i privilegi processuali spettanti all'Istituto di credito fondiario per la coattiva riscossione del credito che le era stato ceduto, ed allora l'interrogativo si poneva in altri termini.

A parte il richiamo, non del tutto pertinente (come testè abbiamo visto), al precedente della sentenza n. 14003/2004 della Cassazione, il ragionamento del Giudice di Bari si basa, in sostanza, sui seguenti presupposti: a) che la possibilità di «trasmissione» dei privilegi processuali a sensi dell'art. 58 del D.Lgs. n. 385/1993 ed a sensi dell'art. 4 della legge n. 130/1999 si riferisca ai finanziamenti fondiari a sensi dell'art. 39 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, ma non anche ai mutui fondiari precedentemente governati dal r.d. n. 646/1905 e dalla legge n. 175/1991 (mentre nel caso di specie la società di cartolarizzazione deduceva di avere ereditato un credito fondiario a sensi delle leggi in vigore prima del testo unico bancario); b) che la citata norma transitoria di cui all'art. 161 sesto comma del D.Lgs. n. 385/1993 abbia abilitato gli Istituti di credito fondiario a portare avanti i procedimenti esecutivi già in corso con i privilegi processuali in questione, ma non anche a trasmettere quei privilegi con la cessione dei crediti fondiari a terzi, cosicché, sopraggiunto (prima o dopo la cessione del credito) il fallimento del mutuatario, per la procedura esecutiva immobiliare già in corso troverebbe applicazione la disciplina fallimentare comune, cioè il disposto dell'art. 107 legge fallimentare.

Sembra che questo abbia inteso dire l'ordinanza, là dove ha sinteticamente motivato di «ritenere che non siano applicabili le norme entrate in vigore successivamente all'instaurazione del procedimento, prive di efficacia retroattiva», con ciò riferendosi «in particolare alle modifiche dell'art. 58 testo unico bancario ... introdotte con l'art. 12 secondo comma del D.Lgs. 4 agosto 1999 n. 342».

Se così è, la decisione appare condivisibile; riflettendo che, oltretutto, i finanziamenti fondiari a sensi dell'art. 38 del testo unico bancario sono operazioni anche *oggettivamente* diverse rispetto ai mutui fondiari disciplinati dal testo unico del 1905, e questa può essere una ragione aggiuntiva per confermare che la «trasmissibilità» dei c.d. privilegi processuali nell'ambito della cessione dei crediti derivanti dai *finanziamenti fondiari* non possa estendersi *sic et simpliciter* alla cessione dei crediti derivanti dai *mutui fondiari*.

Si potrebbe osservare che un diverso trattamento, sul punto che qui interessa, nella cessione dei crediti derivanti dai «vecchi» mutui fondiari ovvero dai «nuovi» finanziamenti fondiari non è molto razionale; resta però il fatto che ai due tipi di operazioni creditizie corrispondono normative diverse, e che, allorquando il legislatore del testo unico bancario del 1993 ha abrogato la precorsa legislazione sui crediti fondiari, in via transitoria ha voluto mantenere il regime e la disciplina della normativa abrogata, con il già ricordato comma 6 dell'art.

161, soltanto per i contratti già conclusi e per i procedimenti esecutivi in corso alla data di entrata in vigore di quel decreto.

Ed allora, in definitiva, la «trasmissibilità» di cui si è discusso non può che valere per i *nuovi* finanziamenti fondiari, e soltanto per essi.