TRIBUNALE DI COMO

R.G. n. _____

**Eccezione di illegittimità costituzionale e
contestuale istanza di rimessione alla Corte costituzionale**

L'**avv. Edgardo Diomede d'Ambrosio Borselli**, difensore del sig. _____,
in subordine a quanto già chiesto con l'opposizione all'esecuzione ritualmente depositata,
nel caso in cui ill.mo Collegio non dovesse ritenere di aderire alla interpretazione
costituzionalmente orientata dell'articolo 41 *bis* L.n. 157/2019 come modificato
dall'articolo 40 quater della Legge n. 69/2021 formula la seguente istanza di rimessione
alla Corte Costituzionale relativamente alle seguenti questioni di

DIRITTO

**SULLA RILEVANZA E NON MANIFESTA INFONDATEZZA DELLE
PROSPETTATE QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE.**

**La soluzione alla questione posta è di estrema rilevanza per il prosieguo e per le
sorti dell'Esecuzione Immobiliare recante R.G. n. _____ pendente presso il
Tribunale di Como.**

Infatti, sussistendo nel caso *de quo* tutti i presupposti di cui all'art. 41 bis L.n. 157/2019,
come da provvedimento sospensivo del Giudice dell'Esecuzione, qualora venisse
dichiarata la prospettata illegittimità costituzionale la procedura esecutiva immobiliare si
concluderebbe in conseguenza della rinegoziazione del mutuo ipotecario.

E oggettivo sia in astratto che in concreto come la effettività nella norma si pone come
incidentale rispetto alla prosecuzione della esecuzione e l'accoglimento del *petitum*
indicato nell'opposizione ex art. 615 e 617 c.p.c. presentata.

Inoltre, trattasi di questione volte a preservare l'integrità costituzionale dell'ordinamento
e tuttora di rilevante interesse generale essendo i giudizi sull'applicabilità dell'41 *bis* L.n.
157/2019 ancora pendenti in quasi tutti i Tribunali Italiani e non posta solo a tutela
dell'interesse sostanziale/processuale dell'opponente.

SULLA NECESSITÀ DI RIMETTERE LA QUESTIONE ALLA CORTE
COSTITUZIONALE E SULLA NON MANIFESTA INFONDATEZZA DELLA
QUESTIONE SOLLEVATA

L'articolo 41 *bis* L.n. 157/2019 è norma che nasce al fine di “*fronteggiare, in via eccezionale, temporanea e non ripetibile, i casi più gravi di crisi economica dei consumatori*” la cui abitazione sia oggetto di una procedura esecutiva immobiliare, consentendo al debitore – consumatore di chiedere la rinegoziazione del mutuo in sofferenza fino a 30 anni.

La *ratio* della norma va individuata nella creazione di uno strumento eccezionale per la tutela del diritto, avente rango costituzionale, alla conservazione della abitazione. Diritto peraltro previsto anche dalla Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo.

La norma, divenuta “utilizzabile” unicamente con la modifica ad opera dell’art. 40 ter del d.l. n. 41 del 22 marzo 2021 che ha sostituito la precedente disciplina, è stata purtroppo interpretata dalla Giurisprudenza di Merito, che se ne è finora occupata, come espressione di un “mero” obbligo a contrattare per il creditore richiesto, il cui inadempimento resterebbe sanzionabile unicamente con una – postuma – azione di risarcimento del danno per violazione della buona fede del tutto inidonea a garantire l’effettività del diritto all’abitazione.

Così, ad esempio, si veda la pronuncia del Tribunale di Napoli del 16 novembre 2021 secondo cui: “*Esula invece dal controllo demandato al giudice dell’esecuzione l’accertamento nel merito della concreta “praticabilità” di quanto offerto dal debitore in sede di richiesta di rinegoziazione. A sostegno di ciò depone, anzitutto, il fatto che il legislatore ha espressamente previsto un diritto dell’esecutato ad avviare la rinegoziazione ed a conseguire in quella sede – nel quadro dei consueti principi di correttezza e buona fede che devono ispirare la condotta anche del creditore – ogni valutazione e riscontro alla proposta*”.

Nell’attuale lettura della norma, così interpretata dalla unanimità delle corti di merito che se ne sono occupate, il Giudice è privo di alcun strumento che gli consenta di garantire

al debitore l'effettività della norma e di ottenere la conservazione dell'abitazione principale, essendo impossibile darne un'interpretazione costituzionale" che consenta di superare la mancanza di "effettività" dell'articolo 41 bis L.n. 157/2019 (sentenza n. 356 del 1996 Corte Cost.).

È dunque chiara la non manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale della norma preposta per violazione degli articoli 3, 24 e 111 della Carta costituzionale.

