



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

Le operazioni bancarie per l'acquisto della proprietà*

di *Marilena Rispoli Farina*

Professore ordinario di Diritto commerciale e bancario

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ABSTRACT

Banking transactions for the purchase of property, within the "special credit transactions" governed by T.U.B., have suffered over the years a number of changes and innovations.

The relevance of the phenomenon and its relevance is necessary to better understand the discipline, or rather the contract profiles, a thorough examination of the historical evolution legislation which covered the matter under investigation.

The author shows how the real estate lending can not be included among the "purpose loans", if not in the forms of housing credit, and focuses on "substantial" and procedural "privileges that still remain assisting the secured credit. Established the constitutionality of these privileges, the regulation of mortgage credit is still the subject of attention by the courts even to problematic aspects, such as the impact on the validity of the transaction exceeded the eligibility limits. The intrinsic nature of the "target credit" of land credit in fact leads some interpreters to link the funding to the aim pursued.

But the "new frontier" of the discipline of the transactions for the acquisition of property is made by Community law and in particular of the rules that have gradually strengthened the consumer protection of places transparency principals, weaker party in the negotiation under review.

SINTESI

Le operazioni bancarie per l'acquisto della proprietà, annoverabili all'interno delle "particolari operazioni di credito" disciplinate dal T.U.B., hanno subito nel corso degli anni una serie di modifiche ed innovazioni.

La rilevanza del fenomeno e la sua attualità rende d'obbligo, al fine di meglio comprenderne la disciplina, rectius i profili contrattuali, un'approfondita disamina storica dell'evoluzione normativa che ha riguardato la materia oggetto d'indagine.

L'autore evidenzia come sin dall'origine le operazioni di credito fondiario non siano annoverabili tra i "mutui di scopo", se non nelle forme del credito edilizio, e si sofferma sui privilegi "sostanziali" e "processuali" che ancora tuttora assistono il credito fondiario. Superato il vaglio di costituzionalità dei suddetti privilegi, la disciplina del credito fondiario è ancora oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza per profili ancora problematici, quali l'incidenza sulla validità dell'operazione del superamento dei limiti di finanziabilità. L'intrinseca natura di "credito di destinazione" del credito fondiario conduce infatti alcuni interpreti a collegare il finanziamento al fine perseguito.

Ma la "nuova frontiera" della disciplina delle operazioni per l'acquisto della

proprietà è costituita dall'ordinamento comunitario e in particolare delle norme che hanno via via rafforzato i presidi di trasparenza posti a tutela dei consumatori, parte debole nella contrattazione oggetto di esame.

SOMMARIO: Sezione I. Le operazioni bancarie per l'acquisto della proprietà e la riforma dei crediti speciali: 1. Premessa – 2. I crediti speciali nel vecchio ordinamento bancario – 3. Problematiche e istanze di riordino – 4. L'attuazione del modello della «banca universale» e il processo di «despecializzazione» dei crediti speciali – 5. La riforma dei crediti speciali nel T.U. in materia bancaria e creditizia – 6. Gli ultimi sviluppi: il d.lgs. n. 342 del 1999 – Sezione II. Le operazioni di credito fondiario: 7. Aspetti generali – 8. Le origini della legislazione italiana in tema di credito fondiario. Il Testo Unico n. 646 del 1905 – 9. Il «credito edilizio» – 10. Il d.PR. n. 7 del 1976 – 11. La legge n. 175 del 1991 – 12. Il decreto legislativo n. 481 del 1992 – 13. L'attuale disciplina del credito fondiario – 13.1. Premessa – 13.2. La nozione di credito fondiario – 13.3. I profili «soggettivi» delle operazioni di credito fondiario: la «riserva» a favore delle banche; profili di costituzionalità della disciplina e ricostruzione dell'operazione in senso oggettivo (il «rapporto qualificato» tra il credito e la cosa) – 13.4. Disciplina del credito fondiario e categoria del «credito edilizio» – 13.5. Il rispetto delle percentuali di finanziabilità – 13.6. La elezione di domicilio – 13.7. Le tecniche di perfezionamento del contratto di credito fondiario: loro incidenza sulla individuazione delle tipologie contrattuali utilizzabili – 13.8. Finanziamenti fondiari con clausole di indicizzazione – 13.9. Le operazioni di credito fondiario e l'esenzione dall'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare – 13.10. La disciplina delle «riduzioni» e delle «restrizioni» ipotecarie. Il frazionamento del credito e dell'ipoteca. Gli onorari e le spese notarili – 13.11. Estinzione anticipata e risoluzione del contratto – 13.11.1. Segue. Una disposizione "extra-vagante": il nuovo art. 40 bis del Testo Unico Bancario – 13.12. Premessa: i «privilegi» del credito fondiario – 13.13. I privilegi procedurali: caratteri generali – 13.14. Atti preparatori dell'esecuzione – 13.15. Il rapporto tra esecuzione individuale e fallimento – 13.16. Credito fondiario e credito ai consumatori

Sezione I – Le operazioni bancarie per l'acquisto della proprietà e la riforma dei crediti speciali

1. Premessa

Le operazioni bancarie per l'acquisto della proprietà vanno con sicurezza inserite nell'ambito delle "particolari operazioni di credito" disciplinate nel Testo unico bancario di recente oggetto di intervento del legislatore.

E' di comune opinione che tra le innovazioni più rilevanti apportate nel 1993 dal Testo Unico in materia bancaria e creditizia (D.lgs n. 385 del 1993) va certamente

inclusa la disciplina dei crediti speciali, introdotta dal Capo VI del Titolo II che, agli artt. 38–48, contiene le «Norme relative a particolari operazioni di credito», e che, come chiarisce la Relazione illustrativa al decreto, intende operare «una razionalizzazione della legislazione sul credito speciale». Non sarebbe, peraltro, possibile, inquadrare correttamente la disciplina delle “particolari operazioni di credito”, né i profili contrattuali ad essa inerenti, senza un riferimento alla evoluzione normativa che segna il passaggio dai “crediti speciali” di un tempo alle operazioni in discorso.

2. I crediti speciali nel vecchio ordinamento bancario

In realtà, con riguardo al comparto dell'ordinamento creditizio detto dei «crediti speciali», il legislatore ha fatto così largo uso dell'ampia delega conferita dalla legge Comunitaria n. 142/92, da procedere ad un'opera di risistemazione dei crediti speciali, che non si limita ad una mera razionalizzazione, ma assume i caratteri di una vera e propria norma, con tratti marcati di novità rispetto al precedente assetto del settore¹.

¹ La legge 19 febbraio 1992, n. 142, recante «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla CEE», (Legge comunitaria per il 1991) contiene due deleghe al Governo. La prima, prevista nell'art. 1, comma 1, è ad attuare una serie di direttive, tra cui, la direttiva del Consiglio 89/646, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio, per la quale, all'art. 25, comma 1 della legge, si stabiliscono anche i principi informativi, precisandosi inoltre, all'art. 2, gli interventi consentiti «per evitare disarmonie con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare»; la seconda delega (subdelega), cui si fa riferimento nel testo, è invece prevista nel medesimo art. 25, al comma 2, e concerne la emanazione, da parte del Governo, di un «... testo unico delle disposizioni adottate...», coordinato con le altre disposizioni vigenti nella stessa materia, apportandovi le modifiche necessarie a tal fine». Il contenuto e i limiti delle due deleghe, data l'ampiezza con cui sono state formulate, sono stati oggetto di ampia discussione, sia dopo la emanazione del d. 19s. n. 481/92, che ha dato attuazione alla II direttiva di coordinamento bancario, che dopo la redazione del T.U., adottato con il D.lgs n. 385/93. In merito al decreto 481, rinviamo, in particolare agli Atti della tavola rotonda su «Il progetto di decreto legislativo di attuazione della seconda direttiva comunitaria sulle banche», che si leggono in *Dir. banca merc. fin.*, 1993, I, 166, nell'ambito della quale vennero subito avanzati seri dubbi sul rispetto della delega da parte del Governo (v. in proposito, gli interventi di PORZIO, NIGRO, PATRONI GRIFFI, BELLI, SANTORO, e RISPOLI FARINA, *La riforma delle banche pubbliche in Italia. Dalla legge Amato alla II direttiva di coordinamento bancario. Verso una nuova legge bancaria*, in ID (a cura di), *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni*, Napoli, 1993, 64 ss. Perplesità non del tutto condivise da CAPRIGLIONE, *Il recepimento della II Direttiva CEE in materia bancaria. Prime riflessioni*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica*, Roma, 1993. Per la problematica connessa al contenuto e ai limiti della delega per redigere il T.U. in materia bancaria e creditizia, ci

Prima di procedere alla analisi di tali innovazioni – e riprendendo la terminologia adottata dalla Relazione illustrativa al D.lgs n. 385 che, nel chiarire il senso e la portata della nuova disciplina, adotta spesso l'espressione «crediti speciali» – vanno richiamate alcune nozioni e concetti che appaiono essenziali per meglio comprendere l'opera compiuta dal testunificatore.

Va ricordato, ad esempio, che l'espressione «crediti speciali», seppur largamente utilizzata nella pratica bancaria e dalle stesse Autorità di vigilanza, per indicare forme di credito quali il credito agrario, fondiario etc., non ha avuto negli anni di vigenza del vecchio ordinamento bancario un contenuto ben determinato. Non era possibile individuare una categoria giuridica «positivamente definita» di credito speciale, sia perché il legislatore non adottava una definizione del fenomeno, sia perché essa non era desumibile nemmeno in via indiretta dalla legislazione, cosicché alcuni autori² sostenevano piuttosto che la formula, atecnica, stesse ad indicare in termini riassuntivi, una disciplina che si caratterizzava, in sostanza, in negativo, per la sua diversità rispetto al diritto comune delle operazioni di credito. L'oggetto della disciplina dei crediti speciali, contenuta nell'ambito di una vasta produzione legislativa, portava inevitabilmente chi intraprendeva l'opera, assai gravosa, di analizzare tutti i crediti che apparivano «speciali», in quanto «diversi» dal credito ordinario³, ad escludere la possibilità di individuare al loro interno un «sistema» retto da regole e principi uniformi, ma

limitiamo in questa sede a rinviare a GUARINO, che stigmatizza fortemente sia l'operato del legislatore delegante che quello del legislatore delegato, in *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, relazione al Convegno su *La nuova legge bancaria: disciplina e controllo dell'attività delle banche e degli intermediari creditizi*, Milano, ottobre 1993, e a MINERVINI, *Dal decreto 481/92 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 825, nonché ID, *Il vino vecchio degli otri nuovi*, in RISPOLI FARINA (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Napoli, 1995, 3.

² In particolare, COSTI, *Le istituzioni finanziarie degli anni ottanta*, Bologna, 1984, 189. La bibliografia in materia di crediti speciali è molto ampia; per tutti, A. GIANNINI, *I crediti speciali*, Milano, 1960; TONDO, *I crediti speciali*, Roma, 1959; LA ROCCA, *Credito speciale e credito agevolato: profili istituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1983, 138; GALASSO, *I finanziamenti pubblici*, in *Nov. dig. it.*, App. II, 1982, 764; CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 602. M. S. GIANNINI, *Problemi della banca come impresa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1981, I, 388, segnalava l'urgenza del problema della «riorganizzazione» dei crediti speciali.

³ COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 447 ss.

piuttosto il (paziente) interprete era indotto a rassegnarsi, in genere, ad un'analisi di tipo settoriale, mettendo in luce l'evoluzione e i caratteri di un singolo «credito speciale»: l'agrario, il fondiario, etc..

È l'approccio di carattere storico ad aver dato sicuramente un valido contributo alla comprensione del fenomeno, e in primo luogo delle ragioni che stanno alla radice della «specialità». È stato possibile, infatti, rinvenire, alla base di ogni credito speciale, una scelta «politica» del legislatore che ha inteso, in primo luogo, riservare determinati flussi finanziari alle esigenze di particolari comparti produttivi; al fine, poi, di conciliare l'interesse pubblico al finanziamento di determinate attività, con le esigenze di stabilità degli enti erogatori e di sicurezza dei risparmiatori al rientro dei capitali prestati, per operazioni maggiormente rischiose delle ordinarie operazioni di credito, il legislatore stesso ha dato vita a un macrosettore dell'ordinamento creditizio, che come rilevava Amedeo Giannini – uno dei primi studiosi che ha tentato un'analisi a largo raggio dei crediti speciali, nei primi anni '60, in una fase, quindi, di grande espansione del fenomeno – si caratterizza per una particolare «conformazione» della disciplina dei soggetti erogatori e delle operazioni di credito⁴. L'analisi dell'ordinamento positivo dei crediti speciali, nella vasta e disordinata stratificazione normativa in cui esso si è storicamente atteggiato, al di là di dubbi e incertezze interpretative, ha consentito, tuttavia, sul finire degli anni '70, di raggiungere un risultato minimo, consistente nel rilevare, almeno, la presenza di alcuni tratti caratterizzanti⁵, se non unificanti, del sistema, quali:

- la riserva di flussi finanziari a settori produttivi ben individuati;
- un particolare regime dei soggetti erogatori (denominati Istituti di credito speciale), prevalentemente di natura pubblica, precisamente individuati dalla legge e, almeno inizialmente, legittimati (sia per legge che per atto amministrativo) ad operare per settori di attività e in regime di esclusiva (c.d. specializzazione funzionale);

⁴ A. GIANNINI, *I crediti speciali*, cit.

⁵ Di particolare aiuto è l'analisi di LA ROCCA, *Credito speciale*, cit.

– particolari privilegi, a favore di tali istituti, sia di ordine sostanziale, che processuale, per assicurare una tutela particolarmente intensa delle ragioni di credito;

– la precisa individuazione per legge dei soggetti beneficiari;

– una peculiare disciplina dei contratti di finanziamento, per i quali, sovente, appariva prescritta per legge, oltre che la forma tecnica, anche l'obbligo di realizzare un determinato obiettivo, dando luogo, in tale ipotesi, ai c.d. «mutui di scopo legale», come era desumibile, ad es., per il credito agrario.

– la presenza di un sistema di controlli pubblici sull'osservanza delle disposizioni di legge, anche con la previsione di sanzioni (talvolta di natura penale, come per il credito agrario) in ipotesi di inosservanza dell'obbligo di destinazione.

Come si è già sottolineato, non tutti i crediti speciali, frutto di interventi legislativi successivi e disorganici, presentano i caratteri suindicati. Non sempre essi possono rientrare nel novero dei «mutui di scopo legale» ma, spesso, prevalgono le misure di rafforzamento della garanzia alla restituzione delle somme e privilegi di natura procedurale, quali l'esenzione dalla applicabilità dell'azione revocatoria fallimentare in ipotesi di fallimento, come nel caso del credito fondiario⁶, tradizionalmente credito speciale, ma non «di scopo»⁷.

A completare il quadro di sintesi dello «stato» del settore prima della riforma apportata dal T.U., va anche rilevato che non tutti i tratti originari si sono mantenuti inalterati nel tempo, in quanto, progressivamente, si è attenuata la rigida «specializzazione funzionale» degli Istituti di credito per settori di attività⁸,

⁶ COSTI, *op. ult. cit.*, 455 ss.

⁷ Secondo l'opinione dominante, i mutui di scopo sono contratti di credito volti a creare una disponibilità di capitali per un'attività di cui l'utilizzazione sia vincolata, o per espressa previsione di legge (mutui di scopo legali), o per volontà delle parti (mutui di scopo convenzionali). Notevoli le conseguenze in ipotesi di inadempimento dell'obbligo di destinazione, che giungono fino a determinare la risoluzione del contratto. Si rinvia all'amplissima bibliografia in materia, ricca di importanti contributi, a partire dall'opera di FRAGALI, tra cui in particolare, *Il mutuo di scopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1961, I, 471, fino a quella di MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, in *Enc. Giur.*, XX, 1993. Ci sia consentito un rinvio anche ai nostri *Mutuo di scopo*, in *Tratt. Rescigno*, XII, UTET, Torino, 1985, p. 692 e *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. Priv.*, Torino, 1994, 556.

⁸ PORZIO, *La disciplina giuridica dell'esercizio del credito*, Napoli, 1991, 138, sottolinea anche il passaggio da una iniziale situazione di monopolio dei soggetti erogatori, alla possibilità di operare da parte di altri istituti. Per i caratteri organizzativi, *ivi*, ampiamente.

principio risalente alla legislazione del credito fondiario e di quello agrario, degli anni '20 e '30⁹ – e quindi preesistente alle leggi bancarie del 1936–1938¹⁰, e in seguito per anni costantemente osservato – la cui «erosione» è da addebitare ad una tendenza, tipica degli intermediari creditizi, ad entrare in nuovi settori, considerati particolarmente remunerativi.

A concludere questo rapido quadro d'insieme, va anche ricordato che i crediti speciali apparivano espressione di un secondo, fondamentale, «principio» desumibile dalle leggi bancarie, quello della «specializzazione temporale» o «separazione per scadenze», basato sulla distinzione tra raccolta del risparmio (e contemporanea erogazione del credito) da un lato a breve e dall'altro a medio–lungo termine, di competenza rispettivamente, la prima, delle aziende di credito, (art. 5 Lb.), la seconda degli Istituti di credito (art. 41 l.b.); principio posto a tutela della stabilità e della liquidità degli enti creditizi e per il quale andava anche distinta l'erogazione del credito di esercizio delle imprese da quella del credito destinato al capitale di impianto, e che ispirava anche la legislazione dei crediti speciali, che in molti casi erano costituiti da finanziamenti a medio e lungo termine.

Ma se la maggior parte dei crediti speciali si concretizzava in finanziamenti a durata protratta, tuttavia, si può osservare, da un lato, che alcuni crediti speciali, quali il credito agrario (e in seguito il credito che ne costituisce una «gemmazione», il credito peschereccio) erano destinati a finanziare sia l'esercizio dell'impresa, che l'acquisto e/o il miglioramento dei fondi [quindi non necessariamente il credito speciale era (solo) a medio e lungo termine]; dall'altro, che l'erogazione del credito agrario era consentita anche ad aziende di credito (operanti nel breve termine ex art. 5 l.b.) per le operazioni di «esercizio», si pensi in particolare alle Casse Rurali e Artigiane, elencate tra le «aziende» operanti nel breve dall'art. 5 l.b., che in base

⁹ Per una analisi, GRECO, *Le operazioni bancarie*, Padova, 1931, 400 ss. Per il credito agrario, OSTI, *Credito agrario e diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, 83; ZAPPULLI, voce *Credito agrario*, in *Nuovo dig. it.*, Torino 1938, p. 395; FERRARA, *L'ordinamento del credito agrario e i suoi difetti essenziali*, in *Foro Italiano*, Roma 1930.

¹⁰ PORZIO, *op. cit.*, 135 ss.

al T.U. del 1937 (art. 16) potevano porre in essere operazioni nel credito agrario di esercizio e, eventualmente, di miglioramento¹¹.

Di fronte ad un quadro così variegato e in progressivo mutamento, si può, in sintesi, affermare che i due principi (specializzazione temporale e funzionale) erano «tendenzialmente» presenti nell'ordinamento creditizio e che poi, progressivamente, nel generale trend verso la «despecializzazione», che ha coinvolto tutto il settore creditizio, come tendenza ad occupare fette di mercato originariamente precluse, sono stati coinvolti anche gli "speciali"¹².

3. Problematiche e istanze di riordino

Relativamente al settore dei crediti speciali, per anni si è sollecitata l'esigenza di un riordino, sia per la sovrapposizione caotica di leggi, che non attribuivano sufficienti certezze agli operatori economici, sia per adeguarsi alle mutate esigenze, tanto del settore finanziario che di quello produttivo, per il quale alcuni tipi di finanziamento apparivano ormai storicamente datati.

A partire dagli anni '70, quando iniziano le grandi trasformazioni di tutto il settore creditizio, vengono avanzati organici progetti di riforma che investono anche gli «speciali», come il credito fondiario, prima, e poi l'agrario; nel contempo la giurisprudenza comincia a mettere in discussione il persistere dei privilegi procedurali che accompagnavano ancora l'esercizio di crediti quali il fondiario, dopo l'importante riforma del 1976, con la quale si comincia ad abbandonare strumenti tradizionali della raccolta (cartelle fondiarie), e ad avvicinarsi alle forme di diritto comune (obbligazioni), in sostanza attenuando quella «specialità» che era alla radice di un trattamento differenziato nell'ambito delle procedure concorsuali, al fine di attuare una maggiore tutela dell'ente finanziatore.

Un nodo fondamentale e quasi inestricabile, per le implicazioni connesse, era costituito dall'intreccio tra credito speciale e credito agevolato creatosi sin dall'origine dei crediti speciali che, quasi al loro nascere, infatti, si trasformarono

¹¹ PORZIO, *op. cit.*, 120.

¹² COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit.; ID, *Le operazioni*, cit., 281.

in crediti speciali agevolati, quando non nacquero come crediti agevolati, in seguito alla scelta, da parte dello Stato, di rendere meno costoso, per gli utilizzatori, il costo del credito prevedendo numerose agevolazioni, prevalentemente di natura finanziaria.

Le agevolazioni, in una prima fase più generalizzate e meno selettive, sono state in seguito rivolte a realizzare specifici obiettivi di selezione e/o indirizzo delle attività produttive, in conformità di scelte operate in via programmatica dai pubblici poteri¹³. La sovrapposizione degli incentivi finanziari all'attività di finanziamento svolta in via ordinaria segnò l'attribuzione agli enti creditizi e in particolar modo agli Istituti di credito speciale (ICS), di importanti funzioni nella gestione del rapporto di incentivazione, essenzialmente secondo i due modelli della partecipazione del sistema bancario nella fase istruttoria e/o di erogazione delle somme concesse e nell'espletamento dei controlli sugli stati di avanzamento delle opere finanziate, connessa alla concessione di mutui a tasso agevolato a valere su fondi pubblici; oppure della diretta erogazione di mutui a tasso agevolato, con la contribuzione dello Stato al pagamento degli interessi e/o la prestazione di garanzie da parte dello Stato o di soggetti designati dalle leggi. In sostanza, se già i crediti speciali, come settore fortemente pubblicizzato, si prestavano ad essere strumento della politica economica dello Stato, la scelta veniva a rafforzarsi con l'utilizzazione delle agevolazioni finanziarie in chiave programmatoria, come dimostra tutta la legislazione in materia, degli anni '60 e '70.

Gli istituti di credito si sono quindi trovati nella difficile posizione di conciliare

¹³ Sulle agevolazioni finanziarie, la bibliografia è molto ampia; sulla natura delle agevolazioni come sovvenzioni, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, II, 1173; PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, Milano, 1968, II, 248; GALASSO, *Finanziamenti pubblici*, cit., 780. Per l'inquadramento del contratto di finanziamento agevolato nel contratto di diritto pubblico, v. OTTAVIANO, *Argomenti a favore di una configurazione pubblicistica*; COSTI, LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982, 1447. Per una visione critica ed articolata del contratto di finanziamento assistito da agevolazioni finanziarie, rinviamo alla vasta produzione di MAZZAMUTO, operata sulla base degli schemi delle principali leggi di agevolazione e sintetizzata in *La rilevanza pubblicistica dello scopo nei rapporti di credito agevolato*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il finanziamento agevolato delle imprese. Profili giuridici*, Milano, 1987, 577.

la propria natura di imprese, con quella di «strumenti» della pubblica amministrazione¹⁴ e, a partire della fine degli anni '70, si è diffuso il convincimento che l'attività, in particolare degli ICS, non potesse più essere strumento della politica economica e che fosse opportuna una rivalutazione degli elementi di autonomia ed imprenditorialità degli istituti di credito, e più in generale di tutte le componenti del sistema creditizio.

