

N. R.G. 5776/2023



TRIBUNALE ORDINARIO DI BRESCIA
SEZIONE IV CIVILE
VERBALE DELLA CAUSA n. r.g. 5776/2023

tra

Con l'Avv.

RICORRENTE/I

e

Con l'Avv.

RESISTENTE/I

Oggi **3 ottobre 2023**, alle ore **11,35**, innanzi al dott. Davide Foppa Vicenzini, sono comparsi:

L'Avv. _____ per l'opponente nonché l'Avv. _____ per l'opposta.

L'Avv. _____ comunica che in data 28.09.2023 si è tenuto l'esperimento di vendita del compendio pignorato con aggiudicazione all'unico offerente e viene meno la materia del contendere.

L'Avv. _____ rileva che permane l'interesse alla sospensione della procedura, ferma l'aggiudicazione, essendo in discussione l'applicabilità dell'art. 41 TUB.

Il Giudice

Si ritira in camera di consiglio per la decisione che sarà resa all'esito dell'odierna udienza e sarà pertanto ritenuta conosciuta dalle parti da oggi ai sensi dell'art. 176, II comma, primo alinea, c.p.c. Ad ore 18,57, in assenza delle parti, il giudice dà lettura della seguente

ORDINANZA

Con ricorso ex art. 617 c.p.c. _____ ha proposto opposizione avverso il provvedimento del 03.04.2023 del giudice dell'esecuzione della procedura esecutiva immobiliare a R.G. 134/2017, radicata nei suoi confronti, di prosecuzione della procedura su istanza del creditore fondiario, con implicito rigetto della sua istanza di dichiarazione di improcedibilità per intervenuta apertura della procedura di liquidazione controllata del patrimonio della debitrice, lamentando l'inapplicabilità della previsione di cui all'art. 41, comma 2, TUB alla procedura di liquidazione controllata di cui agli artt. 269 ss. CCII. Ha quindi chiesto la sospensione dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza opposta e di riflesso la sospensione della procedura esecutiva.

Costituendosi in giudizio EU Corporate Advisory S.r.l. _____ ha rilevato la perdurante applicabilità dell'art. 41, comma 2 TUB alle procedure concorsuali disciplinate dal CCII ed in particolare alla liquidazione controllata.

All'udienza del 25.07.2023 questo giudice, visto l'art. 270, comma 5, CCII che richiama l'applicazione dell'art. 143 CCII a mente del quale "Nelle controversie, anche in corso, relative a



rapporti di diritto patrimoniale del debitore compresi nella liquidazione giudiziale sta in giudizio il curatore”, sicché il relativo riferimento debba essere al liquidatore; rilevato che, nel caso di specie, il liquidatore giudiziale non ha assunto alcuna iniziativa; ritenuto che, nell’inerzia del liquidatore, possa permanere la legittimazione attiva del debitore, specie in casi di urgenza o di ristrettezza dei tempi processuali quali quelli dettati dall’art. 617 c.p.c.; ritenuto peraltro che siffatta proroga di legittimazione del debitore sia strumentale all’introduzione del giudizio ma debba poi essere autorizzata dal liquidatore; visto l’art. 182 c.p.c., costituente principio generale applicabile anche ai procedimenti camerali, ha assegnato a parte opponente termine sino al 30.09.2023 per ottenere l’autorizzazione del liquidatore ed ha rinviato per discussione all’odierna udienza.

Costituendosi in giudizio il liquidatore della procedura di liquidazione controllata del patrimonio di ha fatto proprie le difese dell’opponente.

Oggetto della presente opposizione agli atti esecutivi è l’ordinanza del 03.04.2023 che ha disposto la prosecuzione della procedura esecutiva.

Si deve allora rilevare che, a fronte dell’intervenuta aggiudicazione dei beni staggiti, peraltro ad opera della stessa opposta creditrice fondiaria, l’ordinanza opposta abbia avuto completa esecuzione ed abbia esaurito i propri effetti, con la conseguenza che non v’è luogo a provvedere sull’istanza di sospensione della relativa efficacia esecutiva.