**CONTRARIETÀ DELL'ARTICOLO 41 BIS L.N. 157/2019 COME
MODIFICATO DALL'ARTICOLO 40 QUATER DELLA LEGGE N. 69/2021
ALL'ARTICOLO 24 COST.**

Corollario degli articoli 24 Cost. e 111 Cost. è il **principio di effettività del diritto**.

Il principio di effettività attiene al contenuto della tutela, che deve essere idoneo a soddisfare **adeguatamente la pretesa sostanziale del ricorrente**.

In altri termini, il principio di effettività e pienezza di tutela **implica che il processo deve essere lo strumento attraverso cui il soggetto leso possa ottenere, ricorrendo al giudice, "tutto e proprio quello" che gli spetta in base al diritto sostanziale e quindi la tutela specifica e più idonea ad attribuire allo stesso la concreta utilità che l'ordinamento gli riconosce**.

In buona sostanza, il principio di effettività impone che il cittadino che ricorra all'organo giurisdizionale per l'esercizio di un diritto possa ricevere, **di quel diritto, piena tutela: una tutela specifica e idonea a garantire il bene tutelato dalla norma**.

Così posta la questione è *ictu oculi* evidente **che la norma censurata, riconoscendo un "diritto" al richiedente (al comma primo dell'articolo 41 bis L.n. 157/2019) alla rinegoziazione funzionale alla salvezza della sua abitazione principale, è illegittimo nella parte in cui non riconosce al medesimo uno strumento di tutela in grado di realizzare lo scopo preposto, residuando *ex post* la sola – a questo punto vana – possibile richiesta di un risarcimento del danno**.

Leggendo la norma emerge quindi un' **evidente incoerenza** tra il diritto riconosciuto dal comma primo e **l'assenza di rimedi** nel caso in cui il creditore adito ai sensi della normativa

richiamata risulti inadempiente o per non aver valutato la richiesta inoltrata o per averla “valutata” in maniera grossolana o per averla rigettata senza alcuna ragione.

Se lo scopo della norma è quello di tutelare la prima abitazione del debitore esecutato tramite una rinegoziazione del mutuo che gli consenta, sussistendone tutti i (molteplici) presupposti, di evitare la vendita all’asta, l’assenza di ogni rimedio in caso di arbitrario rigetto da parte del creditore, rende la normativa *de quo* **totalmente apparente e di facciata** nella parte in cui pur creando “un diritto” è priva di ogni tutela concreta in caso di sua violazione.

Ricorre pertanto la denunciata violazione dell’articolo 24 della Carta e del principio di effettività della tutela.

Una norma, infatti, che attribuisce un diritto non può non prevedere meccanismi in grado di realizzarne il fine soprattutto tenuto conto che lo scopo della stessa è tutelare **un bene costituzionalmente garantito: quello della prima abitazione.**

Ne consegue che l’attuale formulazione dell’articolo summenzionato **viola il principio di effettività, regola cardine dell’ordinamento costituzionale**, volto ad assicurare il diritto “*ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella... unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato*” (Cass. 27 giugno 2013, n. 21255).

È dunque necessaria una pronuncia **additiva** del Giudice delle Leggi che consenta di ricostruire il principio ben espresso dal brocardo *ubi ius, ibi remedium*; il che significa riconoscere la facoltà al beneficiario della normativa anzidetta di godere di uno strumento idoneo a salvare l’immobile oggetto di esecuzione, la cui protezione è il bene tutelato dalla norma.

Tale conseguenza è imposta, oltre che dal rispetto della Carta Costituzionale, anche dall’osservanza della normativa sovranazionale applicabile nel nostro ordinamento.

L’articolo 8 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo l’articolo 13 della Cedu e l’art. 47 della Carta Europea dei diritti fondamentali non indicano solo un diritto all’accesso al giudizio ma un diritto alla “**misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela**” (cfr. Il contratto europeo fra regole e principi – Giuseppe Vettori – Ed. Giappichelli, Maggio 2015).

In quest'ottica l'effettività della tutela dovrebbe mirare al raggiungimento di un *“prodotto giustiziale atipico ed elastico nell'ottica rimediale”*¹ che nel caso di specie non è stato raggiunto dalla norma, né è altrimenti raggiungibile, secondo l'attuale orientamento delle Corti di merito, da un'interpretazione costituzionalmente orientata della stessa.