Di fronte all'aggravio di responsabilità che deriva dalla «gestione del credito agevolato», vanno ricordati, da un lato, le posizioni della Banca d'Italia¹⁵, che nella prospettiva di un recupero degli elementi di imprenditorialità del sistema bancario, ha più volte sottolineato l'improrogabile necessità di separare le responsabilità politiche della P.A. da quelle gestionali degli enti erogatori del credito agevolato; dall'altro, il tentativo di attuare tale intento sul piano normativo, culminato nel «decreto Andreatta» del 1981, cui non si è dato poi seguito¹⁶.

Ma soprattutto va ricordata la problematica connessa alla rilevanza pubblica dell'attività posta in essere dagli istituti di credito nell'ambito del credito agevolato. La giurisprudenza penale, infatti, si era attestata su decisioni, nelle quali si affermava la natura di pubblico servizio in senso oggettivo dell'attività

¹⁴ Per la problematica, LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, n. 12, 1986; COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 447 ss.; con particolare riguardo alle istanze di "privatizzazione", v. RISPOLI FARINA, *La riforma delle banche pubbliche in Italia. Dalla "rivoluzione silenziosa" alla legge Amato*, in RISPOLI FARINA (a cura di), *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni*, Napoli, 1993, 13.

¹⁵ Più volte ribadite: v. i riferimenti in RISPOLI FARINA, *La riforma delle banche pubbliche*, cit., 13.

¹⁶ Sebbene negli anni '80 si fosse profilata l'ipotesi di una riforma del credito agevolato, successivamente alcune importanti leggi di riordino della materia, come la l. n. 64/86, recante la Disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno, riconfermarono sostanzialmente il ruolo e le funzioni degli ICS nel procedimento di concessione delle agevolazioni pubbliche. V. il *Commento alla legge 64/86*, a cura di LIBERTINI, in *Le nuove leggi civili comm.*, 1990, 1 ss. Per il ruolo degli ICS, in particolare jn NIVARRA, *Commento all'art. 9*, cit., 163 e RISPOLI FARINA, *Commento all'art. 9*, in (a cura di LIBERTINI) *Commento alla L. 64/86*, 150, e *Nuova legge per l'intervento straordinario e ruolo degli istituti di credito speciale*, in *Riv. dir. imp.*, 1989, 39, nonché PROSPERI, *Notazioni introduttive delle agevolazioni finanziarie*, in *Riv. Giur. mezz.*, 1990, 36. La linea della separazione tra credito ed incentivo è stata seguita dalla legge n. 44/86, nota come legge "De Vito", v. il commento (a cura di BOCCHINI), in *Le nuove leggi civili comm.*, 1988, 1. Sono stati successivamente presentati disegni di legge per separare la concessione del credito dalla assegnazione degli incentivi. Il Testo Unico in materia bancaria e creditizia si è limitato (art. 47) a ribadire e perfezionare, estendendola alla gestione dei fondi pubblici di incentivazione, l'abilitazione generalizzata delle banche all'erogazione dei finanziamenti pubblici.

bancaria¹⁷, indipendentemente dal carattere pubblico o privato dell'istituto di credito cui essa afferiva, argomentando (anche) dall'esercizio dell'attività svolta nel campo del credito agevolato dagli operatori sia pubblici che privati.

Nelle decisioni più recenti, a partire dal 1989, operato un deciso *revirement* rispetto alla qualificazione dell'attività creditizia nel suo complesso, come funzione pubblica, si distingue ancora tra ordinaria attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito – nello svolgimento della quale (per la sua natura privatistica) agli operatori degli enti creditizi, pubblici e privati, non sono riferibili le qualificazioni soggettive di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio – (..) ed attività inerente «la gestione di crediti speciali e agevolati, e in genere, tutti i crediti di scopo legale», di cui si riafferma il carattere pubblico, con particolari conseguenze in merito alla disciplina penale da applicare agli operatori del settore.

Problematiche tutte ancora attuali, anche di fronte al fenomeno più recente del «ridimensionamento» del credito agevolato, ovvero di una progressiva riduzione numerica delle leggi che utilizzano siffatta forma di intervento pubblici nell'economia, o comunque dell'abrogazione di parte delle forme di incentivazione previste da una medesima legge, cui si assiste in conseguenza di una pluralità di fattori.

Va menzionato, in particolare, l'atteggiamento adottato dalle Autorità della UE, protese a una più rigida osservanza della normativa comunitaria, e quindi più rigorose nella valutazione di conformità agli obiettivi del Trattato delle

¹⁷ V. Cass., 10 ottobre 1981, n. 10647, in *Foro it.*, II, 1981, c. 560, con nota di CAPRIGLIONE. Di seguito, come si sottolinea nel testo, la Cassazione Penale ha rivisitato la problematica, distinguendo tra: 1) ordinaria attività di raccolta del risparmio ed erogazione del credito, di cui si è affermato il carattere privatistico; 2) compiti in materia valutaria e fiscale, di cui si afferma la natura pubblica; 3) attività inerente la gestione dei crediti speciali e agevolati, e in genere "tutti i crediti di scopo legale", di cui è altresì affermato il carattere pubblico. In senso critico SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico servizio e attività di impresa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, II, 45, che sottolinea la necessità di distinguere nell'ambito dei crediti speciali, per identificare la presenza di "mutui di scopo legale", nonché l'opportunità, comunque, di differenziare fasi di "natura pubblicistica" (istruttoria, controlli) e fasi in cui prevale l'attività "privata" dell'ente (stipulazione del contratto di credito). Si veda anche AMOROSINO, *Il credito agevolato nel Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banc.*, 1995, 194 ss.

agevolazioni pubbliche ai settori produttivi, che ha comportato la soppressione di parte delle agevolazioni previste dal nostro ordinamento; come anche va sottolineata l'esigenza di riduzione delle spese statali e, quindi, anche delle risorse disponibili per gli incentivi di natura finanziaria, avanzata in un'ottica di risanamento del bilancio pubblico, da realizzare in ottemperanza agli impegni sottoscritti con gli accordi di Maastricht¹⁸.

4. L'attuazione del modello della «banca universale» e il processo di «despecializzazione» dei crediti speciali

Il processo di «despecializzazione» del sistema dei crediti speciali avviato parzialmente negli anni '70, ha visto in seguito tappe salienti nella legge n. 218/90 di riforma della banca pubblica (c.d. legge Amato), nella legge n. 175/91 di revisione della normativa del credito fondiario ed edilizio¹⁹, e nel D.lgs. n. 481/92, di recepimento della II direttiva di coordinamento bancario, per raggiungere il suo epilogo con il T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, che costituisce l'oggetto principale della nostra indagine.

In primo luogo, il d.lgs n. 356/90, di attuazione della legge Amato di riforma della banca pubblica, all'art. 18, comma 1, ha consentito (soltanto) alle società bancarie

¹⁸ Sulla complessa tematica si segnalano, tra gli altri, ANNESI, *L'indagine conoscitiva del Senato sugli "aiuti di Stato". Le incentivazioni alle imprese meridionali e l'ordinamento comunitario*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1991, n. 1, 37; SERVIDIO, *Incentivi all'industria meridionale e mercato unico*, *ivi*, 1991, n. 3, 661; SAPIENZA, *La "cabina di regia nazionale" come strumento delle politiche di attuazione degli interventi strutturali comunitari*, *ivi*, 1996, 9; BARIATTI (a cura di), *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998. Sul progetto di riforma del credito agevolato del 1995 si veda AMOROSINO, *La riforma futuribile del credito agevolato*, in *Il lavoro bancario*, 1995, 3

¹⁹ Per la legge n. 218/90 si rinvia ai saggi contenuti in AMOROSINO (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Milano, 1991, e RISPOLI FARINA (a cura di), *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni*, *cit.*, con i commenti di BELLI, BROZZETTI, CORVESE, MAZZINI, RISPOLI FARINA, ROVINI, PORZIO, SANTORO, SPENA. Per la despecializzazione, "istituzionale, operativa, funzionale e temporale" promossa inizialmente dalla l. 218/1990 e poi proseguita dal D.lgs n. 481/1992, RISPOLI FARINA, *La riforma delle banche pubbliche in Italia*, in *Dall'ente pubblico*, *cit.*, 64 ss. Per la legge di revisione del credito edilizio, nella prospettiva cui fa riferimento il testo, v. TARDIVO, *La revisione della normativa in materia di credito fondiario, edilizio e alle opere pubbliche*, in *Dir. banc.*, 1992, II, 134 ss., ove ampia disamina delle problematiche della disciplina speciale e delle pronunzie giurisprudenziali in materia.

a medio e lungo termine²⁰ – risultanti dai processi di ristrutturazione in forma di s.p.a. di banche pubbliche, che la legge 218 favorisce attraverso procedure di trasformazione vera e propria, fusione o trasferimento d'azienda – di ampliare la propria operatività in qualunque segmento dei crediti speciali, oltre quelli già previsti negli statuti degli enti pubblici originari, sulla base di una esplicita previsione nello statuto della società, approvato dalle autorità di vigilanza nel corso della procedura di ristrutturazione. Si è così dato il via al superamento di quelle segmentazioni che caratterizzavano il settore degli speciali, e che non consentivano l'esercizio congiunto di più forme di credito ad un solo ente creditizio, in particolare (art. 18, comma 2) facendo anche cadere le limitazioni di tipo territoriale, che pure venivano previste dalle leggi e dagli statuti.

In seguito, la citata l. n. 175/91 di riforma del credito fondiario, all'art. 26, ha consentito, previa autorizzazione della Banca d'Italia, a tutte le società per azioni abilitate all'esercizio del credito a medio e lungo termine, di estendere l'oggetto sociale 'a forme di credito differenti da quelle precedentemente svolte, e nel contempo ha previsto la trasformazione in s.p.a. in primo luogo delle Sezioni di credito fondiario esistenti presso ICDP e Casse di risparmio e in seguito degli Istituti di credito fondiario.

Un assetto più compiuto a tali frammenti di disciplina innovativa nel prevedere società bancarie «plurisettoriali», è stato dato con il D.lgs n. 481/92, che secondo l'espressione utilizzata nella stessa Relazione governativa al decreto, nel recepire nell'ordinamento italiano la II direttiva bancaria di coordinamento (n. 646/89), ha introdotto nel nostro sistema il modello della «banca universale», attuando i principi della «despecializzazione istituzionale, operativa e temporale» contenuti nella direttiva stessa. Conviene soffermarsi su questo importantissimo provvedimento, che costituisce un vero e proprio «preliminare» del Testo Unico di seguito approvato, anche con riguardo all'oggetto del nostro tema di indagine.

²⁰ Sull'operatività delle società bancarie risultanti dai processi di trasformazione degli enti creditizi pubblici in s.p.a., v. CASTALDI e TREQUATTRINI, *Disciplina delle società bancarie operanti a medio e lungo termine*, in BANCA D'ITALIA, *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, Roma, 1992, 155; e RISPOLI FARINA, *La riforma delle banche pubbliche*, cit., 45.

Il primo tipo di «despecializzazione» realizzato dal D.lgs n. 481/92 consiste nell'adozione della forma della s.p.a. (art. 9), considerata, per caratteristiche intrinseche, la forma necessaria, in quanto preferenziale, per lo svolgimento dell'attività creditizia, seguendo le tracce già segnate dalla legge Amato, e dalla l. n. 175/91 per il credito agrario e fondiario. Il legislatore ha dato ormai per scontato che la s.p.a. costituisca il modello d'elezione per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale, nell'ambito del nuovo ordinamento del credito orientato ai principi di un «mercato concorrenziale» seppur "sottoposto a vigilanza prudenziale"²¹, quale quello che si è inteso assumere come modello di sviluppo del settore.

Il terzo livello di «despecializzazione» realizzato con il D.lgs n. 481/92 ha inciso sulla «specializzazione temporale» che, in linea di tendenza (v. ante, par. 1), caratterizzava il precedente assetto dell'ordinamento creditizio – poiché ha consentito a tutti gli «enti creditizi» (categoria unica che sostituisce ormai quelle delle aziende – di cui all'art. 5 – e degli Istituti di credito speciale, di cui all'art. 41 l.b.) le varie forme di raccolta finora praticate dal sistema bancario, sulla base di apposita previsione nello statuto, approvato dalle autorità di vigilanza. In particolare veniva consentita a tutti gli enti creditizi l'emissione di obbligazioni (art. 4), titoli di cui veniva dettata una speciale disciplina, demandando nel contempo alle autorità di vigilanza il potere di regolamentarne in via amministrativa l'emissione.

Era così superata la precedente (tendenziale) distinzione tra enti che raccolgono (per operare) a breve e enti che raccolgono (per operare) nel medio e lungo termine, rendendo possibile a un medesimo ente creditizio di operare nei due settori, senza articolarsi in una molteplicità di soggetti giuridici (come avveniva in precedenza, col ricorso anche alla tecnica delle Sezioni speciali,

²¹ Così MERUSI, *La relazione del Testo Unico: problemi di tecnica legislativa*, in *Dall'attuazione della II direttiva CEE in materia bancaria al Testo Unico*, a cura di ANTONUCCI, Bari, 1993, 31. Per le modalità e finalità del nuovo sistema di controlli, RISPOLI FARINA, *op. ult. cit.*, 75. Il d. lgs. n. 481/1992 elimina la distinzione tra aziende ed istituti di credito, non consente la costituzione ex novo di enti creditizi in forma di enti pubblici, tuttavia prevede che gli enti pubblici "iscritti all'albo di cui all'art. 29 l.b." possano "continuare ad esercitare l'attività bancaria". La relazione Governativa al d.lgs n. 481/92 è riprodotta in ANTONUCCI (a cura di), *Dall'attuazione*, cit., 261 ss.

costituite presso aziende di credito), finanziandosi sia con l'emissione di titoli tipici della raccolta a breve che con quelli in uso per la raccolta a medio e lungo termine.

Il D.lgs n. 481/92 ha infine realizzato (art. 5, commi 1 e 2) la despecializzazione c.d. «operativa», consentendo a tutti gli enti creditizi l'esercizio, oltre che dell'attività bancaria, intesa nel senso tradizionale accolto dalle nostre autorità creditizie (come raccolta del risparmio e contestuale erogazione del credito), anche delle (una o più) altre attività ammesse al beneficio del mutuo riconoscimento – cioè delle altre attività che la direttiva considera caratterizzanti il modello della «banca universale» – quali leasing, factoring, etc. [indicate nell'allegato alla direttiva medesima e riprodotte pressoché integralmente alla lettera f) dell'art. 1 del decreto 481].

Inoltre, e qui entriamo più nel vivo della problematica dei «crediti speciali», coerentemente col recepimento del modello della «banca universale», come sottolineava ancora la Relazione Governativa, si consentiva (così l'art. 6, comma 1, del decreto) a tutti gli enti creditizi l'esercizio di qualsiasi attività di finanziamento, regolata da leggi speciali, (consistente prevalentemente in finanziamenti a medio e lungo termine), riguardante «settori, categorie di istituti o singoli istituti di credito», realizzando più compiutamente la «despecializzazione funzionale» promossa dalla legge Amato e dalla l. n. 641/91. Condizione essenziale era, anche in tale ipotesi, l'esistenza di una specifica previsione negli statuti degli enti, che venivano sottoposti ad approvazione delle autorità creditizie, sia in sede di costituzione degli enti medesimi che di modificazioni statutarie (art. 9 e art. 21, D.lgs 481).

A tali finanziamenti, inoltre, proseguiva il decreto (art. 6, comma 2) si «applicano integralmente le disposizioni legislative che li disciplinano», comprese: «le misure fiscali e tariffarie e i privilegi di procedura... » che le varie leggi relative a crediti speciali avevano dettato nel tempo, dando luogo ad un'ampia e discussa stratificazione normativa.

Di conseguenza, sottolineava ancora la Relazione Governativa, restavano

inalterate le condizioni operative concernenti forme tecniche, garanzie, durata e limiti di finanziabilità degli interventi creditizi. Cadevano, invece, le distinzioni tra le varie obbligazioni (fondiarie, agrarie) in base alla specializzazione dell'ente emittente, restando comunque ferme le distinzioni relative alle operazioni attive (credito mobiliare, industriale, etc.). Infine (v. art. 6, comma 3), allo scopo di evitare distorsioni concorrenziali tra gli operatori, precisava ancora la Relazione al decreto, si estendeva, superando le settorialità previste dalle leggi speciali, alla generalità degli enti creditizi (nazionali ed esteri) la possibilità di erogare crediti agevolati, alla duplice condizione che fosse stipulata apposita convenzione tra gli enti e la Pubblica Amministrazione e che le operazioni agevolate rientrassero tra quelle effettuabili dai singoli enti a tasso di mercato (attività «svolte in via ordinaria», recitava la norma).

È evidente, ribadiva la Relazione illustrativa, lo spostamento della disciplina, dai «soggetti», ai quali spesso si riferivano particolari regimi fiscali, tariffari e procedurali di agevolazione²², alle particolari «attività», di cui si dichiarava la permanenza in vigore, cosicché la legge che regolava i contratti di finanziamento veniva a rappresentare il riferimento disciplinare delle singole operazioni per ogni ente creditizio che operasse nel settore, mentre nel contempo si eliminava ogni riserva di accesso al settore dei crediti speciali.

Appare evidente la misura della «despecializzazione» che è stata realizzata, in particolare dal decreto di recepimento della II direttiva di coordinamento bancario, alle soglie della compilazione del Testo unico, previsto, come si è detto (v. par. 1) dall'art. 25, comma 2, della l. n. 142/92. In sostanza, agli occhi dei redattori del T. U. si presentava un sistema ormai despecializzato sul piano operativo: tutti gli enti creditizi, previa indicazione nello statuto approvato dalle autorità di vigilanza, potevano operare in tutti i segmenti dei crediti speciali (credito agrario, fondiario, etc.) e del credito agevolato, alle condizioni dettate dall'art. 6 del d.lgs. n. 481. All'ampliamento della capacità operativa degli enti creditizi, corrispondeva,

²² Sottolineata da FERRO LUZZI, in *Commento al d.lgs n. 481/92*, in *L'impresa*, 1983, 45

comunque – va ricordato – un ampio spettro di poteri di controllo in capo alle autorità di vigilanza, che recuperavano in parte, secondo una certa lettura del decreto, la discrezionalità che, nel recepimento della I direttiva di coordinamento bancario realizzato con il D.lgs n. 350/85, avevano perso²³.

Se di riforma dei crediti speciali si vuole parlare, i 3/4 di essa erano già stati realizzati con il D.lgs n. 481, promuovendo una omogeneizzazione sia sul piano della disciplina dell'organizzazione, che dell'operatività degli istituti di credito speciale. Appare ormai scisso, come ha scritto Renzo Costi²⁴ quello «stretto legame tra la disciplina degli enti e la disciplina del rapporto di finanziamento che caratterizzava fortemente i crediti speciali». Permaneva, tuttavia, ancora inalterata la disciplina delle operazioni, secondo il regime predisposto dalle leggi per i crediti speciali, con tutte le problematiche ad esso connesse, secondo il quadro delineato.

5. La riforma dei crediti speciali nel T.U. in materia bancaria e creditizia

A questo punto del proprio iter il riformatore si trovava ad un guado: proseguire nell'opera di ristrutturazione o mantenere inalterato il sistema dei crediti speciali sotto il profilo oggettivo. Appariva evidente come l'occasione data dalla delega conferita al governo dalla legge comunitaria del 1991 per predisporre un T.U. di coordinamento del vecchio ordinamento del sistema bancario con le novità apportate dal D.lgs n. 481, con la possibilità di apportare modifiche alla legislazione previgente, fosse apparsa fin troppo appetibile, per non portare a compimento il lavoro di riforma fino ad allora intrapreso. Ed è su questa linea che

²³ Il tratto caratterizzante la disciplina dei controlli contenuta nel capo III del d. 19s. n. 481 era dato dall'ampliamento del novero e dell'intensità dei poteri degli organi di vertice e in particolare della Banca d'Italia. Il decreto si è posto nel trend che si è manifestato negli anni '90, di una sostanziale delegificazione del settore dell'intermediazione finanziaria, che si è presentato come controtendenza del processo inverso, tipico degli inizi di quel decennio, di «alluvione legislativa» e di un ritorno alla «amministrativizzazione» del settore, caratterizzante la legge bancaria del 1936. Per tale *revirement* si è parlato di «controriforma» nell'ordinamento del credito e di un ritorno alla legge del 1936 (v. le note critiche in merito formulate da CASTIELLO, *op. cit.*, 47). La struttura portante del T.U. del 1993 ha confermato l'evolversi del processo iniziato dal decreto di attuazione della II direttiva di coordinamento bancario.

²⁴ COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 400.

si è posto il legislatore testunificatore che «a completamento del disegno legislativo avviato con il D.lgs 481, come enuncia la Relazione Illustrativa al T.U.²⁵, procedeva al «coordinamento della legislazione dei crediti speciali», provvedendo ad eliminare «le antinomie e le incongruenze» presenti, così da pervenire ad «una disciplina comune delle operazioni affini, comprensiva, tra l'altro, dei privilegi sostanziali e di procedura».

In sostanza, come risulta dalla disciplina predisposta al Capo VI del T.U., il «coordinamento» si è realizzato con un non indifferente lavoro di «taglia e cuci» sul tessuto dei crediti speciali, che seppure opportuno alla luce delle consistenti critiche al regime previgente, lascia adito a non poche perplessità. Appare in primo luogo discutibile la legittimità dell'operazione, e non tanto per l'annoso quesito in merito al tipo di testo unico cui la legge di delega abbia inteso fare riferimento – poiché appare chiaro che l'art. 25, comma 2, della legge comunitaria, lascia spazio ad un T.U. di coordinamento, ma con potenzialità innovative del materiale da coordinare – quanto piuttosto in relazione ai limiti dell'operazione di innovazione. Fino a che punto poteva spingersi l'opera di modifica? È stato legittimo modificare anche quello che appariva suscettibile di coordinamento, e che quindi non necessariamente andava soppresso? In secondo luogo, perplessità maggiori sorgono dalla scelta del testunificatore che, se è vero che ha eliminato molte

²⁵ Per il testo del d. lgs. 385/93 e della Relazione Illustrativa, v. ABI, *Norme essenziali per la banca*, Bancaria Editrice, 1993, 13 e 89. Per una visione d'insieme della disciplina si veda CASTALDI, *Il testo Unico bancario tra innovazione e continuità*, Torino, 1995; e inoltre CAPRIGLIONE (a cura di) *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994 e FERRO LUZZI - CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1995. Al di là della riforma realizzata sul piano della disciplina dei crediti speciali, va rilevato come il superamento del modello di banca specializzata, come inteso nel vecchio ordinamento, non esclude che gli operatori autorizzati, dalle autorità di controllo, possano adottare modelli di diversificazione dell'attività in base ad una logica di specializzazione funzionale. La nozione di «credito speciale» trova ancora una sua giustificazione in quanto per le operazioni di credito disciplinate dagli artt. 38 ss. vengono dettate norme particolari che valgono ancora a differenziarle dalle operazioni ordinarie. I principali tipi di credito speciale conosciuti prima della riforma erano costituiti da: credito fondiario, credito alle opere pubbliche alle imprese di pubblica utilità, credito navale, credito minerario, alla cooperazione, credito industriale, alle piccole e medie imprese, all'artigianato, al commercio, alberghiero, il credito sportivo, peschereccio, cinematografico, all'esportazione e il credito su pegno. Si veda in proposito DE VECCHIS, *Crediti speciali*, in *Dig. disc. pubblic.*, Torino, 1989, 359. Per una efficace ricostruzione storica v., anche COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 447 ss.

antinomie, ad una analisi più attenta ha consentito il permanere e rafforzarsi di numerose «incongruenze» nel sistema dei crediti speciali, rispetto alle quali la redazione del T.U. rappresenta un'occasione mancata, al fine di abolire alcune disposizioni o istituti che, legati alla storia dei crediti speciali, risultano non più adeguati al contesto normativo in cui sono oggi inseriti.