La questione di diritto

La questione oggetto del procedimento, ossia l’operatività o meno del privilegio processuale di cui all’art. 41, comma 2 TUB 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. 269 ss. CCII, deve quindi essere esaminata esclusivamente ai fini dell’individuazione della soccombenza virtuale, sulla scorta della quale statuire circa le spese del procedimento.

Stante la relativa novità del dettato normativo e soprattutto della sua entrata in vigore, la Corte di Cassazione non ha ovviamente avuto modo di pronunciarsi in merito alla questione prospettata, mentre nella scarna giurisprudenza di merito edita trovano accoglimento entrambe le tesi contrapposte.

La tesi dell’inoperatività del privilegio processuale dell’art. 41, comma 2, TUB

Militano a favore della tesi dell’inoperatività del privilegio processuale di cui all’art. 41, comma 2 TUB, le argomentazioni ben riassunte dal Tribunale di Ancona con ordinanza del 22.06.2023 R.G. 233/2022, ossia che l’art. 150 CCII ha riproposto il contenuto letterale dell’art. 51 L.fall. che nel prevedere un’eccezione al principio generale di improcedibilità delle azioni esecutive non si riferiva unicamente alle disposizioni che regolano il privilegio del credito fondiario, ma ad ogni possibile disciplina speciale, già in vigore o di futura emanazione, di pari rango normativo, che deroghi a tale principio (ad esempio, si ricorda l’art. 51, comma 1 e 2 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 sino al riordino della normativa della riscossione mediante ruolo operata dal D.Lgs. 26 febbraio 1999 n. 46). Il carattere generale della norma, e la sua non espressa riferibilità al privilegio fondiario, sarebbe confermata inoltre dal fatto che a seguito delle modifiche apportate dall’art. 48 del Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, il divieto previsto dall’art. 51 L. fall. (e oggi dall’art. 150 CCII) non concerne soltanto le azioni individuali esecutive, ma anche quelle cautelari e pertanto l’eccezione a tale divieto previsto da altre disposizioni di legge può riguardare azioni che non sono riconducibili al privilegio fondiario (così, il divieto previsto dagli art. 51 L. fall. e art. 150 CCII, e conseguentemente, l’eccezione a tale divieto, riguardano anche le azioni individuali esecutive mobiliari che non afferiscono al privilegio fondiario). Il mantenimento nel Codice della crisi del medesimo testo dell’art. 51 L. fall. non significa di per sé che si sia voluto confermare un privilegio processuale degli istituti di credito, in quanto si tratta di una norma che contiene una previsione di carattere generale di deroga parziale al principio di universalità soggettiva; deroga che il Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza richiama nell’art. 151, comma 3, precisando che anche i crediti esentati dal divieto di cui all’art. 150 devono essere accertati nell’ambito della procedura concorsuale e nell’art. 220, comma 2, disponendo che nel progetto di ripartizione devono essere indicati anche i suddetti crediti. L’esclusione del privilegio processuale fondiario nella liquidazione



giudiziale contemplata dalla legge-delega sarebbe del resto confermata da altri articoli del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. L'art. 369 CCII - che contiene disposizioni di coordinamento volte ad armonizzare la nuova disciplina del codice della crisi e il decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 - ha modificato diverse disposizioni del T.u.l.b.c., eliminando ogni riferimento alla legge fallimentare e al termine "fallimento" o a espressioni da esso derivati, e introducendo, in sostituzione, il nuovo termine "liquidazione giudiziale". Il fatto che tale rideterminazione terminologica non abbia interessato l'art. 41, comma 2 e 3, del Tub e che questa disposizione non abbia subito alcuna modifica sta a significare che "l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore" e quindi nelle sole procedure fallimentari, ma non in ipotesi di liquidazione giudiziale, o altre.