**CONTRARIETÀ DELL'ARTICOLO 41 BIS L.N. 157/2019 COME
MODIFICATO DALL'ARTICOLO 40 QUATER DELLA LEGGE N. 69/2021
ALL'ARTICOLO 24 COST.**

L'articolo 41 bis L.n. 157/2019 appare **costituzionalmente viziato anche sotto il diverso seppur connesso difetto di ragionevolezza e disparità di trattamento violando apertamente il combinato disposto degli artt. 3 e 111 della Costituzione.**

L'**irragionevolezza e disparità di trattamento** si evince in quanto il legislatore ha previsto **normative strutturali** che hanno **il medesimo obiettivo della legge poc'anzi citata** ossia **consentire al debitore in grave difficoltà di rateizzare il debito conservando la proprietà dell'abitazione in cui vive e i medesimi presupposti** riconoscendo in queste *(e non alla normativa di cui all'art. 41 bis L.n. 157/2019)* **una tutela effettiva.**

Nello specifico, la Legge n. 3/2012 consente al consumatore (lo stesso soggetto al quale è rivolto anche l'articolo 41 bis) sovra indebitato di proporre ai creditori un piano (il cd. piano del consumatore) e vederselo omologato **pur in assenza del consenso di questi** a patto che la proposta appaia in linea con *“l'alternativa liquidatoria”* (che ricalca il valore indicato dall'art. 41 bis L.n. 159/2021 al comma secondo lett. d²).

La simmetrie tra la legge 3/2012 nella declinazione speciale del piano del consumatore previsto dagli articoli 7 e seguenti e la normativa censurata e di tutta evidenza essendo pacificamente l'art. 41 bis L.n. 159/2021 una applicazione specifica e eccezionale della stessa, essendone comuni la *ratio* e i diritti tutelati.

¹ P. Perlingieri, Il “giusto rimedio” nel diritto civile, cit., p. 6 ss., che sottolinea come il principio di effettività, inteso come «diritto ad un prodotto giustiziale atipico ed elastico», garantisca all'interesse leso una copertura tecnica altrimenti mancante. Cosicché è proprio l'elasticità che il piano rimediale assicura che consente di giungere ad una giustizia del caso concreto

² “che l'importo offerto sia pari al minor valore tra il debito per capitale e interessi, come calcolato ai sensi della lettera c), e il 75 per cento del prezzo base della successiva asta ovvero, nel caso in cui l'asta non sia ancora stata fissata, del valore del bene come determinato dall'esperto di cui all'articolo 569 del codice di procedura civile”

Nonostante l'identità del fine e la quasi simmetria delle condizioni, la Legge n. 3 del 2012 è **accompagnata da tutele forti dirette a garantirne l'effettività** che viceversa mancano nel caso della rinegoziazione ex art. 41 bis L.n. 157/2019 come:

- la possibilità di omologare il piano a prescindere dal consenso dei creditori;
- la possibilità di sospendere la prosecuzione di *“specifici procedimenti di esecuzione forzata che potrebbero pregiudicare la fattibilità del piano”* (art. 12 bis comma secondo)
- il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali ad opera dei creditori con causa o titolo anteriore dalla data di omologazione.

Nel contesto così ricostruito è palese la discriminazione che subisce il debitore esecutato che presenti richiesta di rinegoziazione ex art. 41 bis L.n. 157/2019 rispetto al debitore che presenti un piano del consumatore ai sensi dell'art. 7 e ss. della L.n. 3/2012.

Discriminazione che non può essere tollerata in considerazione del rilievo che la normativa censurata pone, al suo accesso, numerosissimi ostacoli e condizioni che il piano del consumatore pur essendo assistito da tutele forti non richiede affatto.

La violazione del principio di ragionevolezza appare ancor più chiara considerando che il piano del consumatore di cui all'art. 7 L.n. 3/2012 è rivolto a debitori sovra indebitati, che hanno anche debiti diversi con creditori differenti.

Al contrario, l'articolo 41 bis L.n. 157/2019 è chiaramente rivolto ai debitori che abbiano quale unica sofferenza quella derivante dal contratto di mutuo, non pagato, azionato con l'espropriazione immobiliare.

Se le due norme sono ispirate alla medesima *ratio*, sono rivolte ai medesimi soggetti e alla tutela di diritti coincidenti è evidente che la diversità, negli effetti, delle due normative non è giustificabile se non violando apertamente l'articolo 3 della Costituzione e il principio di ragionevolezza.

Alla luce di quanto esposto, il ricorrente, in subordine a quanto già richiesto a Codesto Ill.mo Giudice, ove lo stesso ritenga non possibile una interpretazione costituzionalmente orientata della norma impugnata

CHIEDE

A) la rimessione della presente istanza alla Corte Costituzionale attraverso ordinanza di trasmissione degli atti di causa;

B) La sospensione del presente giudizio, e dei provvedimenti oggetto di impugnazione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 23 L. 11/3/1953 n. 87.

Avv. Edgardo d'Ambrosio Borselli