Venendo più in dettaglio alla disciplina, si può osservare che il D.lgs n. 385/93 ha operato su due livelli: in primo luogo, consente a tutte le «banche» (che nel D.lgs n. 385/93 sostituiscono gli «enti creditizi» previsti dal D.lgs n. 481) di accedere a tutte le forme di credito, anche speciale, ribadendo nella sostanza quanto introdotto con l'art. 6 del D.lgs n. 481; contemporaneamente, e qui la novità è più evidente, il decreto opera una drastica riduzione dei crediti speciali esistenti, che vengono ricondotti a pochi tipi fondamentali, apportando nel contempo sensibili modifiche nella disciplina delle operazioni, così come prevista nella precedente legislazione.

La capacità di ogni banca ad erogare (anche) i crediti speciali, può farsi discendere dall'art. 10 del decreto n. 385, laddove enuncia che l'attività bancaria consiste nella raccolta di risparmio tra il pubblico e nell'esercizio del credito (comma 1) e, di seguito, che detta attività, senza escludere quindi nessun «tipo» di credito, «è riservata alle banche» (comma 2); inoltre, al comma 3, si aggiunge che «le banche possono esercitare, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna di esse». Ne deriva, quindi, che le attività dei c.d. crediti speciali, se si fanno rientrare nell'attività «bancaria», tout court, come pare si possa affermare, possono essere esercitate dalle banche; allo stesso risultato si potrebbe pervenire se, sorti dubbi in proposito, venissero invece ricomprese in quella «finanziaria».

Per attività finanziaria, va specificato, si intendono sicuramente sia le attività ammesse al mutuo riconoscimento, come sottolinea la Relazione illustrativa al T.U. per l'art. 10, e il D.lgs n. 385 considera come tali una serie di attività elencate all'art. 1, comma 2, lett. f (con qualche lieve modifica rispetto al decreto 481), riproducendo in sostanza la lista allegata alla II direttiva di coordinamento), sia

altre attività comunemente intese come finanziarie. In entrambe le due ultime ipotesi i crediti speciali potrebbero rientrare nel concetto di attività finanziaria, sia perché tra le attività che il T. U. considera ammesse al mutuo riconoscimento (e quindi finanziarie) al citato art. 1, letto l), al n. 2 vengono espressamente menzionate le «operazioni di prestito», sia perché certamente si estrinsecano in un'attività «finanziaria» in senso lato.

Tuttavia, e questa argomentazione testuale appare ancora più decisiva, al fine di ricomprendere l'esercizio dei crediti speciali nell'attività di erogazione del credito e, quindi, nell'attività bancaria ai sensi dell'art. 10, comma 1, come si preciserà meglio tra breve, il T.U., al Capo VI, nel dettare la disciplina delle «particolari operazioni di credito» (ovvero delle operazioni di credito speciale mantenute in vita dopo l'operazione di maquillage) espressamente (v. artt. 38, comma 1; 42, comma 1; 43, comma 1) ne consente l'esercizio a (tutte) le banche, eliminando nel contempo quelle riserve di attività previste dalle leggi speciali a favore di alcuni enti (ICS) sulla scia di quanto già disposto dal D.lgs n.481.

In conclusione, pare di poter affermare che con la disciplina delle «particolari operazioni di credito», il legislatore abbia riaffermato l'opportunità che accanto ad operazioni di credito di «diritto comune», permangano «operazioni di credito speciale», seppur sottoposte ad una revisione critica. Gli elementi di diversità, che tuttora permangono, non valgono ad impedire che le operazioni disciplinate dagli artt. 38 ss. rientrino «nell'esercizio del credito» e quindi (se connesse ad attività di raccolta) nell'attività bancaria di cui all'art. 10, comma 1; in virtù di tale inquadramento esse sono riservate alle banche, ai sensi del comma 2, e non consentite ad altri intermediari finanziari, quali quelli un tempo previsti dall'art. 106 ss. e 107 del TU²⁶ (ed ora unicamente nell'art. 106).

²⁶ Per la cui disciplina si rinvia a ANTONUCCI, *Gli intermediari finanziari dalla legge antiriciclaggio al testo unico* e CARRIERO, *Disciplina e operatività degli intermediari finanziari*, in RISPOLI FARINA (a cura di), *Studi sugli intermediari non bancari*, Napoli, 1998, 11 e 21. Il d. 19s. 4-8-1999, n. 342 (G.U. 4 ottobre 1999, n. 233) che ha apportato modifiche al Testo Unico bancario, aveva consentito (art. 21) agli intermediari di cui all'art. 107, iscritti nello speciale elenco previsto da tale norma, che svolgevano attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di esercitare anche il credito agevolato, secondo le disposizioni dell'art 47 T.U.B.

Il secondo livello su cui opera il TU., consiste, come si è già sottolineato, in un'operazione di risistemazione dei crediti speciali preesistenti, che vengono esplicitamente abrogati, in tutto o in parte, come risulta dall'art. 161 del decreto, che contiene una lunga elencazione di tutte le discipline (in tutto o in parte) soppresse. Di conseguenza, al Capo VI (Norme relative a particolari operazioni di credito), viene dettata una nuova disciplina per alcuni, tra i più importanti tipi di crediti speciali (artt. 38 ss.) – che viene a sostituire quella preesistente, con le innovazioni di cui a breve si dirà – e il cui l'esercizio viene non solo consentito, ma anche implicitamente riservato, come si è detto, alle banche (artt. 38, 42, 43; ma v. anche art. 153, per la disciplina transitoria).

La Relazione illustrativa sottolinea con note molto stringate l'ulteriore e saliente passo che ha inteso compiere il TU. dopo le innovazioni introdotte con il D.lgs n. 481, procedendo ad una operazione di «razionalizzazione» del settore. A tale scopo si è provveduto, si dice, ad eliminare l'ampia frammentazione delle fonti preesistenti, superando alcune precedenti segmentazioni e raggruppando le operazioni in alcuni tipi fondamentali: credito fondiario, credito alle opere pubbliche, credito agrario e credito peschereccio, e credito pignoratizio. Inoltre, si è inteso eliminare la disomogeneità che in esse si riscontrava tanto relativamente alle tecniche contrattuali previste dai vari crediti speciali, realizzando una semplificazione ed una tendenziale omogeneizzazione delle tecniche contrattuali adottate nei singoli settori dei crediti speciali, quanto per quello che concerneva forme di privilegi, sostanziali e di procedura, come da tempo da più parti si auspicava. Quindi è stata dettata una disciplina comune delle tipologie di operazioni affini, comprendente, tra l'altro i privilegi (sostanziali e di procedura).

Il Capo VI, quindi, contiene le «Norme relative a particolari operazioni di credito», che vengono raggruppate in «pochi, fondamentali tipi»: il credito fondiario e alle opere pubbliche (Sezione I, artt. 38–42), il credito agrario e peschereccio (Sezione II, artt. 43–45), il credito su pegno (Sezione III, art. 48). Presenta particolare

Allo stato tale legittimazione, nel quadro della più generale riforma degli "intermediari del Titolo V" operata dal D.lgs 141 del 2010, è rinvenibile nell'art. 110 del T.U..

interesse, inserita nella Sezione III che disciplina «altre operazioni», la normativa prevista all'art. 46, che porta il titolo «Finanziamenti alle imprese: costituzione di privilegi», che introduce una nuova forma di privilegio convenzionale e speciale su tutti i beni mobili non iscritti in pubblici registri che, come afferma la Relazione illustrativa, sostituisce tutti i previgenti privilegi, convenzionali o legali, generali o speciali. Tale privilegio può essere costituito a garanzia di finanziamenti a medio e lungo termine ad imprese, ma può essere utilizzato anche nell'ambito del credito alle opere pubbliche (art. 42, comma 3), del credito agrario e peschereccio (anche a breve termine, art. 44, comma 1). Si può porre il quesito se anche la «concessione di finanziamenti a medio e lungo termine alle imprese» assistito da tale nuova forma di privilegio, assurga a categoria autonoma nell'ambito dei crediti speciali ristrutturati dal T.U.²⁷.

6. Gli ultimi sviluppi: il D.lgs n. 342 del 1999

L'illustrazione della evoluzione normativa della disciplina dei «crediti speciali» non può concludersi senza il richiamo alle innovazioni, apportate dal D.lgs n. 342 del 1999, di modifica al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, recante il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia²⁸. Va rilevato in primo luogo che, nell'ambito di tale provvedimento, è stata disposta una modifica direttamente incidente sulla specifica materia del credito fondiario (si tratta, in particolare, della «riforma» dell'art. 40).

In secondo luogo, inoltre, il decreto ha costituito, per il legislatore, l'occasione per un intervento più generale sulla materia dei crediti speciali, facendo seguito a critiche ed osservazioni formulate in sede dottrinale, sulla base della prima applicazione della nuova disciplina: così, ad esempio, in materia di credito a medio e lungo termine alle imprese. Nel senso di un ulteriore intento di despecializzazione "operativa" è stata innovata anche la materia del credito

²⁷ Si pone su tale linea interpretativa con cautela COSTI, *op. ult. cit.*, 491 ss.

²⁸ Sul tema, diffusamente, COLAVOLPE, nel suo *Commento*, in *Società*, 1999, 1391 ss. Per le critiche alla tecnica redazionale del Testo Unico bancario, si veda, tra gli altri MINERVINI, *op. ult. cit.*, 12.

agrario e peschereccio, mentre la materia del credito agevolato è stata armonizzata con la direttiva comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi.

Anche la materia del credito su pegno non è stata immune dall'intervento del legislatore: eliminando, da un canto, la necessità del «nulla osta» della Banca d'Italia, e, dall'altro, anche la necessità della licenza del questore (prevista, invece, essenzialmente per motivazioni involgenti l'ordine pubblico).

Così inquadrata la disciplina delle "particolari operazioni di credito" ci si intratterrà ora, quindi, sulle operazioni di credito fondiario.

Sezione II – Le operazioni di credito fondiario

7. Aspetti generali

Ha scritto Renzo Costi che non si può comprendere appieno la disciplina delle nuove operazioni di credito se non si tiene conto della storia dei singoli tipi di credito. Il suggerimento appare particolarmente efficace per la «storia» del credito fondiario, che rappresenta, inoltre, uno dei primi esperimenti di credito speciale. Certamente l'analisi dei molteplici tentativi di fornire una interpretazione unitaria della evoluzione normativa delle operazioni di credito fondiario evidenzia all'interprete la marcata tendenza a ricercare le fonti e le radici di tale operazione creditizia in epoca assai risalente²⁹; anzi, talora la dottrina ha mostrato di considerare il credito fondiario come la più antica operazione creditizia³⁰.

Tali affermazioni possono essere accolte se riferite a particolari «conformazioni» o modi di atteggiarsi dell'operazione con riguardo soprattutto ai meccanismi contrattuali inerenti, poiché, evidentemente, appare oltremodo difficoltoso individuare una linea evolutiva che, senza soluzione alcuna di continuità, sia capace di condurre dai «primi esperimenti» dell'operazione³¹ sino

²⁹ Cfr. per tutti, MOGLIE, *Credito fondiario ed edilizio*, Milano, 1989, 3 ss.

³⁰ Cfr. TONDO, *I crediti speciali*, in *Enc. Banca e Borsa*, III, Roma-Milano, 1994, 609; MOGLIE, *op. cit.*, 1989, 3.

³¹ Individuati soprattutto in Germania ed in Francia, ma da taluno anche in Italia: FALASCHI, *Credito edilizio*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1935; PETRAGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997, 13.

alla attuale sistemazione normativa risultante dalle norme di cui agli articoli 38 e seguenti del D.lgs n. 385 del 1993.

Ciò che si può legittimamente tentare in questa sede, quindi, è soltanto una ricostruzione della parte «certa» di quel percorso evolutivo, che prende le mosse da epoche più recenti, ma capace di dare conto delle modifiche nel tempo apportate alla struttura tecnica e normativa dell'operazione di credito fondiario.

A tale riguardo, peraltro, occorre premettere che anche con riguardo al credito fondiario – così come per tutti gli altri «crediti speciali» – l'interesse della dottrina è stato riservato significativamente al tentativo di individuare i tratti differenzianti l'operazione rispetto a quelle correntemente in uso nel comparto del c.d. «credito ordinario».

Già la dottrina degli anni '30³² tendeva a rimarcare la specialità della legislazione sul credito fondiario, evidenziandone le peculiari tecniche di erogazione e altrettanto specifiche tipologie contrattuali, che, per la rilevanza dello scopo del prestito (almeno per quanto riguarda il credito edilizio come «sottotipo» del credito fondiario), presentavano elementi di difformità rispetto alla prassi adottata dalle (allora) aziende di credito.

Le peculiarità del credito fondiario, in particolare, venivano ravvisate – come si avrà tra poco modo di evidenziare – oltre che nelle limitazioni poste dalla legge (art. 1 del T. U. del 1905) all'esercizio di tale forma di credito (solo enti abilitati dalla legge, o sezioni di istituzioni creditizie sottoposte a vigilanza governativa), nei mezzi con cui si operava la raccolta dei capitali (le cartelle fondiarie, al tempo stesso strumento di attuazione del prestito, con la consegna al mutuatario); nel collegamento economico e giuridico tra operazioni attive e passive; nel rafforzamento del credito attraverso mezzi di esecuzione forzata più rigorosi.

Si è posto, poi, con altrettanta frequenza, il problema, più volte ripreso in seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza (e sempre differentemente risolto), della riconduzione degli schemi contrattuali delineati dalle leggi speciali ai tipi già

³² Significativo il contributo del GRECO, *Le operazioni bancarie*, Padova, 1931.

disciplinati dai codici.

Come si è già accennato e come si vedrà poi più ampiamente, l'individuazione di tali peculiarità ha storicamente trovato il suo riflesso anche in una particolare specializzazione degli istituti finanziatori: in particolare, per quanto riguarda gli «istituti di credito immobiliare» (che si distinguevano per ciò stesso dagli «istituti di credito commerciale»), agli stessi veniva assegnata la funzione di agevolare il conseguimento del credito ai proprietari, allo scopo di consentire – come si esprimeva il Greco – l'acquisto, la conservazione, la costruzione o la trasformazione degli immobili³³. Ciò, evidentemente, importava la previsione di enti opportunamente destinati a compiere operazioni passive adeguate a tali finalità, nonché alla maggiore durata che le corrispondenti operazioni attive esigevano. Emergeva, dunque, con particolare evidenza, lo stretto legame tra specializzazione dell'ente erogatore e destinazione specifica del finanziamento.

D'altra parte occorre rimarcare come la rilevanza giuridica dello scopo si poneva esclusivamente – nell'ambito delle operazioni «fondiarie» – per le operazioni di credito edilizio; mentre altrettanto non poteva dirsi con riguardo alle operazioni di credito fondiario «puro»: il fenomeno si presentava soltanto con riguardo a qualche particolare forma di credito fondiario, come la concessione di mutui destinati al miglioramento di fondi rustici, previsti dal d. m. n. 472 del 1910, che condizionava l'erogazione delle somme al piano dei lavori da eseguire e all'obbligo del mutuatario di compierli entro un certo periodo dalla data di stipulazione del contratto, con divieto di sospenderli senza giustificazione e di distrarre la somma dagli scopi.

Cionondimeno, l'esclusione di una rilevanza dello scopo per le operazioni di credito fondiario ("puro") nulla toglie alla «finalizzazione» (intesa in senso lato) delle operazioni di mobilitazione della proprietà immobiliare: caratteristica che apparirà evidente da un esame sintetico delle principali linee evolutive della normativa regolante le operazioni in parola.

³³*Op. cit.*, 134.

8. Le origini della legislazione italiana in tema di credito fondiario. Il Testo Unico n. 646 del 1905

In questa prospettiva il primo punto di riferimento che si pone all'interprete è da individuarsi senz'altro nella legge italiana n. 2983 del 14 giugno 1866, «precedente» della prima sistemazione organica della materia, attuata con il Testo Unico delle leggi sul credito fondiario approvato con r.d. 16 luglio 1905, n. 646 (e relativo regolamento n. 472 del 1910).

Già nell'analisi di tali provvedimenti, infatti, è possibile rinvenire un motivo ricorrente, inerente la «finalizzazione» dell'operazione: quello, cioè, di essere operazione destinata a consentire la cosiddetta «mobilizzazione» della proprietà immobiliare; consentire, cioè, l'accesso al credito a soggetti che vedevano nella proprietà dell'immobile (o del fondo) l'unica fonte di ricchezza; la rata di ammortamento del finanziamento veniva infatti ad essere raggugliata con il reddito prodotto dall'immobile (dovendo anzi essere inferiore a quest'ultimo, ai sensi dell'art. 6 del r.d. n. 472 del 1910). Era perciò consequenziale che la capacità dell'immobile a supportare un'operazione fondiaria risultasse condizionata dalla circostanza che lo stesso immobile fosse «in reddito».

Le operazioni, previste dal Testo Unico del 1905, venivano «canalizzate» attraverso specifiche tipologie contrattuali, quali essenzialmente:

- a) mutui assistiti da garanzia ipotecaria acquisita su immobili, erogati per una somma non superiore alla metà del loro valore;
- b) contratti di anticipazione, veicolati da aperture di credito in conto corrente, pure garantite da ipoteca, e sempre con garanzia acquisita su immobili, fino ad un importo massimo non superiore alla metà del loro valore.

Da rimarcare, al riguardo, come i mutui fondiari previsti nella originaria formulazione del Testo Unico del 1905 non fossero assimilabili agli ordinari contratti di mutuo, così come poi disciplinati dal successivo codice civile del 1942, per la circostanza che l'oggetto del mutuo non era una somma di denaro o una data quantità di cose fungibili, ma titoli di credito, ossia le cartelle fondiarie, mentre

oggetto della obbligazione di restituzione da parte del mutuatario restava la consegna di somme di denaro secondo la scansione temporale delle rate di ammortamento del mutuo.

Tale peculiarità, invece, non riguardava le operazioni poste in essere nella forma di apertura di credito in conto corrente, stante la «consensualità» e non «realità» del contratto.

La «liquidazione» delle cartelle fondiari doveva quindi necessariamente intervenire a mezzo di un ulteriore negozio, di borsa (in relazione alla cui esecuzione l'istituto lucrava una propria commissione), attraverso il quale il mutuatario provvedeva ad alienare le cartelle stesse all'istituto mutuante³⁴.

A margine di tali considerazioni, inerenti la forma tecnica del mutuo, giova pure rimarcare come la stessa attribuzione a tale negozio del carattere della realtà si mostri di per sé stessa «imprecisa»: e ciò per la ragione che la conclusione del contratto veniva articolata in due fasi: la prima, caratterizzata dalla conclusione di un negozio avente carattere «preliminare» (e, pertanto, consensuale), denominato tecnicamente «contratto condizionato»; la seconda, caratterizzata, invece, dalla erogazione delle cartelle, e, dunque, dalla realtà, denominata «contratto definitivo». L'evoluzione normativa sarà molto più tardi (con la legge n. 39 del 1962) contraddistinta dall'abbandono del vincolo all'emissione delle cartelle soltanto all'atto del contratto definitivo, liberalizzando, così, l'emissione di tali particolari titoli di credito al momento della stipula del contratto preliminare («condizionato»).

Nella operatività pratica, alla stipulazione del contratto condizionato si perveniva «non appena tratta la certezza della convenienza» dell'operazione dall'istruttoria sulla provenienza, quindi sulla legittimità, del titolo di proprietà del richiedente sul fondo offerto in garanzia³⁵. Dal contratto condizionato, in quanto

³⁴ Operazione che comportava, tra l'altro, la traslazione al mutuatario del rischio inerente il collocamento della cartella sul mercato: GIANNINI, *Dal credito fondiario al credito immobiliare*, relazione al seminario *Il credito speciale nella despecializzazione bancaria. Problematiche istruttorie*, 9-11 ottobre 1996, 3.

³⁵ MOGLIE, *Op. cit.*, 365.

contratto con effetti obbligatori, sorgevano distinte obbligazioni facenti capo all'istituto ed al soggetto finanziato.

In particolare, l'istituto assumeva l'impegno ad erogare il mutuo al verificarsi delle condizioni richieste nel contratto preliminare³⁶: al riguardo perplessità, in ordine 'al verificarsi di con-dizioni «meramente potestative», potevano nutrirsi con riguardo alle specifiche clausole che rimettevano comunque alla valutazione dell'istituto mutuante l'opportunità di addivenire alla erogazione³⁷.

Non sono peraltro mancati tentativi di riconsiderare unitariamente i «due tempi» dell'operazione di credito fondiario, volte a ricomprendere il contratto «condizionato» ed il contratto «definitivo» all'interno di un unico schema negoziale, e, più precisamente, ad individuare nei due contratti «due fasi di un medesimo negozio giuridico»³⁸.

Ma occorre ora porre in risalto il collegamento, storicamente risalente, tra le capacità operative del soggetto erogatore e le specifiche tecniche dell'operazione.

Si è anticipato come il credito fondiario si mostri fin dalle origini legato ad una specializzazione soggettiva dei soggetti erogatori: l'esercizio di tale operazione, infatti, era consentito esclusivamente a taluni istituti specializzati, la cui raccolta si realizzava attraverso la emissione di particolari titoli di credito, le «cartelle fondiarie».

Più in particolare, il meccanismo tecnico della operazione di credito fondiario veniva a fondarsi sulla strettissima correlazione tra erogazione del credito e effettuazione della raccolta, essendo le singole cartelle emesse in ragione di ciascuna, individuata, operazione di finanziamento.

In specifico, come già anticipato, l'erogazione non avveniva in «denaro», bensì in «cartelle», le quali venivano collocate sul mercato (il più delle volte dallo stesso

³⁶ Di qui il termine «condizionato»; ma occorre ricordare l'autorevole posizione del GRECO, *Le operazioni di banca*, Padova, 1931, 415, secondo cui il contratto condizionato non poteva concepirsi come contratto preliminare, ma esclusivamente come contratto di credito sottoposto a condizione sospensiva.