Il mantenimento del testo dell'art. 41 è giustificato dalla presenza di procedure fallimentari ancora aperte in epoca successiva all'entrata in vigore del Codice del CCII, in quanto dichiarate precedentemente, ovvero successivamente a seguito di ricorso presentato dopo il 15 luglio 2022, e ciò in conformità a quanto previsto dalla legge-delega che ha imposto di preservare il privilegio processuale fondiario sino alla scadenza del secondo anno successivo a quello di entrata in vigore del decreto ovvero dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della delega.

La tesi della perdurante operatività del privilegio processuale di cui all'art. 41, comma 2, TUB Militano a favore della perdurante operatività del predetto privilegio processuale del creditore fondiario anche a seguito dell'apertura di procedura di liquidazione controllata del patrimonio del debitore, le considerazioni secondo cui la clausola di riserva di cui all'art. 150 CCII trova pedissequa applicazione anche nelle procedure di liquidazione controllata dei patrimoni, in virtù del rinvio operato dall'art. 270, comma 5, che rappresenta una cesura rispetto alla previgente disciplina di cui alla L. delle procedura da sovraindebitamento, come espresso, ad esempio dal Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto con ordinanza del 24.01.2023 – R.G. 59/2017.

L'art. 369 CCII non è esaustivo e la mera omissione della sostituzione del termine "fallimento" con "liquidazione giudiziale" non vale ad escludere l'applicabilità di una norma al CCII. Si tratterebbe invero di una mera dimenticanza, peraltro non isolata al solo art. 41 TUB. Ad esempio, nel solo Codice Civile sono ben sette gli articoli pienamente operativi nonostante sia presente la parola fallimento e/o si faccia riferimento esplicito a procedure fallimentari: 191, 2394 bis, 2418, 2447 novies e decies, 2471, 2497 e 2545 terdecies.

Inoltre l'art. 7 comma 4° della Legge n. 155/2017 prevede che il Governo, nella stesura del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, avrebbe dovuto potenziare la procedura di liquidazione giudiziale ed "escludere l'operatività di esecuzioni speciali e di privilegi processuali, anche fondiari; prevedere, in ogni caso, che il privilegio fondiario continui ad operare 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 di cui all'articolo 1" e poiché il CCII è entrato in vigore solo il 15 luglio 2022 con l'emanazione della Legge n. 79 del 29 giugno 2022 quanto meno sino al 15 luglio 2024, dovrebbe continuare a trovare applicazione il privilegio processuale previsto dall'art. 41, comma 2 TUB.

L'applicabilità dell'art. 363 bis c.p.c.

Come sopra esposto, la risoluzione della questione di diritto oggetto del presente procedimento è necessaria per la definizione del giudizio, anche se soltanto in ordine al riparto delle spese, atteso che l'accoglimento della prima tesi comporterebbe la soccombenza virtuale di parte opposta, mentre l'accoglimento della seconda tesi comporterebbe la soccombenza virtuale di parte opponente.

Peraltro la predetta questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi, sia nell'ambito delle procedure esecutive, sia nell'ambito delle procedure di liquidazione controllata oltre che nelle altre previste dal CCII, sia nei giudizi di opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi.

L'art. 363 bis c.p.c. prevede invero che "il giudice di merito" può disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione. Tale locuzione si riferisce, a parere dello scrivente, all'ufficio giudiziario e non già alla fase del processo in cui si pone la questione da risolvere. In altri termini nulla osta a che



anche nel procedimento camerale, di natura cautelare, quale quello della fase sommaria dell'opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi, il giudice possa demandare la risoluzione della questione prospettata al giudice di legittimità.

P.Q.M.

DICHIARA non luogo a provvedere sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza opposta.

Visto l'art. 363 bis c.p.c. rimette gli atti alla Corte di Cassazione affinché risolva la seguente questione di diritto: "se il privilegio processuale di cui all'art. 41, comma 2 TUB sia opponibile a fronte dell'*apertura di una delle procedure concorsuali di cui al CCH a carico del debitore* esecutato ed in particolare della liquidazione controllata di cui agli artt. 269 ss. CCII".

Manda alla cancelleria per la trasmissione del fascicolo alla Corte di Cassazione.

Il Giudice
dott. Davide Foppa Vicenzini