³⁷ Cfr. MOGLIE, *op. cit.*, 365.

³⁸ In questa prospettiva MOGLIE, *op. cit.*, 366.

istituto mutuante), sì da realizzare, attraverso il controvalore, la correlativa provvista. Dunque, come è stato esattamente osservato «questi istituti operavano non con capitali dei quali erano già in possesso, ma con quelli che acquisivano attraverso l'emissione delle cartelle fondiari»³⁹.

Il credito incorporato nella cartella era garantito da ipoteca di primo grado, ed in ordine al recupero del credito già nella legislazione risalente venivano assicurati agli istituti finanziatori taluni «privilegi», sia di carattere «sostanziale» che di carattere più prettamente «processuale».

L'istituto finanziatore, infatti, garantiva il portatore della cartella in ordine al pagamento degli interessi, anche nell'ipotesi di mora del soggetto finanziato, e, pertanto, l'apprestamento di strumenti adeguati di tutela in ordine al recupero del credito doveva ritenersi strettamente funzionale al sistema di garanzia «non riscosso per riscosso» che gli istituti riconoscevano ai mutuatari.

In particolare, la peculiare struttura apprestata con riguardo al processo esecutivo per il recupero del credito dell'istituto, evidenziava dei fortissimi margini di deroga rispetto alla disciplina dell'ordinario procedimento esecutivo, il più significativo dei quali doveva ravvisarsi nella previsione contenuta nell'art. 42 del Testo Unico, ove si ribadiva che le disposizioni normative in tema di credito fondiario avrebbero trovato applicazione anche in ipotesi di fallimento del soggetto finanziato, così consentendo – per unanime interpretazione giurisprudenziale – l'inizio e la continuazione della procedura esecutiva immobiliare individuale anche in costanza della procedura fallimentare.

La particolare conformazione dell'operazione, se riesce a dare conto delle motivazioni tecniche di tali peculiari «privilegi di procedura», spiega anche la sussistenza di privilegi che, pur indubbiamente rilevanti anche a livello procedurale (e, segnatamente, nella procedura fallimentare) si caratterizzavano per il loro aspetto «sostanziale»: così la esenzione dall'esercizio della revocatoria in ordine alla garanzia ipotecaria (solo che fossero trascorsi dieci giorni dalla

³⁹ Cfr. BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo TU. bancario*, Padova, 1999, 37.

relativa iscrizione) e ai pagamenti effettuati a fronte del finanziamento ottenuto.

9. Il «credito edilizio»

Di particolare significatività, ai fini della individuazione, nell'ambito della evoluzione storica del credito fondiario, dei temi fondamentali che oggi connotano la relativa disciplina, si pone pure il ripercorrere le tappe fondamentali di un'altra forma di «credito speciale», sostanzialmente «gemmata» dall'impianto originario del credito fondiario. Il riferimento è, ovviamente, alla disciplina del credito «edilizio», che nasce in un rapporto di stretta simmetria con la disciplina generale del credito fondiario.

La necessità di apprestare idonei strumenti di finanziamento all'edilizia (quali quelli destinati alla costruzione, ricostruzione, riparazione, sopraelevazione di abitazioni), e, nel contempo, la constatazione della impossibilità di sfruttare all'uopo lo strumento del credito fondiario – essendo quest'ultimo legato al presupposto imprescindibile che l'immobile fosse «in reddito» – resero improcrastinabile la emanazione di una disciplina positiva *ad hoc* che, senza rinunciare – come anticipato – ai meccanismi legali caratterizzanti il credito fondiario, fosse in grado peraltro di adattarsi anche alle diverse esigenze della edilizia.

Anche con riguardo al credito edilizio occorre subito precisare che alla «specialità» della operazione creditizia è risultata corrispondente una specialità degli enti erogatori: data agli anni venti l'apprestamento di una disciplina approfondita degli enti speciali erogatori e della stessa operazione edilizia; così la sezione speciale per l'esercizio del credito edilizio istituita con r.d. n. 2318 del 1919 nell'ambito dell'Istituto Nazionale del Credito per la Cooperazione (poi Banca Nazionale del Lavoro) e l'Istituto di Credito Edilizio, istituito con l. n. 473 del 1925.

Anche il meccanismo di erogazione del credito edilizio prevedeva l'emissione di cartelle (questa volta «edilizie»), il cui trattamento giuridico poteva considerarsi in tutto equiparato a quello riconosciuto alle cartelle fondiarie. Soltanto con la legge n. 474 del 1949 si ammise (per rendere compatibile l'operazione con le erogazioni

del finanziamento a stati di avanzamento dei lavori) che la stessa potesse avere a perfezionarsi anche attraverso l'erogazione di denaro, mentre le cartelle sarebbero state emesse al termine delle erogazioni, e, quindi, collocate sul mercato: liquidate le cartelle, gli istituti avrebbero recuperato il danaro anticipato nei vari stati di avanzamento lavori.

Tuttavia credito fondiario e credito edilizio, così simili sotto il profilo della disciplina, differivano a livello «ontologico» per una fondamentale diversità di natura: l'uno – il credito fondiario – era caratterizzato dalla irrilevanza dell'impiego (*rectius*: della destinazione) delle somme mutate; l'altro – il credito edilizio – era invece caratterizzato dall'obbligo legale e contrattuale di destinazione delle somme mutate, inscrivendosi, così, nella ampia categoria del mutuo di scopo e, più particolarmente, nell'ambito dei mutui di scopo «legale», inteso quale "contratto che intercorre tra un organismo creditizio (che per legge o per autorizzazione amministrativa ha competenza in un determinato segmento dell'attività creditizia) e un soggetto, beneficiario (che rivesta determinati requisiti richiesti dalle leggi), e prevede la predisposizione di un vincolo all'utilizzazione delle disponibilità finanziarie concesse (realizzato con l'inserimento della clausola di destinazione o di «reimpiego») sulla base di espresse disposizioni legislative"⁴⁰.

A tale riguardo occorre ribadire che la disciplina del credito edilizio, così come, in generale, quella di tutti i crediti speciali «di destinazione» appare predisposta dal legislatore in base alla considerazione della particolare rilevanza pubblica del settore e alla opportunità di promuoverne lo sviluppo. Anche nella disciplina del credito edilizio, infatti, si possono cogliere particolari benefici, sia per i soggetti eroganti che per i beneficiari: la previsione di uno stretto legame tra la concessione del credito e l'acquisto o la costruzione di edifici ha storicamente risposto alla volontà di riservare specifici flussi finanziari al settore edilizio, che si è inteso, quindi, promuovere, e quindi ad una esigenza di certezza nella attuazione degli scopi del contratto.

⁴⁰ Cfr. RISPOLI FARINA, *Il mutuo di scopo*, cit., 1985, *passim*.

Significativamente, la particolare conformazione del finanziamento sotto il profilo della destinazione delle somme finanziate, si ripercuoteva sulle caratteristiche della forma tecnica adottata: l'art. 5 del r.d. n. 628 del 1920 prevedeva, infatti, che a supporto dell'operazione creditizia venisse concessa un'apertura di credito, destinata poi a ripianarsi, a costruzione effettuata, mediante la erogazione di un mutuo, ammortizzabile secondo la periodicità convenuta.

I profili di specialità soggettiva dell'operazione vennero soltanto attenuati nel 1949, quando si consentì, con la legge n. 474, anche agli istituti di credito fondiario di porre in essere operazioni di credito edilizio.

Le esigenze allora prese in considerazione erano quelle della ricostruzione, a seguito degli eventi bellici da poco conclusisi: per questo motivo, nel tentativo di «agevolare» il compimento di quelle operazioni, si precisò che i mutui edilizi potevano essere concessi fino ad un importo non superiore al 50 per cento del valore dell'immobile così come avrebbe potuto valutarsi a costruzione ultimata: la garanzia ipotecaria veniva peraltro iscritta al momento della concessione del mutuo, sicché, operando il principio di accessione, il valore della garanzia avrebbe subito un progressivo incremento, correlativo all'incrementarsi della costruzione finanziata.

10. Il d.p.r. n. 7 del 1976

Un punto di «snodo» di fondamentale importanza dell'evoluzione storica della normativa in tema di credito fondiario è senz'altro rappresentato dal d.p.r. n. 7 del 1976: la norma ha inciso direttamente sulle modalità di provvista degli istituti autorizzati a porre in essere operazioni di credito fondiario, poiché, autorizzando questi ultimi alla provvista anche a mezzo di emissioni obbligazionarie, ha di fatto «scisso» il rigido nesso tra (ciascuna delle) operazioni attive e (ciascuna delle) operazioni passive. Il legislatore italiano optò quindi per il c.d. «sistema francese», in alternativa a quello, avuto a modello fino a quel tempo, c.d. «tedesco»⁴¹.

⁴¹ PETRAGLIA, *op. cit.*, 3, 5.

La «riforma» del 1976 importava – evidentemente – anche particolari conseguenze con riguardo alle modalità contrattuali di erogazione dei finanziamenti: venendo meno la specie delle cartelle, risultava evidente come le erogazioni potessero ormai avvenire direttamente in danaro. Le obbligazioni venivano comunque emesse, ma il «rischio» del collocamento sul mercato delle stesse non veniva più in alcun modo «traslato» sul soggetto finanziato, bensì mantenuto in proprio dall'istituto finanziatore fino al momento del collocamento sul mercato.

Il decreto del 1976 importò anche ulteriori modifiche in tema di tecniche di erogazione delle operazioni di credito edilizio, elevando le «percentuali di finanziabilità» fino al 75 per cento del costo di costruzione, importo che veniva elevato fino al 90% del costo, laddove l'operazione finanziata comportasse opere di ricostruzione, riparazione e trasformazione di immobili già esistenti.

11. La legge n. 175 del 1991

L'ultimo «passo» nella evoluzione del credito fondiario ed edilizio prima del Testo Unico del 1993 (e del precedente decreto n. 481 del 1992) è da ravvisarsi nella legge n. 175 del 1991.

La legge si iscrive, seppur in maniera lata, nel solco della normativa – inaugurata dalla «legge Amato» n. 218 del 1990 e dal relativo decreto legislativo di attuazione n. 356 del 1990 – di «despecializzazione» (seppur ancora a livelli iniziali) nella operatività degli istituti di credito specializzati nelle operazioni in discorso.

Alla luce di tali principi veniva quindi disposta la trasformazione in società per azioni delle sezioni di credito fondiario, e veniva pure riconosciuta agli istituti e le sezioni esercenti il credito fondiario ed edilizio la capacità di porre in essere operazioni di credito alle opere pubbliche nonché tutte le altre operazioni creditizie a medio e lungo termine, e di durata, pertanto, superiore ai diciotto mesi.

Con riguardo, invece, alla regolamentazione delle operazioni di credito fondiario e di credito edilizio, la legge 175 specificava ancora la precisa tipologia

contrattuale ritenuta essenziale per le singole operazioni: i contratti di mutuo (di durata non inferiore ai cinque anni) e di anticipazione (di durata non inferiore ai diciotto mesi), e interveniva nuovamente sulla misura delle «percentuali di finanziabilità», che venivano quindi fissate nel 75 per cento del valore dell'immobile per quanto riguarda le operazioni di credito fondiario e nel 90 per cento del costo di costruzione o di intervento per quanto riguarda le operazioni di credito edilizio.

Veniva inoltre stabilito che le operazioni di credito edilizio avrebbero potuto essere poste in essere non soltanto avendo ad oggetto immobili non di lusso, ma qualunque tipo di immobili; e che il credito alle opere pubbliche potesse essere erogato anche nei confronti dei privati.

La legge introduce, poi, anche una ulteriore forma di «liberalizzazione» per quanto concerne le forme tecniche utilizzate dagli istituti per la raccolta, estendendosi ormai le capacità operative degli istituti stessi a tutte le forme di raccolta a medio e lungo termine⁴². Con riguardo specifico alla raccolta a mezzo di emissione di titoli obbligazionari, occorre sottolineare come proprio nella normativa relativa al credito fondiario ed edilizio inizino ad emergere caratteri dei titoli obbligazionari diversi da quelli indicati dal codice civile, nel senso che buona parte della normativa codicistica in tema di obbligazioni non trova applicazione ai titoli obbligazionari emessi dagli istituti: una scelta, quest'ultima che si dimostrerà capace di influenzare il «testunificatore» del 1993, che proprio in tale «precedente» troverà lo spunto per dettare la disciplina ora contenuta nell'art. 12 T.U.

12. Il decreto legislativo n. 481 del 1992

Già la legge n. 175 del 1991, dunque, aveva reso possibile – subordinatamente, peraltro, a specifica approvazione da parte della Banca d'Italia – a tutte le società per azioni abilitate all'esercizio del credito a medio e lungo termine, di ampliare il

⁴² PETRAGLIA, *op. cit.*, 36.

proprio oggetto sociale, sì da ricomprendere tipologie creditizie diverse da quelle tradizionalmente svolte, contemporaneamente prevedendo la trasformazione in società per azioni delle sezioni di credito fondiario dei principali istituti.

L'assetto compiuto del momento innovativo, peraltro, può cogliersi nel Decreto Legislativo n. 481 del 1992, di recepimento nel nostro ordinamento della seconda direttiva bancaria di coordinamento (n.89/646), che ha introdotto il modello della c.d. «banca universale» ed attuato così i principi della despecializzazione istituzionale, operativa e temporale.

Di questi aspetti⁴³ merita, ai fini della presente indagine, evidenziare quelli «operativi», poiché il Decreto 481 non ha consentito a tutti gli «enti creditizi» l'esercizio, oltre che dell'attività bancaria (intesa, «tradizionalmente», come raccolta del risparmio effettuata congiuntamente alla erogazione del credito), anche delle attività ammesse al c.d. «mutuo riconoscimento», ma ha anche consentito ai medesimi enti creditizi l'esercizio di qualsiasi attività di finanziamento, regolata da «leggi speciali» riguardante «settori, categorie di istituti o singoli istituti di credito» (art. 6, comma 1), subordinatamente, peraltro, ad una specifica previsione degli statuti da approvarsi da parte delle autorità creditizie vuoi in sede di costituzione dell'ente creditizio vuoi in sede di modifica dello statuto stesso.

Si aggiungeva, poi (art. 6, comma 2), che a tali finanziamenti si «applicano integralmente le disposizioni legislative che li disciplinano», ivi ricomprendendosi «le misure fiscali e tariffarie e i privilegi di procedura».

Il decreto 481, quindi, non interveniva sulla «operazione» di credito fondiario: incideva tuttavia sull'assetto della capacità degli enti abilitati a porre in essere quelle operazioni (ormai, potenzialmente, tutti gli «enti creditizi»).

Di conseguenza, come sottolineato anche nella Relazione governativa al decreto, restavano inalterate le condizioni operative concernenti forme tecniche, garanzie, durata e limiti di finanziabilità delle operazioni di credito fondiario; ma

⁴³ Sulle problematiche generali della "despecializzazione", si veda ante, Sez. I.

venivano meno, d'altra parte, le distinzioni tra le varie obbligazioni (fondiarie, agrarie, etc.), proprio perché legate alla specializzazione (ormai eliminata) dell'ente emittente.

13. La attuale disciplina del credito fondiario

13.1. Premessa

Nell'accingersi ad una disamina della disciplina del credito fondiario quale risultante dal Testo Unico Bancario⁴⁴ va rilevato innanzitutto che il legislatore «testunificatore», nel formulare la nuova disciplina, in considerazione dell'obiettivo, più volte richiamato, di razionalizzare la materia dei crediti speciali, ha tenuto conto del dibattito dottrinale che ha accompagnato l'evoluzione della legislazione di tale forma di credito speciale nonché degli *input* della giurisprudenza, che in più casi ha mostrato forti perplessità nei confronti dei consistenti e significativi «privilegi» riconosciuti ai finanziamenti fondiari. Va detto poi che numerose appaiono le modifiche al corpus normativo precedente: esse rappresentano il risultato di un'opera di mediazione tra le spinte riformatrici più radicali, che propugnavano una totale soppressione di tali privilegi, quelle che invece sostenevano l'applicazione del particolare e più favorevole regime a tutti i finanziamenti assistiti da garanzia immobiliare, e quelle, ancora, che proponevano dei meri «aggiustamenti» salvaguardando il «cuore» della disciplina. Si tenga conto, inoltre che – come si evidenzierà nel prosieguo – la stessa disciplina del Testo Unico è andata incontro ad una serie di progressivi interventi di adeguamento, quando non addirittura di (forse discutibile) implementazione: quest'ultimo, per esempio, è il caso della introduzione del nuovo art. 40-bis (relativo alla “cancellazione delle ipoteche”), introdotto dal D.lgs n. 141 del 2011.

⁴⁴ Tra i commenti più recenti si segnalano: BOATTO, *Commento sub artt. 38-41*, in COSTA (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Torino, 343, 412; SEPE, *Commento sub artt. 38-41*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Padova, 2012, 429-501; FALCONE, *Commento sub artt. 38-41*, in PORZIO – BELLI – LOSAPPIO – RISPOLI FARINA – SANTORO (a cura di), *Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, 365-415.

Fin dai primi commenti⁴⁵ le norme poste dagli artt. 38–41 del T.U. sono state, pertanto, lette in chiave di maggiore o minore favore per le banche, da un lato; e del «soggetto finanziato» (così la Relazione illustrativa) dall'altro. L'approccio appare condivisibile, alla luce delle istanze riformatrici e del recepimento delle istanze critiche formulate sulla base della previgente disciplina, tuttavia può, sin da ora, anticiparsi che, ad un vaglio più approfondito, non tutte le nuove disposizioni possono essere meccanicamente inserite nell'uno o nell'altro gruppo, poiché alcune di esse rispondono a una mera istanza di semplificazione di procedure complesse, e decisamente datate all'epoca della riforma, e possono ripercuotersi positivamente sia nei confronti della banca che del beneficiario del credito. Vi è da dire, inoltre, che non tutte le innovazioni appaiono inserite in un quadro complessivo e coerente, quasi sia mancato a monte un vero progetto di riforma, lasciando così impregiudicate molte questioni. La nuova disciplina del credito fondiario, del resto, come molte altre norme del Testo unico, aveva assunto così, all'atto della sua emanazione, un carattere «sperimentale», che necessariamente doveva comportare un periodo di «consolidamento»⁴⁶, come veniva confermato dall'intenso interesse che essa ha suscitato, sia sul piano teorico che applicativo, sia da parte delle Autorità di vigilanza – che hanno ritoccato alcune disposizioni emanate in via amministrativa già subito dopo l'emanazione del D.lgs n. 385 del 1993 – sia ancora da parte dello stesso legislatore che è intervenuto in più occasioni a modificare la materia⁴⁷: segnatamente con il D.lgs n. 342 del 1999 (che ha sostituito il primo comma dell'art. 40) e con il D.lgs n. 141 del 2010 (che, come anticipato, ha introdotto il

⁴⁵ Si veda in particolare PETRAGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997, con i contributi di Patria, Citoni, Castaldi, Laurini, Locatelli, Carbone. In particolare, LAURINI (*Note sui contratti di credito fondiario*, ivi, 221), individua negli artt. 39, commi 1,2,3, e 4, e 41, commi 1,2,3,4, un gruppo di norme contenente la disciplina di favore per la banca; gli artt. 39, commi 5,6 e 7 e 40, commi 1 e 2 del Testo Unico, conterrebbero, invece, disposizioni volte a rafforzare la posizione del debitore.

⁴⁶ Per IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1979, spesso le leggi attuali hanno carattere «sperimentale» e richiedono necessariamente «un periodo di consolidazione».

⁴⁷ Profeticamente, MINERVINI, *Il vino vecchio negli otri nuovi*, in RISPOLI FARINA (a cura di), *La nuova legge*, cit, 12, paventava il pericolo che il Testo unico bancario, redatto con notevole ed encomiabile rapidità, ma in un «periodo di transizione» potesse essere presto oggetto di modifiche.

nuovo art. 40–bis), ma anche con il D.lgs n. 122 del 2005, che ha introdotto alcune importanti disposizioni in materia di frazionamento. È augurabile, tuttavia, che il costante perdurare delle sollecitazioni critiche nei confronti della normativa in esame, non conduca a troppe ed ulteriori proposte di aggiustamento, così che si possa, finalmente, pervenire ad un certo «consolidamento» della disciplina.

Vale ricordare ancora oggi il monito di Oppo⁴⁸: «(..) le operazioni di credito fondiario e gli interessi, anche di ordine generale che, per convincimento unanime, vi si collegano, possono realizzarsi secondo l'intento legislativo solo se quelle operazioni sono garantite nelle realtà concreta del meccanismo prefigurato dalla legge, senza mutuarle della garanzia in una o nell'altra vicenda e in una o altra delle componenti che la legge stessa ha ritenuto congrue al raggiungimento del fine».

13.2. La nozione di credito fondiario

Prendendo le mosse dalla prima norma contenuta nella Sezione I (Credito fondiario e alle opere pubbliche), del capo VI del Testo Unico, può rilevarsi innanzitutto la volontà del legislatore di rompere il legame con la disciplina precedente, dando una definizione dell'operazione di credito fondiario che, come rileva la Relazione illustrativa, sostituisca (...) «il riferimento ai mutui e alle anticipazioni, con quello più generale a finanziamenti a medio e lungo termine conservando, quale garanzia delle operazioni, l'ipoteca di primo grado su immobili»⁴⁹.

L'individuazione della nozione di credito fondiario viene, quindi, compiuta, attraverso il ricorso alla nozione di «finanziamento», adottando la stessa tecnica

⁴⁸ Formulato, tuttavia, in un contesto legislativo profondamente diverso, *Il privilegio del credito fondiario, oggi*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, II, 424

⁴⁹ Recita l'art. 38: "1. Il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili".

2. La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti».

utilizzata per la definizione normativa delle altre «particolari operazioni di credito» (con l'eccezione del credito su pegno, nella cui disciplina tale termine non viene utilizzato).

Nella prospettiva del credito fondiario, peraltro, detta nozione, oltre a connotarsi in ragione della durata (medio–lungo termine) e dall'oggetto e dal grado della garanzia (garanzia ipotecaria di primo grado su immobili), si specifica per la circostanza dell'essere, quello fondiario, un credito concedibile unicamente da «banche».

Il ricorso alla nozione di «finanziamento»⁵⁰ viene per lo più ricondotto alla opportunità di prescindere dal riferimento a specifiche tecniche contrattuali, per accedere ad una visione ampia, tale da ricomprendere tutte quelle tipologie negoziali nelle quali ricorra una «causa di finanziamento», per lo più argomentando dal riferimento, che compare nella rubrica del Capo VI del Testo Unico, al concetto di "operazione"⁵¹; la formula adottata, quindi, sembra prescindere dal concetto di «finanziamento», quale categoria "socio–giurisprudenziale"⁵², intorno alla quale si è sviluppato il dibattito sul c.d. «mutuo di scopo»⁵³, per preferire una nozione atecnica, fatta propria anche dall'Organo di

⁵⁰ Per un'analitica disamina del concetto di «finanziamento» quale utilizzato negli articoli 38 e seguenti del Testo Unico si veda FALCONE, *Riflessioni sulla nozione di «finanziamento» negli artt. 38 segg. del decreto legislativo n. 385 del 1993: il credito fondiario come contratto*, in *Dir. fall.*, 1999, I, 659 ss.

⁵¹ In sostanza concordi BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali nel «testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia»*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p 1010-1054; PATRONI GRIFFI, *La nuova disciplina del credito fondiario: requisiti e caratteristiche dell'operazione*, in *Riv. dir. impresa*, 1996, 253; PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico: profili giuridici, modalità operative e di recupero crediti* in PETRAGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997, 33 ss.; PRESTI, *Le particolari operazioni di credito*, in MORERA - NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, II, 87-115; SEPE, *Commento sub art. 38, cit.*, 434 (il quale, peraltro, esclude che all'interno della nozione di "finanziamento" possano ricomprendersi anche "quegli strumenti negoziali che, pure assolvendo a una funzione finanziaria, tuttavia non "smobilizzano" cespiti immobiliari attraverso l'acquisizione di una garanzia ipotecaria"); TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano, 2006.

⁵² Sul punto ci si permette di rinviare a RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo: identificazione delle fattispecie, innovazioni legislative e prospettive concorsuali*, in BONFATTI - FALCONE (a cura di), *Procedure concorsuali e problemi della prassi*, Milano, 1997, 3 ss.

⁵³ Per la quale si veda RISPOLI FARINA, voce *Mutuo di scopo*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, 574 ss. Del termine «finanziamento» sono state date varie accezioni: per alcuni il finanziamento è stato identificato con un contratto con cui un soggetto concede credito ad un altro in considerazione dell'attività che questi svolge, contratto riconducibile ad un contratto tipico

Vigilanza⁵⁴. Al legislatore pare interessare, quindi, il risultato economico dell'operazione: la concessione delle disponibilità finanziarie, lasciando impregiudicate le modalità tecniche con cui tale risultato viene realizzato⁵⁵. Del resto, del fatto che il credito fondiario non sia un credito di scopo non si è mai dubitato (se mai, il problema si è posto – e si pone – relativamente alla categoria del credito edilizio)⁵⁶.

La significatività del ricorso alla nozione di finanziamento può cogliersi anche nella circostanza che, ancora nella legge n. 175 del 1991, il legislatore risolveva «positivamente» il problema delle cc.dd. «forme tecniche» compatibili con l'operazione di credito fondiario, individuandole in quelle del «mutuo» e della «anticipazione» (quest'ultima da intendersi quale figura negoziale distinta da quella di cui all'art. 1846 c.c. e «tipicizzata» per effetto della stessa previsione

(mutuo, apertura di credito) o innominato. Per altri (Fragali) poteva parlarsi di un *genus* «negozi di finanziamento», in cui rientravano i contratti volti a procurare, per un tempo determinato, mezzi economici la cui utilizzazione è vincolata per una finalità convenzionale e in cui la clausola di destinazione non determina variazione dai tipi codicistici, *genus* in cui rientrerebbe il mutuo di scopo. Per altri ancora (Zimatore), dalla indagine sulla legislazione sui crediti speciali e in particolar modo agevolati, emerge un tipo contrattuale autonomo, il mutuo di scopo, i cui tratti, distintivi dal mutuo codicistico (consensualità, rilevanza causale dell'obbligo di destinazione, corrispettività) sono desumibili dalla stessa legislazione speciale. Su questa linea interpretativa su è posto un orientamento giurisprudenziale (Cassazione n. 3572 del 1981) che è risultato poi costante, pur non essendo numerose le pronunzie sul punto. Ancora, (Allegrì) si è posto in dubbio la possibilità di configurare, sulla base della legislazione speciale, un tipo autonomo, il mutuo di scopo, contraddistinto, tra l'altro dalla consensualità, ravvisandosi piuttosto una tipizzazione di fatto della figura, come emerge dalla prassi contrattuale adottata dagli istituti di credito per concedere i «finanziamenti» previsti dalle leggi. La tipizzazione per altri autori (Rispoli Farina, cit.) investirebbe, sulla base della legislazione speciale, solo la clausola di destinazione, che influisce sulla causa del contratto, ma non può dare luogo ad una forma contrattuale nuova. Va sottolineato un orientamento giurisprudenziale ricorrente (per tutti Cassazione civ, sez. I, 21 luglio 1998, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1560) che identifica mutuo di scopo e contratto di finanziamento: "il cd. contratto di finanziamento (o mutuo di scopo legale o convenzionale) è una fattispecie negoziale consensuale, onerosa e atipica che (al pari dell'apertura di credito) assolve essenzialmente funzione creditizia".

⁵⁴ «La nuova formula consente quindi il ricorso a nuovi strumenti contrattuali e modalità tecniche in precedenza non utilizzabili per le operazioni fondiarie», BANCA D'ITALIA, *Chiarimenti sul Testo Unico*, febbraio 1994, Bollettino di vigilanza, n. 2, febbraio 1994.

⁵⁵ Del resto la dottrina pubblicistica, si veda soprattutto ANNESI, Voce *Finanziamento pubblico*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, nel dare contenuto all'espressione «finanziamento» mette in luce il profilo dell'obbligo di restituzione che segue alla concessione di disponibilità finanziarie, in cui si estrinseca il «finanziamento» stesso. Non assume come dato necessario, invece, l'obbligo di destinazione delle somme ricevute.

⁵⁶ Sul punto, recentemente, Cass. Civ., 12 settembre 2014, n. 19282, in www.dirittobancario.it.

normativa)⁵⁷.

Si pone il problema di verificare se, dalla nuova disciplina, emergano elementi che consentano di rinvenire profili di «tipicità» nel contratto di finanziamento fondiario. Il quesito non è di semplice soluzione, poiché la necessaria presenza di taluni elementi caratterizzanti l'operazione (durata, garanzia, rapporti di finanziabilità), si accompagna allo spazio concesso all'autonomia negoziale per completare quel nucleo essenziale con le determinazioni liberamente assunte dai contraenti (non ultime quelle inerenti alla scelta del tipo contrattuale utilizzabile). Pertanto si può avanzare l'ipotesi che la tipizzazione, per lo meno nell'ambito del Testo Unico, verta solo sugli elementi richiesti dalla legge, pur non potendosi escludere, con la pratica attuazione della disciplina, e con la ricorrente utilizzazione di uno o più schemi contrattuali, una qualche forma di tipizzazione almeno sociale del contratto.

13.3. I profili «soggettivi» delle operazioni di credito fondiario: la «riserva» a favore delle banche; profili di costituzionalità della disciplina e ricostruzione dell'operazione in senso oggettivo (il «rapporto qualificato» tra il credito e la cosa)

Sotto il profilo della limitazione alle sole banche della capacità di porre in essere operazioni di credito fondiario, il perdurare di un elemento di «specializzazione soggettiva» – per quanto improprio – conduce a ritenere, a tutt'oggi, il credito fondiario come la particolare operazione di credito che più delle altre disciplinate dal Testo Unico conservi innegabili profili di "specialità"⁵⁸. L'analisi del profilo soggettivo delle operazioni di credito fondiario impone la ricerca di un elemento che consenta di dare conto della disciplina particolare dettata per le operazioni della specie, variamente individuato in relazione alla progressiva evoluzione della normativa in materia: venute meno, peraltro, giustificazioni fondate sulla natura pubblicistica dell'istituto finanziatore (ormai tramontate alla luce del principio di

⁵⁷ TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit.

⁵⁸ RADICE, *La proposta di direttiva sul credito fondiario dopo la seconda direttiva comunitaria*, in CESARINI-SCOTTI CAMUZZI, *Le direttive della CEE in materia bancaria*, Milano, 1991, 233

«despecializzazione istituzionale» introdotto a partire dal D.lgs n. 481 del 1992) ovvero sulla necessità di apprestare una specifica protezione in capo ai portatori delle cartelle fondiari (giustificazione, quest'ultima, eclissatisi parallelamente alla erosione del principio della necessaria e specifica correlazione tra singola operazione di finanziamento e singola operazione di provvista, già operata con il D.lgs n. 7 del 1976).

I tentativi di dare conto della perdurante specialità della operazione di credito fondiario fondati su criteri soggettivi (per lo più incentrati sulla rilevanza della riserva alle banche delle operazioni in esame) non sembrano essere del tutto soddisfacenti: tanto può dirsi per la spiegazione che si fonda su di una asserita «maggiore solvibilità» delle banche rispetto agli altri intermediari finanziari⁵⁹; ma neppure la ricostruzione fondata sul principio della tutela costituzionale del risparmio di cui all'art. 47 della Costituzione (a termini della quale le banche si gioverebbero del particolare regime in ragione della riserva in loro favore della raccolta del risparmio), appare tenere nel debito conto la circostanza, ampiamente acclarata dalla dottrina, che il rapporto tra banche e intermediari finanziari disciplinati dal Testo Unico bancario non si pone più nei termini di una distinzione qualitativa, quanto piuttosto in quelli – meramente quantitativi – di una maggiore o minore intensità della soggezione alla Vigilanza: e questo ancor più a seguito della riforma della disciplina degli “intermediari del titolo V” introdotta dal D.lgs n. 141 del 2010, che ha unificato gli intermediari finanziari non bancari sotto il profilo della sottoposizione alla vigilanza della Banca d'Italia, e alla autorizzazione, da parte di quest'ultima della relativa attività, assimilando ancor più, pertanto, la posizione degli intermediari a quella delle banche⁶⁰.

L'assenza di un immediato aggancio a peculiari caratteristiche oggettive o soggettive dell'operazione di credito fondiario ha fatto dubitare della legittimità costituzionale della disciplina così apprestata, soprattutto sotto il profilo di

⁵⁹ ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, in *Corr. giur.*, 1995, 370 ss.

⁶⁰ L'argomento è ampiamente sviluppato in FALCONE, *Protezione del credito bancario e “particolari operazioni di credito”*, Napoli, 2012, 257 ss.

potenziale contrasto con l'art. 3 della Costituzione⁶¹, nonché sotto quello, distinto, del diverso trattamento riservato agli altri creditori bancari a medio e lungo termine (riguardo sia alle norme di agevolazione sostanziale che a quelle di agevolazione processuale). Sulla scorta di tali argomentazioni, all'indomani della emanazione del D.lgs n. 481 del 1992 e ancor prima che il Testo Unico venisse alla luce, autorevole dottrina aveva segnalato l'impossibilità di escludere l'applicabilità dei «privilegi» riservati alle operazioni di credito fondiario (quali, segnatamente, l'esenzione dall'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare) per le operazioni che oggettivamente si connotassero per la durata oltre il breve termine, per la c.d. «stabilità degli effetti» e per la esistenza di una garanzia ipotecaria⁶². Tuttavia la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi proprio sul tema della legittimità costituzionale della disciplina contenuta negli artt. 38 e 39 co. 4 del Testo Unico alla luce dell'art. 3 Cost., ha dichiarato la questione inammissibile⁶³.

Deve peraltro rilevarsi come, in una prospettiva intesa a salvaguardare la legittimità costituzionale della normativa in commento, siano state ipotizzate nuove ricostruzioni fondate sulle caratteristiche oggettive dell'operazione, quali essenzialmente quelle inerenti l'interno rapporto tra credito e garanzia, tale da imporre una riconsiderazione del credito fondiario nei termini di «credito alla cosa», e da consentire un accostamento delle figure negoziali attraverso le quali può realizzarsi l'operazione in discorso a strumenti tipici, quali essenzialmente l'anticipazione bancaria ed il piccolo prestito pignoratizio, pure qualificati dalla presenza di un necessario rapporto (espresso dalla previsione di percentuali di finanziabilità) tra l'importo del finanziamento e la valutazione quantitativa della

⁶¹ PRESTI, *La costituzionalità del credito fondiario alla luce della nuova normativa*, in *Dir. fall.*, 1996, I, 207-221.

⁶² DI SABATO, *Operazioni di credito e garanzia ipotecaria: prospettive di esonero dalla revocatoria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, I, 555.

⁶³ C. Cost., 22 giugno 2004, n. 175, in *Fallimento*, 2004, 864: la realtà, peraltro – come nota FALCONE, *Protezione del credito bancario*, cit., 81-82 – è che la questione di costituzionalità non è stata rimessa alla Corte sotto il profilo della diversità di trattamento riservata agli altri intermediari finanziari, quanto, piuttosto, sul diverso (e per certi aspetti poco attinente) problema della mancanza all'interno della disciplina di meccanismi di controllo sull'utilizzo delle somme finanziate.

cosa costituita in garanzia⁶⁴.

Una simile ricostruzione appare ancor più avvalorata alla luce di una ricognizione storica intorno alla individuazione della funzione assegnata alle operazioni di credito fondiario: quella, cioè, di consentire essenzialmente una «smobilizzazione» della proprietà immobiliare⁶⁵.

13.4. Disciplina del credito fondiario e categoria del «credito edilizio»

La definizione normativa del credito fondiario appare, almeno nella prospettiva del primo comma dell'art. 38, prescindere da riferimenti al «credito edilizio», che storicamente ha costituito una categoria autonoma rispetto al credito fondiario, sebbene caratterizzata da una disciplina mutuata o spesso addirittura coincidente con quella dettata per il credito fondiario. La relazione illustrativa, in modo piuttosto *tranchant*, asserisce che la norma (l'articolo 38, primo comma), coordinando gli artt. 4 e 9 della legge 175/91, unifica la disciplina del credito fondiario ed edilizio sotto l'unica denominazione di credito fondiario. A prescindere dalla contraddizione, piuttosto evidente, tra la dichiarazione di voler effettuare il «coordinamento», di due norme della legge 175 mentre, nel contempo, con altra disposizione si opera la abrogazione della stessa legge (come risulta dall'art. 161, che contiene appunto le norme soppresse), dalla stessa Relazione pare desumersi che il nuovo credito fondiario debba sostituire sia il vecchio credito fondiario che quello edilizio nelle particolari operazioni che la disciplina di entrambi prevedeva, salve le modifiche, già rilevate, introdotte dalla nuova legge. Ovvero... «*due obiettivi con un cannone*», per dirla con espressione cara al Merusi. La Relazione prosegue, poi, sempre in forma piuttosto concisa, precisando che il comma 1 (dell'art. 38) sostituisce il riferimento ai mutui e alle anticipazioni,

⁶⁴ Secondo FALCONE, *Protezione del credito bancario*, cit., 257 ss. la attuale interpretazione "aperta" (e non più "bancocentrica") dell'art. 47 Cost., da un lato e la recente riforma della disciplina degli intermediari finanziari non bancari intervenuta con il d.lgs n. 141 del 2010, dall'altro, fanno sì che la riserva a favore delle sole banche della operatività nel credito fondiario abbia definitivamente perduto la possibilità di un "ancoraggio" costituzionale.

⁶⁵ COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 455 ss.

presente nella disciplina previgente, con quello più generale a finanziamenti a medio e lungo termine e conservando, quale garanzia delle operazioni, l'ipoteca di primo grado su immobili. Sull'intenzione del legislatore, e sugli effetti dell'unificazione tra le due vecchie categorie di crediti speciali si è molto discusso. Tra le immediate conseguenze di tale differente impostazione, da alcuni autori è stata assunta a principale quella del venir meno del credito edilizio come mutuo di scopo legale⁶⁶, poiché la nozione di credito fondiario ricomprenderebbe finanziamenti con varia e non vincolata destinazione⁶⁷. È stato tuttavia rilevato⁶⁸ come il riferimento, presente nel secondo comma dell'art. 38, al «costo delle opere da eseguire», sui beni oggetto di ipoteca, non sia influente, nell'interpretazione della norma e consenta l'individuazione di una categoria di operazioni sostanzialmente assimilabili a quelle già disciplinate dall'art. 9 della legge n. 175 del 1991 sotto la nozione di «credito edilizio», avanzandosi quindi l'idea che sia a tuttora configurabile un tipo «credito edilizio», individuato come «sottospecie» del credito fondiario, che abbia autonoma rilevanza e in cui abbia rilievo legale la destinazione del prestito⁶⁹. In tale ottica si lamenta che il testunificatore non sia stato «sufficientemente esplicito» nell'attribuire rilievo giuridico allo scopo del finanziamento, sì da rendere più agevole l'applicazione del regime dei «mutui di scopo legale»⁷⁰. A tale ricostruzione si oppone l'opinione di chi nega una

⁶⁶ BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali nel «testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia»*, in *Giur. comm.*, 1994, 1013.

⁶⁷ La Banca d'Italia ha precisato (*Chiarimenti*, ult. cit.) che la norma non prevede che il credito sia caratterizzato dallo scopo e che non sussistono pertanto vincoli di destinazione ex lege delle somme erogate.

⁶⁸ Sia consentito ancora il rinvio a RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo*, cit., 1994.

⁶⁹ Attribuisce per esempio rilevanza allo scopo Trib. Nola, 24 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, 7-8, I, 2243, che considera nullo, per difetto di causa, il contratto di mutuo con cui si prevede che il finanziamento erogato da una banca venga destinato alla realizzazione di un programma di investimenti concernente l'acquisto di un immobile industriale, qualora risulti che le parti non abbiano inteso perseguire la finalità apparentemente convenuta.

⁷⁰ V. RISPOLI FARINA, *Prime riflessioni sulla riforma dei crediti speciali operata dal Testo Unico in materia bancaria e creditizia*, in RISPOLI FARINA, *La nuova legge bancaria*, Napoli, 1995, p 181-182. È d'obbligo ricordare, anche se pare che l'iniziativa non ha avuto più seguito, che risale al 1987 un progetto di direttiva sul credito fondiario, orientata a dare rilievo legale alle finalità dei finanziamenti fondiari (si veda in merito alle problematiche sollevate, FALCONE, *Riflessioni sulla nozione di finanziamento*, cit., 673). Riveste invece notevole valore la previsione della legge francese sulla disciplina delle attività finanziarie (Loi n. 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne

qualsivoglia forma di autonoma rilevanza concettuale della categoria del «credito edilizio» all'interno di quella del «credito fondiario», ritenendo che «il credito edilizio oggi non esista più, assorbito come è nella nozione di credito fondiario»⁷¹.

Appare trascendere la valenza di entrambe le teorie ora prospettate una tesi ancor più radicale, secondo la quale lo stesso credito fondiario in sé considerato (e in realtà mai individuato in passato come fattispecie di mutuo di scopo legale) sarebbe caratterizzato esso medesimo da uno scopo, identificabile essenzialmente nella "valorizzazione della proprietà immobiliare"⁷², dando in tal modo nuovo vigore, alle ricostruzioni volte a considerare quello fondiario un finanziamento destinato più alla «cosa» che al "soggetto"⁷³. In considerazione del particolare valore sociale connesso al suddetto obiettivo si intende anche sottolineare la giustezza della particolare tutela riservata dal legislatore per ritenerlo, di conseguenza, esente dalle censure di anticostituzionalità che pur sono state avanzate. Si tratterebbe, nella specie, tuttavia, di un credito di destinazione in senso «debole», e non in senso «forte», non essendo chiare nella legge le modalità di tutela dello scopo di particolare valore sociale perseguito dal legislatore. Sul punto, peraltro, la recente giurisprudenza di legittimità ha espresso un avviso contrario⁷⁴.

13.5. Il rispetto delle percentuali di finanziabilità

Riveste particolare valore, nell'ottica prima accennata (giustificare la persistenza di trattamenti particolarmente favorevoli alle banche erogatrici di

et à la sécurité financière) che esplicitamente all'art. 94, comma primo, riconosce natura di credito di destinazione ai finanziamenti posti in essere dalle società di credito fondiario.

⁷¹ BONFATTI, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali: i crediti pignorati e ipotecari*, in BONFATTI - FALCONE (a cura di), *Procedure concorsuali e problemi della prassi*, Milano, 1997, 37.

⁷² BREGOLI, *L'inquadramento della fattispecie del credito fondiario nell'ambito del finanziamento ipotecario*, in *Dir. banc.*, 1999, I.

⁷³ In questa prospettiva pare muoversi anche la ricostruzione di PETRAGLIA nel suo *Commento*, in AA.VV., *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997.

⁷⁴ Cass. Civ., 12 novembre 2014, n. 24038, in *Diritto & Giustizia*, 2014, secondo cui "la natura fondiaria di un credito non è subordinata all'esclusivo scopo acquisitivo di un immobile, assistito da garanzia ipotecaria necessariamente id primo grado". Si tenga presente anche la già citata Cass., 12 settembre 2014, n. 19282, in www.dirittobancario.it.

crediti fondiari), il secondo comma dell'art. 38, più volte citato, che nel descrivere il meccanismo di individuazione degli importi massimi finanziabili, ne rimette la quantificazione alla determinazione della Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, avendo, come già si è sottolineato, come parametro di riferimento il «valore dei beni ipotecati» nonché il «costo delle opere da eseguire» sugli immobili acquisiti in ipoteca. Uguale meccanismo è previsto per l'individuazione delle «ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti».

La materia viene per tale via «delegificata», posto che, per entrambe le situazioni, la legge n. 175 del 1991 apprestava una disciplina specifica.

In particolare, per quanto riguarda i limiti di finanziabilità, come si è già ricordato, questi venivano fissati nel 75% del valore dell'immobile (per le operazioni di credito fondiario); e nel 90% del costo delle opere (per le operazioni di credito edilizio).

In attuazione della previsione normativa, il CICR, con deliberazione del 22 aprile 1995, ha fissato l'ammontare massimo dei finanziamenti nell'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi, ammontare elevabile fino al 100% nell'ipotesi di ricorrenza di talune garanzie integrative, specificamente indicate (fideiussioni bancarie e assicurative, polizze di compagnie di assicurazione, cessioni di annualità o contributi a carico dello Stato e di enti pubblici, fondi di garanzia, ovvero «altre idonee garanzie, secondo i criteri previsti dalla Banca d'Italia»), La Banca d'Italia, nel dare attuazione, nel giugno 1995, alla deliberazione CICR, ha ampliato l'elenco delle garanzie integrative con la previsione di «garanzie rilasciate da fondi pubblici di garanzia o da consorzi e cooperative di garanzia fidi» e, con successivo provvedimento del 12 aprile 1996, ha ricompreso nell'elenco anche il «pegno su titoli di Stato».

Quanto, invece, alla determinazione del grado di compatibilità con la «fondiarietà», dell'operazione della acquisizione di garanzie ipotecarie di grado successivo al primo, la Banca d'Italia ha riconosciuto la sussistenza di detta compatibilità laddove, sommando il capitale residuo del finanziamento

precedente con l'importo del nuovo finanziamento da concedersi, la somma risultante si mantenga nel limite dell'80% del «valore dell'immobile» o del «costo delle opere».

In precedenza era invece stabilito – anche in questo caso direttamente dalla legge – che «non è di ostacolo alle operazioni di credito edilizio la precedenza di iscrizioni, ove il valore di esse, unito alla somma da mutuare o da concedere in anticipazione, non ecceda la percentuale prevista...» (art. 9, comma quarto, legge n. 175 del 1991).

La previsione normativa della necessità di un limite di finanziabilità, oltre ad essere caratteristica storicamente costante della disciplina del credito fondiario (ed oggettivamente legata ad un criterio «cauzionale» in ordine alla necessaria copertura del prestito⁷⁵) si pone con particolare rilievo nella nuova sistemazione data alla materia del credito fondiario, laddove proprio nella specifica connessione tra credito e garanzia (connessione «qualificata» dalla previsione di percentuali di finanziabilità) si tende ad individuare le ragioni di una perdurante «peculiarità» (e di una possibile legittimazione della specialità di disciplina) del credito fondiario. Di tale circostanza ha finito per prendere atto anche la giurisprudenza che, a fronte del mancato rispetto dei limiti di finanziabilità, ha preso posizione, in modo oscillante, sulla materia. Se inizialmente, infatti, si era optato per la soluzione di una nullità parziale del contratto di finanziamento (per la parte eccedente il limite massimo fissato⁷⁶ e con applicazione del meccanismo civilistico della conversione), si è poi giunti ad un atteggiamento più severo (nel senso di doversi comunque accertare la circostanza che le parti avrebbero comunque voluto un contratto dal contenuto ridotto⁷⁷) ed a prefigurare finanche la possibilità di pervenire ad una declaratoria di nullità dell'intero contratto⁷⁸.

⁷⁵ SEPE, *op cit.*, 437 ss.

⁷⁶ Tale ricostruzione è rinvenibile in Trib. Roma, 2 febbraio 1989, in *Temì Romana*, 1989, 80.

⁷⁷ Così Cass. Civ., 1 settembre 1995, n. 9219, in *Vita not.*, 1996, (1), 102 ss., e, più recentemente, Trib. Cagliari, 4 aprile 2013, in www.ilcaso.it, 2013.

⁷⁸ Trib. Milano, 26 ottobre 1995, in *Fallimento*, 1996, 485 ss., e, più recentemente, Trib. Venezia, 26 luglio 2012, in *Fallimento*, 2013, 211 ss.

Tuttavia deve registrarsi in materia il recentissimo orientamento della Suprema Corte, secondo cui la violazione della disciplina che stabilisce il limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiari o non determina nullità del contratto (né totale, e neppure parziale), essendo la disciplina di detti limiti dettata essenzialmente nell'interesse della banca, potendo, se mai, originare irrogazione di sanzioni amministrative o responsabilità della banca finanziatrice⁷⁹.

13.6. La elezione di domicilio

La previsione della facoltà per le banche, ai fini dell'iscrizione ipotecaria, di eleggere domicilio presso la propria sede (e non già – come d'ordinario avverrebbe ex art. 2839 c.c. – nella circoscrizione in cui ha sede il competente ufficio dei registri immobiliari), sebbene costituisca un momento evolutivo rispetto al precedente assetto normativo – in cui l'elezione di domicilio presso la propria sede rappresentava, per la banca, l'oggetto di un onere⁸⁰ – risulta in linea di continuità rispetto alle previsioni già contenute nella legge n. 175 del 1991 (art. 6, comma quarto), e, viene, pertanto, considerata «base per una agevolazione procedurale di non rilevante contenuto sostanziale»⁸¹.

13.7. Le tecniche di perfezionamento del contratto di credito fondiario: loro incidenza sulla individuazione delle tipologie contrattuali utilizzabili

La disposizione di cui al secondo comma dell'art. 39 ha riguardo al tema delle

⁷⁹ Così Cass. Civ., 28 novembre 2013, n. 26672, in *Giur. comm.*, 2014, II, 156 ss., con nota di FALCONE, *Ancora sul superamento dei "limiti di finanziabilità" nelle operazioni di credito fondiario*; nonché in *Banca borsa tit cred.*, 2014, II, 123 ss., con note di DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e "premio dell'irragionevolezza"*, MINNECI, *Mutui fondiari e interesse del cliente: est modus in rebus*; e ONNIS CUGIA, *Credito fondiario, nullità "a vantaggio del cliente" e legittimazione di altri*; nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 386 ss., con nota di TOMMASINI, *Il superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario*; in *Rivista di diritto bancario*, 2014, (3), con nota di CAMPAGNA, *Mutuo fondiario: la violazione del limite di finanziabilità non comporta la nullità del contratto ex art. 38, co. 2 TUB*. Lo stesso principio la Suprema Corte ha adottato nella successiva pronuncia del 6 dicembre 2013, n. 27380, in *Foro it.*, 2014, 2, I, 499.

⁸⁰ SEPE, *op. cit.*, 447.

⁸¹ Così CAPANNA in FERRO LUZZI - CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996, I, 639: rientra, quindi come sottolineato da alcuni interpreti della disciplina, tra le norme di favore per le banche.

modalità di perfezionamento dell'operazione di credito fondiario (qui con riferimento esplicito al «contratto» con cui la «operazione» ha a realizzarsi): la materia, già in precedenza disciplinata dall'art. 5 della legge n. 175, si presenta di specifico rilievo, in quanto di diretta attinenza al tema della ricostruzione della natura del contratto di credito fondiario.

La norma, infatti, nel consentire alla banca di realizzare la «stipulazione del contratto» e la «erogazione del denaro» tanto a mezzo di un «unico atto», che a mezzo di «atti separati», può trovare adeguata comprensione alla luce della evoluzione normativa in materia. La individuazione di un duplice regolamento negoziale costituiva infatti la regola nel sistema del Testo Unico del 1905, ove si prevedeva la stipula di un «contratto condizionato» (con efficacia sospesa fino alla iscrizione ipotecaria ed al successivo accertamento delle altre condizioni fissate dalla legge) e di un successivo «contratto definitivo» (destinato a perfezionarsi attraverso la consegna al mutuatario delle «cartelle fondiarie» con contestuale quietanza da rilasciarsi da quest'ultimo). L'art. 3 del d.p.r. n. 7 del 1976 (sostanzialmente riprodotto nell'art. 5 della legge n. 175) nel lasciare di fatto inalterato il descritto meccanismo di perfezionamento, ha peraltro «rinunciato» ad esprimersi nei termini di un doppio «contratto», facendo piuttosto riferimento alla stipulazione del contratto seguita, al verificarsi delle condizioni, dalla erogazione delle somme con contestuale rilascio di quietanza.

È solo con l'art. 2 della legge n. 458 del 1988 che si prevede (con esclusione, peraltro, delle operazioni di credito edilizio) la possibilità di stipulare con un unico atto (ricomprensivo della stessa erogazione), previsione che l'intervento del secondo comma dell'art. 39 del Testo Unico ha reso applicabile anche a quelle operazioni che, benché riferibili ormai all'unica categoria del «credito fondiario», in quanto dirette ad «eseguire opere», sarebbero rientrate nel comparto precedentemente definito dal «credito edilizio».

La facoltà riconosciuta dal secondo comma dell'art. 39 importa, quale conseguenza inevitabile, la rivalutazione del ruolo ricoperto, almeno quanto alla individuazione delle modalità di perfezionamento del contratto, dall'autonomia

negoziale delle parti, incidendo direttamente anche sulla individuazione delle forme negoziali, tipiche o atipiche, «compatibili» con l'uno o con l'altro meccanismo di perfezionamento: le perplessità, sorte già nel quadro del pregresso assetto normativo, quanto alla qualificabilità come «mutuo» (in senso codicistico) del contratto di credito fondiario si legittimavano, da un lato, sul perdurante orientamento giurisprudenziale – fortemente contrastato in dottrina – a sottolineare la necessaria realtà del mutuo, e, dall'altro, sulla difficoltà a concepire l'esistenza di un contratto reale con efficacia sottoposta a condizione sospensiva; ciò aveva spinto a riconoscere nel «contratto condizionato» un «mutuo consensuale» che, in quanto oggetto di autonoma disciplina legislativa, doveva riconoscersi del pari «tipico», benché nettamente distinto dal mutuo codicistico⁸².

La rimessione all'autonomia contrattuale delle parti della determinazione delle modalità di perfezionamento del contratto di mutuo, unitamente alla circostanza che il ricorso al concetto di «finanziamento» rende possibile – almeno in linea di principio – il ricorso a tutte le forme tecniche compatibili con la «causa di finanziamento», sembrano ora smorzare l'attualità del tema, sebbene quest'ultimo venga senz'altro a riproporsi nel caso concreto, laddove ci si chieda se il singolo tipo contrattuale possa di fatto «adattarsi» allo specifico meccanismo di perfezionamento individuato dalle parti; ciò soprattutto quanto alle operazioni di «credito fondiario–edilizio», laddove si ritenga che il riferimento al «costo delle opere da eseguire», di cui al primo comma dell'art. 38, consenta ancora di individuare un'autonoma categoria (rappresentabile secondo lo schema del «mutuo di scopo legale»), dotata di specifici caratteri⁸³. In tale ultima ipotesi non sembrerebbe dubbia la necessità di ricorrere unicamente a tipologie contrattuali che si rendano compatibili con la tecnica di erogazione per «stati di avanzamento lavori», essendo quest'ultima necessitata dalla destinazione legale delle somme.

Tali considerazioni appaiono valide anche alla luce della disciplina delle «annotazioni» ipotecarie, contenuta nello stesso secondo comma dell'art. 39, per

⁸² TARDIVO - VENTOLA, *Il credito fondiario ed edilizio nella legislazione vigente*, Roma, 1988 (2), 45.

⁸³ RISPOLI FARINA, *Prime riflessioni*, cit., 181.

l'ipotesi in cui le parti abbiano adottato – per il perfezionamento del contratto – lo schema del «doppio atto»: in tale ultimo caso, l'annotazione dell'avvenuto pagamento e dell'eventuale variazione del saggio di interessi, effettuata dal conservatore dei registri immobiliari a margine dell'iscrizione già effettuata all'atto della stipulazione, fa sì che gli interessi, al saggio determinato successivamente, siano collocati nello stesso grado ipotecario. Si è, anzi, ritenuto che proprio nella possibilità di procedere alla variazione del saggio di interessi sia da individuarsi la ragione economico–sostanziale della previsione di un duplice atto.

Sulla natura della annotazione prevista dalla disciplina previgente la Corte di Appello di Napoli, con sentenza del 16 dicembre 1992, n. 2718 (cassata peraltro da Cass., 24 aprile 1997, n. 3618⁸⁴), si era espressa nel senso della efficacia «costitutiva» della annotazione medesima, ipotizzando così l'ipoteca già iscritta come "ad efficacia sospensivamente condizionata dall'evento della futura annotazione di conferma"⁸⁵. L'orientamento è ormai peraltro superato, non per solo per le innegabili difficoltà ravvisabili alla luce della disciplina generale dell'ipoteca⁸⁶, ma anche in considerazione della attuale sistemazione della disciplina del credito fondiario, ove la possibilità del «doppio atto» (e, dunque, la possibilità stessa della «annotazione») è concepita in termini non di necessità, ma di mera eventualità. La tesi della opponibilità dell'ipoteca anche in mancanza di successiva annotazione è ormai consolidata in giurisprudenza.⁸⁷

A tale quadro ricostruttivo occorre aggiungere come lo stesso settore bancario abbia dato riscontro ai numerosi problemi sorti nell'applicazione della disciplina, attraverso la elaborazione, da parte della Associazione Bancaria Italiana, di un «contratto di finanziamento fondiario stipulato in atto unico e capitolato di patti e condizioni generali». L'iniziativa dell'ABI si è rivelata come un vero e proprio «banco di prova» della evoluzione normativa, mirante a recepire anche

⁸⁴ In Vita not., 1997, 760, con nota di TARDIVO (*Brevi osservazioni in tema di erogazioni per scrittura privata per finanziamento edilizio non annotate*).

⁸⁵ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 85.

⁸⁶ Id, 87.

⁸⁷ Oltre alla citata Cassazione del 1997, si veda Cass., 24 febbraio 2004, n. 3613.

adeguamenti intervenuti in settori contigui, e purtuttavia non coincidenti con la tematica del credito fondiario: si pensi, ad esempio, alla considerazione dell'impatto della normativa in tema di «clausole abusive», nonché alla stessa disciplina, più "antica", in tema di "trasparenza bancaria"⁸⁸.

Nell'ambito di tale regolamento contrattuale, va evidenziata la prevista, eventuale, indicazione dello «scopo del finanziamento»⁸⁹. Va stabilito in che misura tale indicazione incida sulla qualificazione del credito fondiario come credito di scopo, essendo l'informazione in merito ai motivi della richiesta del finanziamento acquisita comunque in via normale dalle banche in ragione delle esigenze istruttorie cui si connette il consueto scrutinio del merito creditizio dei richiedenti⁹⁰. In assenza di una chiara ed esplicita configurazione, da parte del legislatore, della necessità di indicare lo scopo del finanziamento fondiario, che non è stata effettuata nemmeno nelle recenti modifiche al Testo unico bancario, deve ritenersi che possa ravvisarsi nella fattispecie l'ipotesi di un mutuo convenzionale (o volontario)⁹¹.

⁸⁸ Si veda al riguardo ABI, *Circolare Serie legale n. 41 dell'11 agosto 1997*.

⁸⁹ Si veda *Circolare* ult. cit., 37. La nota 5 dell'articolato così precisa: «Qualora si intenda esplicitare in contratto lo scopo del finanziamento la frase può continuare con la previsione: «allo scopo di...». Va ricordato che anche la Banca d'Italia (*Chiarimenti sul testo unico*, in *Bollettino di vigilanza*, n. 2, 1994), nel precisare che l'art. 38 «non prevede che il credito sia caratterizzato dallo scopo e che non sussistono vincoli di destinazione ex lege delle somme erogate» non esclude «ovviamente la possibilità per le parti di concludere contratti di credito fondiario in cui sia individuata la destinazione dei finanziamenti».

⁹⁰ Non si dimentichi, poi, che la esplicitazione in sede negoziale dello scopo per il quale viene richiesto il finanziamento potrebbe rilevare sotto differente profilo: sotto quello, cioè, della valutazione della eventuale ricorrenza della fattispecie criminosa di cui all'art. 137, co. 1 del Testo Unico (c.d. mendacio bancario).

⁹¹ Sia consentito ancora il rinvio a RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo*, in *Digesto*, cit., 1995. Nel mutuo di scopo convenzionale gli scopi in vista dei quali il credito è concesso possono permanere a livello di motivi, estranei al negozio, o rivestire carattere condizionale o modale o, ancora, con l'inserimento della clausola di destinazione, assumere, nel contesto contrattuale, rilevanza causale. Diverse le conseguenze in ipotesi di inadempimento dello scopo prefissato, che possono determinare anche la risoluzione del rapporto. La circolare ABI, (cit. n.89) non accenna a tale problematica, si limita a indicare quali delle norme del testo unico possano applicarsi, non valutando le conseguenze dell'inserimento in contratto dell'obbligo di destinazione delle somme, come per esempio avveniva in alcuni contratti di finanziamento (a tasso ordinario) redatti da istituti che esercitavano il credito mobiliare; v., per la modulistica, ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario alle imprese*, Milano, 1984 e RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo*, cit., in *Trattato Rescigno*, 1985. Va, poi, ricordato che la prevalente giurisprudenza (sulla scia della sentenza della Cassazione del 10-6-1981, cit.) ha assimilato invece le figure del mutuo di scopo

13.8. Finanziamenti fondiari con clausole di indicizzazione

L'ipotesi del finanziamento fondiario «indicizzato» è presa in considerazione dal terzo comma dell'art. 39, che stabilisce che, in tal caso, il credito vantato dalla banca è garantito dalla ipoteca iscritta fino alla concorrenza dell'importo dovuto per effetto della clausola che prevede il meccanismo di indicizzazione, a condizione, peraltro, che quest'ultimo venga riportato nella nota di iscrizione ipotecaria; anche in questo caso viene confermato rassetto normativo già figurante nella legge n. 175 (art. 18, commi secondo e terzo), ma con una più marcata tendenza formalistica, nel senso della insufficienza di una generica indicazione del meccanismo, e della necessità di una esplicita indicazione della clausola di indicizzazione⁹².

13.9. Le operazioni di credito fondiario e l'esenzione dall'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare

Tra i «privilegi» conservati a favore degli enti erogatori riveste particolare importanza l'esenzione dall'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare, disciplinata dal quarto comma dell'art. 39, che sottrae a quest'ultima le «ipoteche» (iscritte almeno dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento) e i «pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari»; la formulazione, peraltro, non appare totalmente «simmetrica», poiché mentre – quanto alle ipoteche – il riferimento è all'azione revocatoria fallimentare, con riguardo ai «pagamenti», questi vengono sottratti alla «applicazione» dell'art. 67 1. fall.: ciò che ha suscitato l'interrogativo se, con riguardo a tale ultima ipotesi, debba ritenersi escluso anche l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria⁹³.

legale e di quello convenzionale, anche per le conseguenze connesse all'inadempimento della clausola di destinazione, tra cui acquista particolare rilievo la nullità del contratto (da ricollegare per alcune teorie alla presenza di una causa illecita, per contrarietà a norme imperative, ex art. 1343 c.c.), e il conseguente venir meno delle garanzie.

⁹² Così CAPANNA, in *La nuova legge bancaria*, cit., 641. Al riguardo, SEPE, *op. cit.*, 450, parla di un temperamento alla deroga del principio di specialità dell'ipoteca.

⁹³ BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali*, cit., p. 1010 ss. In senso favorevole all'esercizio

La differenziata previsione normativa, peraltro, appare frutto del coordinamento di una previsione (il consolidamento abbreviato dell'ipoteca) già contenuta nella pregressa disciplina (art. 18 T.U. n. 646 del 1905, art. 4 d.p.r. n. 7 del 1976, art. 6 legge n. 175 del 1991), con una disposizione (la esenzione dalla revocatoria per i pagamenti) avente carattere di sostanziale novità⁹⁴.

Quanto alla esenzione stabilita per i «pagamenti», si ritiene comunque che la previsione non escluda la revocabilità dei pagamenti effettuati con le somme erogate in ragione del finanziamento fondiario⁹⁵: e, quanto alla previsione che riguarda l'ipoteca, si ritiene che l'esclusione non operi, ove l'intera operazione sia finalizzata ad un intento solutorio realizzato in maniera anomala⁹⁶, o comunque con un meccanismo di frode ai creditori⁹⁷. La circostanza, poi, che la norma in discorso abbia riguardo ai «pagamenti effettuati dal debitore» aveva portato taluno ad escludere dall'ambito di applicazione della norma qualunque pagamento effettuato da un "terzo", pur se non si mancava di rilevare come della nozione di «debitore» contenuta nella norma possa darsi una interpretazione estensiva, volta a ricomprendervi "tutti quei soggetti portatori di un interesse qualificato ad adempiere, quali ad esempio, oltre il finanziato originario, anche gli accollanti, i fideiussori e i terzi acquirenti del bene ipotecato"⁹⁸. In particolare, si è escluso che la disposizione in discorso impedisca l'applicabilità degli articoli 64, 65 e 66 della legge fallimentare.

Viceversa, quanto alla esenzione relativa alle ipoteche, si ritiene – pressoché unanimemente – che la stessa si renda operante unicamente con riguardo alle

dell'azione revocatoria ordinaria si veda, Cassazione, 2 aprile 1996, n. 3066, in *Fallimento*, 1996, p. 989.

⁹⁴ SEPE, *op. cit.*, 452.

⁹⁵ È questo l'avviso di BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali*, cit., 1010 ss.

⁹⁶ Ancora recentemente Cass. civ., 18 aprile 2013, n. 9482, in *Diritto & Giustizia*, 2013, ha ritenuto che in caso di mutuo fondiario stipulato all'esclusivo scopo di estinguere una debitoria pregressa, non può assumersi la nullità del contratto; purtuttavia non potrà trovare la disciplina di esenzione da revocatoria per l'iscrizione ipotecaria, prevista dall'art. 39, co. 4. Analogamente Trib. Ravenna, 20 gennaio 2014. In precedenza, sempre nello stesso senso, App. Milano, 17 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 10, 2246, e Trib. Padova, 5 giugno 2003, in *Giur. merito*, 2004, 925; Cass. Civ., 1 ottobre 2007, n. 20622, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 10.

⁹⁷ Cass. Civ., 13 settembre 2013, n. 21020, in *Diritto & Giustizia*, 2013.

⁹⁸ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 127.

ipoteche "contestuali"⁹⁹. Resta da individuare il regime di revocabilità delle garanzie diverse da quella ipotecaria: al riguardo, se, in linea di principio, appare condivisibile, stante il tenore letterale della norma, l'esclusione del regime di esenzione, maggiore approfondimento meriterebbero le sorti delle «garanzie integrative», previste nelle istruzioni applicative della Banca d'Italia come presupposto per l'innalzamento al 100% dei massimali di finanziabilità.

La disposizione, che contiene il riferimento all'art. 67 della legge fallimentare, deve oggi essere esaminata alla luce della modifica che a quest'ultima norma è stata apportata dalla riforma della legge fallimentare intervenuta con il d.l. n. 35 del 2005, convertito in legge n. 80 del 2005, il cui ultimo comma dispone oggi in maniera lineare che "le disposizioni di questo articolo non si applicano (...) alle operazioni (...) di credito fondiario": di talché ci si è chiesti quale sarebbe il contenuto innovativo della riforma rispetto alle operazioni di credito fondiario, quale sia cioè la parte di tale disposizione che si inserisce innovativamente rispetto al quadro già delineato dall'art. 39 co. 4 del Testo Unico.

Al riguardo si è sostenuto che, in forza della riforma dell'art. 67, le ipoteche fondiarie dovrebbero ritenersi immuni dall'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare, ancorché iscritte nel lasso temporale di dieci giorni dal momento della iscrizione rispetto a quello della pubblicazione della dichiarazione di fallimento; che siano esonerati anche i pagamenti effettuati da terzi (se non configurano atti a titolo gratuito). Addirittura, si è sostenuto che la nuova formulazione dell'art. 67 ult. cpv. l. fall. potrebbe importare una implicita abrogazione dello stesso art. 39, co. 4 del Testo Unico¹⁰⁰.

13.10. La disciplina delle «riduzioni» e delle «restrizioni» ipotecarie. Il frazionamento del credito e dell'ipoteca. Gli onorari e le spese notarili

Ricompresa invece tra le norme «di favore» per il soggetto finanziato, la

⁹⁹ Per tutti PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 119 ss.

¹⁰⁰ Così SEPE, *op. cit.*, 454. Per una rassegna di tali posizioni si veda FALCONE, *Commento sub art. 39*, in PORZIO – BELLI – LOSAPPIO – RISPOLI FARINA – SANTORO, *Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, 392 ss.

disposizione di cui al quinto comma dell'art. 39 attribuisce ai debitori, ogni qual volta abbiano estinto la quinta parte del debito originario, il diritto ad una proporzionale riduzione della somma iscritta. La norma, sostanzialmente riprodottriva della disposizione di cui all'art. 2873, comma secondo, c.c., resta distinta da quest'ultima quanto alla legittimazione attiva alla richiesta di riduzione, che viene riservata dal Testo Unico ai «debitori» (mentre nel codice civile l'ambito di detta legittimazione non viene descritto): la distinzione viene ritenuta peraltro superabile con motivazioni identiche a quelle poste a fondamento della interpretazione della nozione di «debitore», di cui al precedente comma, quale «portatore di interesse qualificato»¹⁰¹.

Con carattere di maggiore innovatività si pone invece la previsione di un diritto (sempre in capo ai «debitori») ad ottenere la liberazione parziale di uno o più degli immobili ipotecati «quando, dai documenti prodotti o da perizie, risulti che per le somme ancora dovute i rimanenti beni vincolati costituiscono una garanzia sufficiente ai sensi dell'art. 38» (c.d. «restrizione ipotecaria»): la corrispondente previsione contenuta nel codice civile (art. 2874), infatti, esclude la presenza di un tale diritto per le ipoteche volontarie (limitandola ad alcune ipotesi di ipoteca legale ed alle ipoteche giudiziali, sempreché «i beni compresi nell'iscrizione» abbiano «un valore che eccede la cautela da somministrarsi o se la somma determinata dal creditore nell'iscrizione eccede di un quinto quella che l'autorità giudiziaria dichiara dovuta»).

Di particolare momento appare la previsione della necessità che la restrizione si compia nel rispetto delle percentuali di finanziabilità di cui all'art. 38¹⁰² (da intendersi riferite non ai massimali, ma alle percentuali in concreto fissate nel contratto¹⁰³), che appare confermare la ricostruzione in termini oggettivi della operazione fondiaria, in ragione del particolare – e qualificato – rapporto tra credito e garanzia.

¹⁰¹ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 88 ss.

¹⁰² V. al riguardo Trib. Ancona, 16 luglio 2011, in *Foro it.*, 2011, 11, I, 3181.

¹⁰³ PETRAGLIA, *Id.*, 90.

La disciplina contenuta nei commi da 6 a 6 quater dell'art. 39 è stata oggetto dell'intervento sostitutivo (rispetto all'originario impianto) compiuto dal D.lgs n. 122 del 2005: si tratta sempre e comunque di disposizioni di favore per il debitore, che realizzano una deroga al principio di indivisibilità dell'ipoteca (art. 2809, co. 2, c.c.)¹⁰⁴. E' previsto, infatti, che, in caso di edificio o complesso condominiale per il quale può ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono, il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato o di parte dello stesso (questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione), hanno diritto alla "suddivisione del finanziamento in quote" e, correlativamente, al "frazionamento dell'ipoteca a garanzia". Rispetto alla formulazione originaria del Testo Unico si nota innanzi tutto un ampliamento della platea dei soggetti titolari del diritto: oltre al debitore e al terzo acquirente (già presi in considerazione della precedente formulazione) il diritto viene esteso al promissario acquirente e all'assegnatario. D'altra parte, il riconoscimento del diritto in parola anche al «terzo acquirente» aveva già rappresentato, con l'emanazione del Testo Unico, un elemento di novità rispetto al precedente assetto normativo, che ne limitava l'estensione soggettiva al solo mutuatario (così l'art. 3, commi 5 e 6, del d.p.r. n. 7 del 1976 e l'art. 5, commi 5 e 6, della legge n. 175 del 1991¹⁰⁵); alla base di tale riconoscimento vi era la considerazione dell'indubbio pregiudizio derivante all'acquirente dallo svolgimento di azioni esecutive sull'intero «edificio» o «complesso condominiale» nell'ipotesi in cui non si fosse fatto luogo al frazionamento. La prevenzione della possibilità di subire una azione esecutiva che abbia per oggetto l'intero edificio o complesso che non sia stato frazionato, è stata

¹⁰⁴ Al riguardo Cass. Civ., 11 gennaio 2006, n. 264 in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1, ha infatti precisato che in mancanza della disciplina del frazionamento soltanto il creditore ipotecario avrebbe diritto a rinunciare alla indivisibilità dell'ipoteca.

¹⁰⁵ Tuttavia C. Cost., 8 luglio 2010, n. 248, in *Foro it.*, 2010, 9, I, 2257 ha dichiarato manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, co. 5, della legge n. 175 del 1991, nella parte in cui non prevede che la suddivisione del mutuo in quote e, correlativamente, il frazionamento dell'ipoteca a garanzia, possa avvenire anche a richiesta del terzo acquirente del bene ipotecato, in riferimento all'art. 3 Cost. (questione rimessa da Trib. Catania, 10 novembre 2008, in *Foro it.*, 2009, 2, I, 554)-

considerata una situazione meritevole di protezione anche con riguardo agli altri soggetti previsti dalla novella.

Ci si è domandati (anche prima della riforma del 2005) se il diritto al frazionamento – nel silenzio della legge – debba ritenersi subordinato alla condizione dell'adempimento da parte del debitore: sul punto peraltro pare da ritenersi condivisibile l'avviso negativo (così come si doveva ritenere anche prima della riforma). Piuttosto, la novella ha avuto come obiettivo quello di rendere cogente l'obbligo della banca di provvedere al frazionamento, stabilendo dei limiti temporali al suo esercizio¹⁰⁶, e sanzionando con la possibilità di ricorso al presidente del Tribunale della circoscrizione in cui è situato l'immobile l'inadempimento della banca stessa¹⁰⁷. In questo caso è prevista una sorta di "esecuzione in forma specifica" dell'obbligo della banca, designando il Presidente un notaio che redige – sottoscritto da lui medesimo – un atto pubblico di frazionamento. E' stata notata la singolarità di tali attribuzioni al notaio, che comunque sarà sempre tenuto al rispetto delle percentuali di finanziabilità¹⁰⁸.

Il frazionamento deve intendersi condizionato al rispetto delle percentuali di finanziabilità espresse nel contratto (a loro volta rispettose dei limiti di legge), anche se si è ritenuta ammissibile una deroga su accordo delle parti che – nel salvaguardare il rispetto di quei limiti con riguardo al complesso dell'edificio – possa non rispettare il criterio con riguardo alle singole unità¹⁰⁹.

L'espressa attribuzione al finanziato, al terzo acquirente, al promissario acquirente e all'assegnatario della posizione di vantaggio ora illustrata consente

¹⁰⁶ Al riguardo l'Arbitro Bancario e Finanziario, nella pronuncia n. 781 del 13 aprile 2011, in *Foro it.*, 2012, 1, I, 301, ha affermato che in caso di ritardo nel frazionamento dell'ipoteca, che abbia precluso l'erogazione dell'ultima *tranche* del finanziamento, la banca è tenuta a risarcire al mutuatario, cui era stata "medio tempore" concessa una linea di credito, una somma pari al maggior importo applicato a titolo di interessi, cui va aggiunta un'ulteriore somma, da liquidare in via equitativa, a fronte della perdita della chance di vendere altre unità immobiliari (diverse da quelle già oggetto di contratti preliminari) e del pregiudizio all'immagine correlato a tale perdita e alle conseguenti difficoltà finanziarie.

¹⁰⁷ Secondo Cass. Civ., 21 giugno 2013, n. 15865, in *Foro it.*, 2013, 10, I, 2816, al procedimento instaurato a seguito dell'inadempimento della banca all'obbligo di frazionamento non devono partecipare altri soggetti oltre al mutuante e al soggetto che ha richiesto il frazionamento.

¹⁰⁸ SEPE, *op. cit.*, 460.

¹⁰⁹ SEPE, *op. cit.*, 458-459.

di concludere in ordine alla natura imperativa della disposizione e di concordare con l'opinione di chi ha al riguardo escluso che il diritto in discorso possa essere limitato od escluso attraverso un'apposita regolamentazione negoziale¹¹⁰.

L'ultimo comma dell'art. 39, nel fare implicitamente seguito alla disposizione di cui al precedente comma secondo, stabilisce che «agli effetti dei diritti di scritturato e degli emolumenti ipotecari, nonché dei compensi e dei diritti spettanti al notaio, gli atti e le formalità ipotecarie, anche di annotazione, si considerano come una sola stipula, una sola operazione sui registri immobiliari e un solo certificato»: ciò nella implicita ricorrenza del presupposto che alla conclusione del contratto si sia addivenuti attraverso il meccanismo di perfezionamento del «doppio atto». Si aggiunge, infine, che «gli onorari notarili sono ridotti alla metà»: a tale riguardo è stata espressa l'opportunità che la ricorrenza dei presupposti di applicabilità della disciplina in esame e, dunque, anche della riduzione degli onorari, emerga a livello testuale dal regolamento contrattuale¹¹¹.

13.11. Estinzione anticipata e risoluzione del contratto

A) Estinzione anticipata.

Le modalità di estinzione e di risoluzione del contratto di finanziamento fondiario, stabilite dal Testo unico bancario risentono in larga misura del dibattito precedente alla riforma. Su di esse, tuttavia, il legislatore è tornato a pochi anni di distanza dalla emanazione del Testo Unico. Per quanto concerne il primo istituto, il primo comma dell'art. 40 del Testo Unico – così come modificato per effetto dell'art. 6 del D.lgs n. 342 del 4 agosto 1999 (recante le «modifiche» al Testo Unico stesso) – stabilisce che «i debitori hanno facoltà di estinguere anticipatamente, in tutto o in parte, il proprio debito, corrispondendo alla banca esclusivamente un compenso onnicomprensivo per l'estinzione contrattualmente stabilito. I contratti

¹¹⁰ BANCA D'ITALIA, *Chiarimenti sul Testo Unico*, in *Bollettino di Vigilanza* n. 2, 1994; TREQUATTRINI, *Le operazioni di credito fondiario*, in FERRO LUZZI - CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, cit., I, 632.

¹¹¹ LAURINI, *Note sui contratti di credito fondiario*, in PETRAGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del credito fondiario*, cit., 221 ss.

indicano le modalità di calcolo del compenso, secondo i criteri stabiliti dal CICR al solo fine di garantire la trasparenza delle condizioni». Lo stesso art. 6 del D.lgs n. 342 ha poi però cura di precisare, al suo secondo comma, che «la disposizione del secondo periodo del comma 1 dell'art. 40 T.U. (ossia la regola che fissa l'obbligo di indicare le modalità di calcolo del compenso secondo i criteri fissati dal CICR) «non si applica ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del medesimo».

La norma appena richiamata viene letta – unitamente a quella contenuta nel comma successivo dello stesso art. 40, nonché ad alcune altre contenute nel successivo art. 41 – in funzione di tutela del soggetto finanziato¹¹², poiché normalmente il termine per l'adempimento dell'obbligazione restitutoria si presume fissato a favore di entrambe le parti¹¹³, e non del solo debitore, come invece la disposizione in commento appare presupporre.

A tale facoltà riconosciuta al debitore viene unicamente collegata la necessità della corresponsione di un «compenso» alla banca finanziatrice, per comprendere la natura del quale occorre rifarsi ai «precedenti» normativi della disposizione. Questi ultimi debbono essere rintracciati nel meccanismo di stretta correlazione tra operazioni di provvista ed operazioni di impiego caratterizzante il credito fondiario, vigente fino al d.p.r. n. 7 del 1976: è stato infatti esattamente rilevato come la restituzione anticipata, nel quadro di quel meccanismo, importasse delle perdite per la banca nel collocamento delle obbligazioni¹¹⁴.

La necessità, poi, che il compenso venga determinato contrattualmente è stata considerata come riprova che il fondamento della commissione non può più ravvisarsi nelle norme sul credito fondiario (come invece la legislazione precedente al Testo Unico sembrava autorizzare a ritenere), mentre il previsto

¹¹² Sul punto FALCONE, *Commento sub art. 40*, in PORZIO – BELLI – LOSAPPIO – RISPOLI FARINA – SANTORO (a cura di), *Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, 398 ss. Secondo BOATTO, *op. cit.*, 385 ss., in realtà tanto il primo che il secondo comma dell'art. 40 TUB conterrebbero delle disposizioni volte a meglio tutelare tanto gli interessi del debitore che quelli della banca.

¹¹³ In questa prospettiva, per tutti, PETRAGLIA *Il credito fondiario dopo il Testo Unico: profili giuridici, modalità operative e di recupero crediti*, in AA.VV., *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997, 112.

¹¹⁴ PETRAGLIA, *op. ult. cit.*, 113.

intervento del CICR in tema di fissazione dei criteri per la determinazione del compenso conferma poi l'importanza del momento negoziale, poiché, come indicato ora *apertis verbis*, tale intervento si fonda e si giustifica – esclusivamente – in ragione della necessità di apprestare una sufficiente garanzia di trasparenza¹¹⁵. Permane anche nell'attuale quadro normativo il problema rappresentato dalla individuazione delle serie obbligazionarie da estinguere: da un lato, infatti, allo stato attuale della disciplina sembrerebbe da confermarsi la tesi per cui la banca resta libera di individuare le serie obbligazionarie da estinguersi in conseguenza dell'esercizio della facoltà di anticipata estinzione del finanziamento; dall'altro, però, occorre avere riguardo alla circostanza che la determinazione di un criterio di scelta si rende ormai necessaria non tanto come conseguenza dei principi evincibili direttamente dalla disciplina del credito fondiario, quanto, soprattutto, dalle norme (legislative e secondarie) dettate in materia di trasparenza bancaria. Al riguardo occorre ricordare l'opinione secondo cui sarebbe stato opportuno «prevedere nel regolamento delle emissioni successive all'entrata in vigore del D.lgs n. 342/99 una correlazione che preveda e consenta l'estinzione anticipata delle obbligazioni in caso di estinzione anticipata dei finanziamenti fondiari»¹¹⁶. Il CICR è intervenuto a dare esecuzione alla previsione contenuta nel primo comma dell'art. 40 con propria deliberazione del 9 febbraio 2000. Con tale deliberazione il Comitato ha precisato che il compenso esclusivo ed onnicomprensivo deve essere espresso accompagnato dalla relativa formula di calcolo (e dalla agevole consultabilità degli eventuali indici finanziari che in tale formula vengano impiegati), e che i contratti devono riportare uno o più esempi applicativi della formula; inoltre è previsto che nelle comunicazioni periodiche relative all'esecuzione del rapporto venga indicato il compenso che il soggetto finanziato sarebbe tenuto a corrispondere ove intendesse estinguere anticipatamente il rapporto alla data della comunicazione.

¹¹⁵ Così TARDIVO nella relazione al seminario ABI su *Le disposizioni integrative e correttive del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Roma 11 novembre 1999, 2 del dattiloscritto. S

¹¹⁶ TARDIVO, *op. ult. cit.*, p. 3.

Un ultimo accenno deve peraltro compiersi ancora al tema dei rapporti tra disciplina di legge e potere dispositivo dei privati: se è vero, infatti, che l'articolo 40 comma 1 – anche successivamente alla «riforma» – rinuncia a prendere posizione sul tema della «entità» complessiva della commissione da corrispondersi dal debitore, accontentandosi che questa resti fissata da un accordo negoziale tra la banca ed il soggetto finanziato, non sono mancate condivisibili considerazioni volte a rintracciare aliunde limiti «massimi» comunque non superabili dalle parti: così si è fatto riferimento alla possibile «frizione» con i principi dettati dalla normativa in tema di «clausole abusive» (ora contenute nel «codice del consumo»)¹¹⁷; o, addirittura, con le stesse disposizioni dell'art. 644 del codice penale, in tema di reato di usura¹¹⁸.

Infine, la disposizione contenuta nell'art. 40, co. 1, TUB è stata oggetto di interesse anche con riferimento alle possibili sue implicazioni di carattere concorsuale, essenzialmente sotto due principali aspetti: a) se la disposizione debba trovare applicazione anche nell'ipotesi di fallimento del finanziato; b) se l'estinzione anticipata prevista dalla norma possa comportare l'applicazione dell'art. 65 l. fall. in materia di revocatoria fallimentare (inefficacia dei pagamenti per debiti non scaduti).

Quanto al primo punto, si è condivisibilmente negato che la norma possa trovare applicazione anche nel caso di fallimento del finanziato¹¹⁹; quanto al secondo, altrettanto condivisibilmente, la suprema Corte ha ritenuto che l'art. 65 l. fall. non possa trovare applicazione quando il diritto alla estinzione anticipata sia attribuito al mutuatario direttamente ed inderogabilmente da disposizioni di legge¹²⁰.

¹¹⁷ PETRAGLIA, *op. ult. cit.*, 113.

¹¹⁸ PETRAGLIA, *Le modifiche nel Testo Unico bancario in materia di crediti speciali*, in atti del convegno su *Modifiche al Testo Unico bancario*, Milano 6 ottobre 1999, 4 del dattiloscritto.

¹¹⁹ Così BOATTO, *op. cit.*, 388, il quale evidenzia che nel caso di fallimento «la scadenza anticipata non consegue certo ad un adempimento dell'obbligazione ma tutto al contrario è imposta dalla legge al fine di garantire il concorso di tutti i creditori»; la tesi della applicabilità della norma in caso di fallimento del finanziato era stata sostenuta da BOZZA, *La perpetuazione dei privilegi degli istituti di credito fondiario*, in *Fallimento*, 1994, 785 ss.

¹²⁰ Cass., 18 luglio 2008, n. 19978. Per la giurisprudenza di merito, Trib. Monza, 22 marzo 2006,

B) La risoluzione del contratto.

Alla risoluzione del contratto di credito fondiario è dedicato il secondo comma dell'art. 40, che stabilisce che «la banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive. A tal fine costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata».

Anche questa disposizione costituisce evoluzione e compimento di principi rinvenibili nella previgente normativa in materia di credito fondiario: in particolare, norme che «limitassero» l'incidenza della risoluzione per inadempimento nel contratto di credito fondiario sono ravvisabili già nel Testo Unico del 1905, che – come già illustrato *supra* – rappresenta la prima disciplina organica e «sedimentata» della materia.

Si è parlato di «limiti» all'incidenza della risoluzione per inadempimento: e l'espressione utilizzata – volutamente generica – si rende opportuna perché dottrina e giurisprudenza sono state spesso discordi nell'individuare la natura giuridica di tali limiti, ora identificati in una «clausola risolutiva ex lege» (così veniva talora qualificato il meccanismo apprestato dall'art. 39 del T.U. del 1905), ora invece individuati come specifica applicazione del principio della decadenza dal beneficio del termine di cui all'art. 1186 c.c.¹²¹.

Il tenore letterale della norma di cui al secondo comma dell'art. 40, peraltro, induce oggi alcuni interpreti della normativa a ritenere senz'altro quella in esame una ipotesi di risoluzione contrattuale, seppure come fattispecie derogatoria di quella individuata dal codice civile, in quanto «limitativa del potere di risoluzione o di recesso»¹²².

Il citato meccanismo «limitativo» della potestà risolutoria del negozio si fonda sulla distinzione tra «ritardato» e «mancato» pagamento: il primo («ritardato») «quello effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della

in *Riv. dott. comm.*, 2007, 2, 291.

¹²¹ PETRAGLIA, *op. ult. cit.*, p 115-116

¹²² PETRAGLIA, *op. ult. cit.*, p 116-117.

rata»; il secondo («mancato») quello che risulta non intervenuto alla scadenza del centottantesimo giorno dalla scadenza della rata.

La valenza «limitativa» della norma risiede quindi nella inibizione, per la banca, ad avvalersi del potere di risolvere il contratto (per inadempimento) laddove si versi in ipotesi di mero «ritardato» inadempimento, se non quando quest'ultimo abbia avuto a verificarsi «almeno sette volte, anche non consecutive», introducendo così una sorta di «diritto all'elasticità di adempimento»¹²³.

È sicuramente condivisibile, al riguardo, l'opinione secondo la quale con tale disciplina il legislatore abbia voluto prevedere una «soglia», al di sotto della quale l'inadempimento del soggetto finanziato debba considerarsi necessariamente «non importante» ai sensi dell'art. 1455 del codice civile.

Occorre peraltro rimarcare come la previsione di limitazioni all'esercizio della potestà risolutoria del contratto in capo alla banca non osti – almeno in linea di principio – all'operatività del diverso istituto della decadenza dal beneficio del termine, previsto e disciplinato dall'art. 1186 c.c.¹²⁴.

13.11.1. Segue. Una disposizione “extra-vagante”: il nuovo art. 40 bis del Testo Unico Bancario

L'ultima (in ordine di tempo) “grande” riforma del Testo Unico – quella operata con il D.lgs n. 141 del 2010 – ha comportato anche l'ingresso, all'interno della disciplina delle particolari operazioni di credito (e, più in particolare, all'interno della disciplina del credito fondiario), del nuovo art. 40-bis, in materia di “cancellazione delle ipoteche”. Si tratta (con l'apporto di alcune modifiche) della disciplina che era stata già emanata con l'art. 13, co. 8, da *sexies* a *septies*, da

¹²³ Si veda in particolare, BONFATTI, *La nuova disciplina dei crediti speciali*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 1015. Sul punto si veda Trib. Salerno, 4 febbraio 2011, secondo cui la clausola risolutiva espressa che preveda la possibilità per la banca di risolvere il mutuo in caso di mancato integrale pagamento anche di una sola rata, sarebbe nulla per contrasto con l'art. 40, co. 2, TUB, visto come norma imperativa.

¹²⁴ In questa prospettiva PETRAGLIA, *op. ult. cit.*, 118; PIGA, *La risoluzione per inadempimento e il ritardo nell'adempimento nelle operazioni di credito fondiario*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 47. In questa prospettiva Trib. Napoli, 17 luglio 2012, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 5, II, 575, con nota di FRIGENI.

novies a undecies e quaterdecies, del decreto legge n. 2 /2007 (cosiddetto “Bersani bis”), poi convertito in legge n. 40 dello stesso anno¹²⁵.

Senonché già ad una prima lettura della norma si comprende come la disciplina ivi contenuta non assume specifico rilievo con riguardo alla disciplina del credito fondiario, giacché trova applicazione per “mutui e finanziamenti, *anche non fondiari*, concessi da banche ed intermediari finanziari, ovvero concessi da enti di previdenza obbligatoria ai propri dipendenti o iscritti”, di talché, come è stato condivisibilmente affermato in dottrina, la scelta della “sede smateriae” operata dal legislatore appare quanto mai “improvvida”¹²⁶. Attesa la sostanziale estraneità della materia alla specificità della operazione fondiaria, in questa sede ci si limita pertanto a rinviare alla copiosa produzione dottrinale in materia¹²⁷.

13.12. Premessa: i «privilegi» delle operazioni di credito fondiario

L'analisi del «corpus» di disposizioni relative ai cosiddetti «privilegi processuali» o «procedurali» riconosciuti alle operazioni di credito fondiario, attualmente collocato nel contesto dell'art. 41 T.U., conduce, preliminarmente, a rilevare come l'intervento del legislatore non sia stato indirizzato nel senso di un ampliamento delle disposizioni «speciali» o, comunque, derogatorie rispetto ai principi generali, quanto, piuttosto, in quello di un generale snellimento normativo.

Prima di riscontrare quanto di «antico» sia rimasto, perdurante segno della «specialità» del credito fondiario, occorre infatti dare conto di ciò che più non figura nella disciplina esecutiva del credito fondiario: è stato eliminato l'art. 38 del r.d. n. 646 del 1905, che disponeva che «il pagamento di interessi, annualità, compensi, diritti di finanza e rimborsi di capitale dovuti all'istituto, non può essere

¹²⁵ Sul punto si veda FALCONE, *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40 del 2007 (c.d. “Decreto Bersani Bis”)*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 721 ss., e ID, *Commento sub art. 40 bis*, in PORZIO – BELLÌ – LOSAPPPIO – RISPOLI FARINA – SANTORO (a cura di), *Testo Unico Bancario. Addenda di aggiornamento ai d. lgs. n. 141/2010 e 218/2010*, Milano 2011, 1 ss.

¹²⁶ Così FALCONE, *Commento sub art. 40 bis*, cit., 1.

¹²⁷ Tra i commenti, oltre a quello di FALCONE appena citato, si segnala in particolare quelli di SEPE, *op. cit.*, 477-490, e di BOATTO, *op. cit.*, 395-407.

ritardato da alcuna opposizione», e così pure l'art. 40 dello stesso regio decreto, che assicurava agli istituti la possibilità di rivalersi dei beni del soggetto finanziato «coll'istessa procedura di cui si giova lo Stato per la riscossione delle imposte dirette».

Analogamente, il potere dell'istituto di immettersi nel possesso dell'immobile ipotecato (art. 41), quello di promuovere la vendita al prezzo fissato nel contratto di mutuo (art. 49), il potere di surroga nell'espropriazione intrapresa da altro creditore (art. 51) e la previsione della possibilità di ridurre i termini processuali – già nell'art. 52 – risultano parimenti non riprodotti nel contesto normativo del Testo Unico.

La mancata riproduzione di talune norme è stata spiegata, da un lato, adducendo la circostanza che il contenuto precettivo di alcune è ora assicurato dal tenore dell'attuale codice di rito, dall'altro con la scarsissima applicazione di altre¹²⁸.

Al termine della rassegna delle disposizioni non riprodotte, deve poi necessariamente aggiungersi la eliminazione della disposizione – già contenuta nell'art. 20 del regio decreto – secondo cui, ed in deroga alle disposizioni del codice di rito, veniva previsto che «i successori a titolo universale o particolare del debitore e gli aventi causa debbono notificare giudizialmente all'istituto come essi sono sottentrati nel possesso o godimento del fondo ipotecato», aggiungendosi che, in forza di tale notifica, «l'istituto procederà contro di loro nel modo stesso come avrebbe proceduto contro l'originario debitore» e stabilendo, in mancanza, che «gli atti giudiziari ... possono essere diretti contro il debitore iscritto, 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». La norma, invero, risultava già non riprodotta nel contesto della legge n. 175 del 1991 e ciò aveva originato dubbi in merito alla perdurante vigenza della stessa nell'ordinamento¹²⁹, dubbi che

¹²⁸ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 140.

¹²⁹ TARDIVO, *L'ultravigenza provvisoria dell'art. 20 del T.U. sul credito fondiario e il rimedio dell'art. 615*

neppure la reiterata sottoposizione al vaglio del giudice costituzionale, ma soltanto l'espressa abrogazione sancita dal primo comma dell'art. 161 del Testo Unico, ha definitivamente fugato; scelta, quest'ultima, salutata come opportuna in ragione della «falcidia dei diritti dei terzi» e del sovvertimento del sistema pubblicitario che la disposizione abrogata importava¹³⁰.

13.13. I privilegi procedurali: caratteri generali

Con riguardo ai privilegi di natura processuale che il Testo Unico ha inteso conservare, giova preliminarmente rimarcare l'opera di razionalizzazione che ha portato alla riunione delle disposizioni relative nell'unico articolo 41.

Nel contempo, anche con riguardo alle norme di carattere procedurale dovrà – come relativamente alle altre disposizioni «di favore» – rilevarsi come in tanto dette disposizioni trovano una ragione di sopravvivenza e di razionalizzazione, in quanto le stesse vengano a fondarsi non più sulla asserita «specialità» del soggetto che le ponga in essere – come già, invece, nel corpo del Testo Unico del 1905 – ma sui connotati oggettivi della «operazione» di credito fondiario.¹³¹

Sempre con riguardo all'ambito applicativo delle disposizioni oggetto di indagine, non potrà mancarsi di rilevare, infine, come anche le disposizioni procedurali relative alle operazioni di credito fondiario trovino applicazione ulteriore – in ragione dei richiami effettuati dall'art. 42 comma 4 e dall'art. 44 ultimo co. – anche alle operazioni di credito agrario e di credito alle opere pubbliche, ove siano rispettati i parametri oggettivi richiesti per la «fondiarietà» dell'operazione (ipoteca di primo grado, rispetto delle percentuali di finanziabilità).

13.14. Atti preparatori dell'esecuzione

c.p.c. per il proprietario acquirente: riconoscimento del contraddittorio nel processo esecutivo?, nota a Cass., 3 aprile 1995, n. 3910, in *Vita not.*, 1995, 1254 ss.

¹³⁰ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 141.

¹³¹ SALETTI, *L'espropriazione per credito fondiario nella nuova disciplina bancaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 985 ss.; ORIANI, *L'espropriazione singolare per credito fondiario*, in *Corr. giur.*, 1995, 370 ss.; PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 139.

Ancora una norma di favore della banca: il primo comma dell'art. 41 conferma l'esclusione, in capo alla banca che abbia posto in essere un'operazione di credito fondiario, dell'obbligo di notificare il titolo contrattuale esecutivo. La disposizione era già contenuta nel primo comma dell'art. 43 del Testo Unico del 1905.

La disposizione appare derogatoria nei confronti del principio generale, fissato dall'art. 479 c.p.c., in forza del quale «se la legge non dispone altrimenti, l'esecuzione forzata deve essere preceduta dalla notificazione del titolo in forma esecutiva e del precetto».

È stato peraltro ritenuto che il tenore della norma sia nel senso di un esonero della banca solo dal notificare il contratto spedito in forma esecutiva, e non già anche dall'obbligo di notificare – comunque – il contratto unitamente al precetto¹³²; diversamente opinando, infatti, ove mai l'esecuzione fosse iniziata in danno di un terzo accollante il finanziamento, quest'ultimo non potrebbe altrimenti essere messo a conoscenza del titolo contrattuale, qualora questo non gli fosse trasmesso a cura del debitore originario.

La «ratio» della norma dovrà pertanto intendersi unicamente nel senso di concedere alla banca maggiore speditezza operativa, esonerandola dalla necessità di ottenere dal notaio rogante la copia in forma esecutiva, col conseguente allungamento dei tempi e appesantimento procedurale¹³³.

A tale riguardo occorre ricordare come i contratti di finanziamento, per costituire titolo esecutivo, debbono essere redatti per atto pubblico, giusta il principio di cui all'art. 474 c.p.c.; forma, peraltro, non necessaria per l'iscrizione ipotecaria che necessariamente accede al finanziamento medesimo, posto che per quest'ultima è sufficiente la scrittura privata autenticata. Vi sono casi, peraltro, in cui il contratto, pur redatto per atto pubblico, non potrà assumere la valenza di titolo esecutivo: ciò accadrà, più precisamente, nell'ipotesi in cui l'operazione si concluda con il sistema del «doppio atto». In tale ultimo caso il valore di titolo esecutivo dovrà piuttosto riconoscersi all'atto pubblico di erogazione e quietanza,

¹³²SEPE, *op. cit.*, 495-496.

¹³³ SEPE, *op. cit.*, 495-496.

rogato a seguito dell'antecedente contratto "condizionato"¹³⁴.

13.15. Il rapporto tra esecuzione individuale e fallimento

Il secondo comma dell'articolo in commento riserva alla banca la facoltà di iniziare o eseguire l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia del finanziamento fondiario «anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore», aggiungendo che «il curatore ha facoltà di intervenire nell'esecuzione» e che «la somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento».

La Relazione al Testo Unico spiega la formulazione della norma nei termini di un accoglimento legislativo della interpretazione giurisprudenziale consolidatasi anteriormente alla emanazione del Testo Unico. Più in generale, lo scopo della norma è stato individuato in quello di «consentire alla banca un più celere realizzo della garanzia, senza dover attendere i tempi e la definizione della procedura fallimentare¹³⁵.

È stato giustamente rilevato come lo scopo prefisso dalla norma sia particolarmente "ambizioso"¹³⁶, avuto riguardo al tema, oggetto di un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale sotto la previgente normativa. La soluzione ora accolta espressamente dal Testo Unico veniva fatta in precedenza scaturire dalla interpretazione del combinato disposto degli articoli 42 del Testo Unico del 1905 e 51 della legge fallimentare. In ragione del primo «le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sul credito fondiario sono sempre applicabili anche in caso di fallimento del debitore per i beni ipotecati dagli istituti del secondo», mentre, a norma del secondo, vengono fatte salve le diverse disposizioni di legge (individuate da dottrina e giurisprudenza proprio nel citato articolo 42) rispetto alla regola generale secondo la quale dal giorno della dichiarazione di fallimento non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali.

¹³⁴ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 142.

¹³⁵ SEPE, *op. cit.*, 497 ss.

¹³⁶ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 150.

A fronte di tale ricostruzione non si era mancato, peraltro, di rimarcare come tale norma non prevedesse – in verità – alcuna deroga espressa al divieto delle azioni esecutive individuali, quanto un mero «rinvio» alle disposizioni relative al credito fondiario, non essendo idonea, in quanto tale (mancando nella disciplina del credito fondiario una deroga espressa al principio fatto proprio dall'art. 51 1. fall.), a fondare una facoltà, per la banca, di iniziare o proseguire, in costanza di fallimento, una azione esecutiva individuale.

Anche la possibilità per il curatore, a fronte di una espropriazione già iniziata dalla banca, di intraprendere un'altra, concorrente, azione esecutiva, dovrebbe oggi revocarsi in dubbio, ammettendosi unicamente, in capo al curatore medesimo, un potere di intervento nella procedura esecutiva già instaurata, dichiarata espressamente dalla seconda parte del comma 2 dell'articolo oggetto di analisi: soluzione ora esplicitamente dettata dal legislatore, ma in precedenza concordemente raggiunta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

D'altro canto, occorre soffermarsi anche sulla reale natura della posizione giuridica soggettiva che compete al curatore a fronte di una procedura esecutiva individuale già promossa dalla banca: è pur vero, infatti, che detta posizione viene ricostruita dalla legge in termini di «facoltà» di intervento; tuttavia, dovendo ritenersi preclusa, agli altri creditori, la possibilità di intervenire nella procedura esecutiva individuale, l'intervento del curatore rappresenta, in pratica, il mezzo indispensabile per assicurare il rispetto della «par condicio»; pertanto, più opportunamente, la posizione giuridica del curatore è stata spiegata nei termini di un "diritto-dovere"¹³⁷.

Proprio questa ricostruzione ha consentito a una recente giurisprudenza di legittimità¹³⁸ di escludere che la banca abbia l'onere di insinuarsi al passivo del fallimento al fine di assicurare la titolarità delle somme conseguite in sede esecutiva: in tal modo, la mai sopita disputa intorno alla natura – sostanziale o meramente processuale – del privilegio attribuito dal comma in discorso alla

¹³⁷ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 152.

¹³⁸ Cass., 15 giugno 1994, n. 5806, in *Fallimento*, 1994, 1161, con nota di PANZANI.

banca verrebbe a risolversi a tutto vantaggio della prima soluzione. In realtà deve oggi pervenirsi alla soluzione opposta, sulla base delle previsioni della riforma della legge fallimentare: infatti l'art. 53 l. fall., dopo aver affermato il principio per cui "ogni credito (...) deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge", aggiungendo che tale principio si applica "anche ai crediti esentati dal divieto di cui all'art. 51" (e il credito fondiario, è per l'appunto, uno di detti crediti).

Al riguardo occorre, però, domandarsi se l'espletamento della funzione che così si è inteso attribuire al curatore sia sufficientemente garantito dalla effettiva portata della norma, ché, anzi, una visione critica di quest'ultima – propria di recente giurisprudenza di merito – ha fatto dubitare della legittimità costituzionale della stessa sotto il profilo della tutela del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24 della Costituzione¹³⁹.

Anzi, non si è mancato di osservare come al curatore competa anche l'onere di evitare che il prezzo base d'asta dell'immobile possa essere fissato in misura inferiore al valore di mercato – fosse pure per facilitarne la aggiudicazione – in quanto ciò andrebbe "a scapito dei creditori concorsuali cui giova l'eventuale supero del prezzo di aggiudicazione rispetto al credito vantato dalla banca procedente"¹⁴⁰.

Si aggiunge anche che la somma ricavata dall'esecuzione che risultasse, in sede di riparto, superiore alla quota spettante alla banca, dovrà essere attribuita al fallimento. In questa prospettiva, l'intervento del «testunificatore» ha avuto un obiettivo chiarificatore rispetto al testo della normativa previgente, ove veniva stabilito (art. 55 del Testo Unico del 1905) che detta somma dovesse attribuirsi «a chi di ragione».

L'obbligo, per il curatore, di versare alla banca le rendite dei beni ipotecati, dedotte le spese di amministrazione e i tributi era già previsto dall'art. 42, comma

¹³⁹Trib. Ivrea, 10 maggio 1995, in *Fallimento*, 1996, 183, con nota di COLOMBINI; Trib. Firenze, 13 settembre 1995, in *Dir. fall.*, II, 1996, 565, con nota di VINDIGNI.

¹⁴⁰ SEPE, *op. cit.*, 498-499.

1, del Testo Unico del 1905; analogo obbligo era disposto, per il sequestratario, dall'art. 48 dello stesso provvedimento; il terzo comma dell'art. 41 conserva la disposizione, accorpandola in un'unica norma, ed estendendo espressamente l'obbligo al custode dei beni pignorati.

È stato osservato come l'esecuzione di tale obbligo si renda possibile soltanto «a seguito della presentazione del conto (parziale) e della sua approvazione da parte del giudice, in conformità a quanto disposto dagli articoli 560, comma 1, e 593 c.p.c.»¹⁴¹.

Quanto alla individuazione del soggetto tenuto alla custodia dei beni pignorati (e, quindi, al versamento delle somme), ad un atteggiamento giurisprudenziale volto ad individuare tale soggetto unicamente nella figura del curatore ha fatto seguito una ricostruzione contraria, volta cioè a rendere possibile anche la nomina a custode di una terza persona, ed a riservare la scelta non già al giudice delegato del fallimento, bensì al giudice dell'esecuzione¹⁴², rendendosi centrale la disciplina della esecuzione individuale sia nell'ipotesi in cui la dichiarazione di fallimento preceda il pignoramento (qui il curatore potrà chiedere, in quanto intervenuto, la nomina del custode), sia in quella in cui il pignoramento preceda il fallimento (qui il custode è già stato nominato dal giudice dell'esecuzione); viene rilevato, peraltro, come l'avvenuta abrogazione dell'art. 45 T.U. potrebbe risultare argomento contrario alla ricostruzione effettuata dal giudice di legittimità¹⁴³.

È forse in questa prospettiva che deve leggersi l'ampia articolazione dei soggetti tenuti all'obbligo del versamento delle somme: «custode», «amministratore giudiziario», «curatore».

Quanto al carattere – definitivo o provvisorio – del versamento delle rendite, si ritiene che la soluzione della provvisorietà sia più accettabile – anche con riguardo al problema dei versamenti effettuati dagli aggiudicatari, di cui ai successivi commi – in ragione della regola per cui provvisoria è anche l'attribuzione delle

¹⁴¹ SEPE, *op. cit.*, 499.

¹⁴² Cass., 2 giugno 1994, n. 5352, in *Fallimento*, 1994, 1277.

¹⁴³ PETRAGLIA, *Il credito fondiario dopo il Testo Unico*, cit., 146. 84 ID., 144.

somme in sede esecutiva.

Ricalca il contenuto dell'art. 55 del Testo Unico del 1905 il quarto comma dell'art. 41 del Testo Unico, ove si afferma che il giudice dell'esecuzione, con il provvedimento che dispone la vendita o l'assegnazione deve prevedere che l'assegnatario o l'aggiudicatario che non intendano avvalersi della facoltà di subentrare nel contratto di finanziamento (consentita dal comma successivo) versino direttamente alla banca la parte del prezzo corrispondente al complessivo credito della stessa; in mancanza di tale adempimento nel termine fissato dallo stesso giudice dell'esecuzione, gli stessi, aggiunge la norma, «sono considerati inadempienti ai sensi dell'art. 587 del codice di procedura civile», con la conseguenza, quindi, della decadenza dalla aggiudicazione o dall'assegnazione.

Quanto alla facoltà di subentro nel contratto di finanziamento (con assunzione dei relativi obblighi), il quinto comma dell'art. 41 la riconosce all'aggiudicatario o all'assegnatario senza necessità di autorizzazione del giudice dell'esecuzione (altrimenti necessaria ex art. 508 c.p.c.), subordinatamente, peraltro, alla circostanza che entro quindici giorni dal decreto ex art. 574 c.p.c. o dalla data dell'aggiudicazione o dell'assegnazione vengano pagate alla banca le rate scadute, gli accessori e le spese. Si aggiunge, ancora, che «nel caso di vendita in più lotti, ciascun aggiudicatario o assegnatario è tenuto a versare proporzionalmente alla banca le rate scadute, gli accessori e le spese».

La facoltà di subentro era già prevista negli artt. 61–62 del Testo Unico del 1905, condizionatamente, peraltro, al pagamento, da parte del subentrante, di un prezzo di aggiudicazione superiore di due quinti al residuo credito dell'istituto.

Si è anche sostenuto – ancor prima della emanazione del Testo Unico – che la facoltà di subentro configurerebbe, in capo agli aggiudicatari ed agli assegnatari, un «diritto potestativo» ad ottenere una «reviviscenza» del contratto di finanziamento anche in ipotesi di avvenuta risoluzione del medesimo ma non si è mancato di rilevare come tale possibilità, sia pur teoricamente apprezzabile, risulti,

di fatto, di difficile realizzabilità¹⁴⁴.

L'ultimo comma dell'art. 41 stabilisce, infine, che il trasferimento del bene espropriato e il subentro nel contratto di finanziamento «restano subordinati all'emanazione del decreto previsto dall'art. 586 del codice di procedura civile»; nel comma in discorso si è colta una forma, sia pure indiretta, di controllo giurisdizionale, esercitabile anche con riguardo al potere di sospendere la vendita¹⁴⁵.

13.16. Credito fondiario e credito ai consumatori

Si è evidenziato come il credito fondiario, nell'ambito delle "particolari operazioni di credito", si distingua per l'assenza di qualsivoglia scopo legale del finanziamento. A ciò si può anche aggiungere che le qualità soggettive del finanziato neppure rilevano. Potrà quindi verificarsi la circostanza in cui al credito fondiario intenda accedere una persona fisica, animata dal perseguimento di finalità diverse dalla attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta: vale a dire da un soggetto operante nella qualità di "consumatore".

Ci si potrebbe pertanto domandare, in questi casi, se debba trovare applicazione la disciplina degli artt. 38 ss. T.U., o non, piuttosto, quella del "credito ai consumatori" di cui agli artt. 121 ss. del medesimo T.U..

La soluzione al problema è offerta dallo stesso T.U., che individua i margini di applicabilità dell'una o dell'altra disciplina. Dall'art. 122 si ricava che la disciplina del credito ai consumatori non si applica per i finanziamenti "di importo superiore a 200 euro e superiore a 75.000 euro"; né ai finanziamenti "destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato; né ai finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili aventi una durata superiore a cinque anni.

In linea di principio, quindi, la disciplina sul credito fondiario (ricorrendone, beninteso, i presupposti di applicabilità propri) troverà esclusiva applicazione,

¹⁴⁴ Id., 149.

¹⁴⁵ Id., 149.

ancorché il finanziato operi in qualità di consumatore, nei casi di finanziamenti superiori a 75.000 euro, di durata superiore a cinque anni, e sempreché non siano destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato.

La questione si pone tuttavia in quanto l'ordinamento domestico è chiamato a dare attuazione anche alle disposizioni della direttiva 2014/17/UE, in tema di contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali 146)¹⁴⁶. Anche con riferimento a tale direttiva, che assume connotati di specificità rispetto alla precedente direttiva 2008/48/CE (di cui le disposizioni del t.u.b. in materia di credito ai consumatori costituiscono attuazione), si porranno necessariamente problemi di coordinamento con la disciplina in materia di credito fondiario: essa infatti sarà destinata a trovare applicazione anche ai casi di "contratti di credito garantiti da un'ipoteca o da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali oppure da un diritto connesso ai beni immobili residenziali" (art. 3).

Vale a completare il discorso ricordare che la direttiva 2014/17/UE del 4 febbraio 2014, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale UE del 28 febbraio 2014, ha la finalità di fornire regole comuni nel settore dei mutui e conseguentemente una tutela rafforzata ai consumatori che concludono contratti immobiliari, con ciò scongiurando le pratiche scorrette ed ingannevoli diffuse (specialmente in riferimento ai contratti garantiti da ipoteca) negli ultimi anni, e che hanno condotto ad una profonda crisi del sistema immobiliare.

Il termine per l'adeguamento della legislazione interna dei singoli Stati membri ai principi stabiliti dalla direttiva è stato fissato al 21 marzo 2016, nel tentativo di garantire una soglia minima di tutela e trasparenza, attraverso la diffusione di regole comuni relative ai contratti di finanziamento, individuate sulla base delle specificità dei contratti di credito relativi ai beni immobili, oltre che di approfondite

146) Un quadro generale della Direttiva in LA CASAS, "INFORMAZIONI GENERALI" E "INFORMAZIONI PERSONALIZZATE" NELLA NUOVA DIRETTIVA SUI MUTUI IPOTECARI AI CONSUMATORI, in *Impresa e mercato*, 2015, 251 ss.

valutazioni circa il merito creditizio, basate su accurate indagini nella fase pre-contrattuale e su criteri uniformi di valutazione degli immobili che costituiscono oggetto di garanzia.

L'ambizioso obiettivo della direttiva è quello di creare un autentico mercato interno, con un livello elevato ed equivalente di protezione dei consumatori, per cui stabilisce disposizioni (che dovranno essere oggetto di piena armonizzazione) relativamente alle informazioni precontrattuali – che saranno fornite attraverso un Prospetto informativo europeo standardizzato (PIES) – e al calcolo del TAEG.

Infatti, per garantire ai consumatori del settore creditizio un quadro coerente e per ridurre al minimo gli oneri amministrativi per i creditori e gli intermediari del credito, la direttiva impone che siano fornite al consumatore: le informazioni contenute nella pubblicità relativa ai contratti di credito concernenti beni immobili residenziali con un esempio rappresentativo; informazioni precontrattuali dettagliate su un prospetto informativo standardizzato; spiegazioni adeguate prima della conclusione del contratto di credito; chiarimenti in ordine al calcolo del tasso annuo effettivo globale (TAEG), spese notarili escluse.

La finalità della direttiva è in sostanza quella di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori che sottoscrivano contratti di credito relativi a beni immobili, per cui ambisce a migliorare le condizioni per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno ravvicinando le legislazioni degli Stati membri e definendo standard qualitativi per alcuni servizi, in particolare per quanto riguarda la distribuzione e l'erogazione di crediti attraverso creditori ed intermediari del credito.

Quando la nuova disciplina sarà a regime, come si è già rilevato, anche la disciplina interna del credito fondiario, che ha subito negli anni molteplici modificazioni, non potrà non tenere in conto l'impatto del recente quadro normativo.